

---

NÚM. 5  
MARZO 2022

---

# REVISTA DE DERECHO LABORAL VLEX

Monográfico:  
"Reforma Laboral 2022"

v|lex

## SUMARIO

### ► Editorial

Sobre la arquitectura del RDL 32/2021

Antonio V. Sempere Navarro .....	11
<i>Catedrático de Universidad (s.e.). Magistrado del Tribunal Supremo. Ex Abogado Miembro de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Codirector de la Revista de Derecho Laboral vLex</i>	

### ► Opinión

La situación económica y el empleo

Alberto Palomar Olmeda .....	18
<i>Profesor Titular (Acred) de Derecho Administrativo. Socio de Broseta Abogados</i>	

Sobre las recientes reformas en materia de Seguridad Social

Andrés Ramón Trillo García .....	20
<i>Letrado Jefe del Servicio Jurídico Delegado Central del INSS</i>	

### ► Preguntas y respuestas

Sección a cargo de Ana de la Puebla Pinilla

Ana de la Puebla Pinilla .....	
<i>Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid</i>	

Preguntas y respuestas sobre la movilidad geográfica

Carolina Palomar Liceras .....	23
<i>Abogada Baker McKenzie</i>	

► **Sección doctrinal**

**I. NUEVA DINÁMICA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL**

Temporalidad en el empleo público

Temporary public employment

Ana de la Puebla Pinilla..... 31  
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid*

La reforma laboral operada por el RD Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Novedades en la contratación temporal

The labor reform operated by RD Law 32/2021, of december 28. News in temporary hiring

Susana M. Molina Gutiérrez ..... 39  
*Magistrada de la Sala de lo Social. Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

Contrato fijo-discontinuo tras la reforma laboral del RDL 32/2021

Permanent-discontinuous contrac after the labour reform of the RDL 32/2021

Óscar López Bermejo ..... 45  
*Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Sede en Sevilla*

El contrato de trabajo indefinido adscrito a obra de construcción

The indefinite employment contract assigned to a construction work

Antonio Folgoso Olmo ..... 50  
*Abogado y doctor en Derecho*

Contrato de formación en alternancia

Alternate training contract

Carmen Sánchez Trigueros ..... 56  
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

Contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios

Contract for obtaining professional internship appropriate to the level of studies

Puy Abril ..... 61  
*Doctora en Derecho*

Contrato por circunstancias de la producción

Contract due to production circumstances

Pablo Nicolás Alemán..... 68  
*Doctor por la Universidad de Murcia. Letrado Servicios Jurídicos UGT*

El nuevo contrato de sustitución, como revisión del contrato de interinidad

The new substitution contract, as a revision of the interim contract

José Antonio González Martínez..... 75  
*Profesor Ayudante Doctor. Universidad de Valladolid*

La contratación a través de ETT después de la reforma de 2022

Thiring through temporary employment companies after the 2022 reform

Ricardo Oleart Godia ..... 81  
*Abogado Oleart Abogados*

## II. NOVEDADES EN MATERIA DE FLEXIBILIDAD: ERTE Y SISTEMA RED

Los expedientes temporales de regulación de empleo: evolución tras el COVID y la reforma laboral

Temporary labour force adjustment plan (ertes): evolution after COVID and the labor reform

Joaquín Castiella..... 85  
*Abogado. Profesor asociado de la Universidad de Navarra*

Lucía Gesta ..... 85  
*Abogada*

El mecanismo RED

The RED mechanism

Yolanda Cano Galán ..... 90  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*

### III. CAMBIOS EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La desaparición de la preferencia aplicativa de los convenios de empresa en materia salarial: ausencias y presencias en el artículo 84 ET

The disappearance of the applicative preference of the company agreements in salary matters: absences and presence in article 84 ET

Jesús R. Mercader Uguina ..... 97  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

La recuperación de la tradicional ultraactividad indefinida de los convenios colectivos

The recovery of the traditional indefinite ultraactivity of collective agreements

Raquel Yolanda Quintanilla Navarro ..... 104  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*

### IV. SEGURIDAD SOCIAL

La revalorizaciones de pensiones según el nuevo criterio de aplicación del IPC

The revaluation of pensions according to the new application criteria of the CPI

Fco. Javier Fernández Orrico..... 111  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Miguel Hernández*

### V. SUBCONTRATAS

Subcontratación de obras y servicios

Outsourcing of works and services

Rodrigo Martín Jiménez ..... 118  
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*

## ► Sección jurisprudencial

¿Es discriminatorio denegar el acceso a la incapacidad permanente a una persona con discapacidad jubilada anticipadamente?

Is it discriminatory to deny access to permanent disability to an early retired person with disability? Regarding STC 172/2021, of october 7

Ana M<sup>a</sup> Romero Burillo ..... 125  
*Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de Lleida*

El fin del contrato de obra o servicio determinado como mecanismo para privilegiar la estabilidad en el empleo

The end of the fixed-term contract for specific work or service as a mechanism to privilege employment stability

Carlota M<sup>a</sup> Ruiz González..... 136  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Extremadura*

La reversión de servicios por la administración debe respetar la fijeza laboral del personal transferido desde la contratista. "Interpretación conforme" e inadecuación de la figura del indefinido no fijo. Comentario a la STS (pleno) 85/2022, RCU. 3781/2020

The employment stability of the transferred staff from the contractor must be respected by the renewal of services by the administration

Fermín Gallego Moya..... 143  
*Profesor Ayudante Doctor (acred. Contratado Doctor). Universidad de Murcia*

¿Qué ocurre si el convenio provincial deja de estar vigente y existe un convenio sectorial nacional?

What happens if the provincial agreement ceases to be in force and there is a national sectoral agreement?

Isabel Marín Moral ..... 150  
*Abogada. Profesora contratada doctor. Universidad Francisco de Vitoria*

El contrato fijo discontinuo y el plazo de caducidad de la acción de despido. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2022

The discontinuous fixed contract and the expiry period of the dismissal action. Regarding the judgement of the Supreme Court of january 20, 2022

José Antonio Buendía Jiménez ..... 155  
*Magistrado del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Alicante*

Un paso crucial en la jibarización de la figura del indefinido no fijo en el empleo público.  
Comentario a la STS 4328/2021, de 16 de noviembre

A crucial step in the jibarization of the non permanent public employee on an open-ended contract in the public sector. Comment to Sentence 4328/2021, 16th november

Martín Godino ..... 161  
*Doctor en Derecho. Socio Director de Sagardoy Abogados*

Sobre la efectividad de la última reforma legal frente a la temporalidad en el empleo público a la luz de la jurisprudencia reciente del TJUE

(A propósito de la STJUE 13/01/2022, Asunto C-282/19, "gilda-unams")

On the effectiveness of the last legal reform in the light of recent case-law of the european court of justice

(Concerning STJUE 13/01/2022, case C-282/19, "gilda-unams")

Rosa M<sup>a</sup> González de Patto ..... 166  
*Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada*

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo social) núm. 4199/2021, De 11 de noviembre de 2021, RCUUD núm. 3330/2019, Sobre el Convenio Colectivo aplicable en un supuesto de contratas y subcontratas de obras y servicios

Comment on the Supreme Court judgement (social chamber) number 4199/2021, november 11, 2021, appeal number 3330/2019, on Collective Agreement applicable on contracts and subcontracts for works and services

Sara Alcázar Ortiz ..... 175  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza*

## ► Criterios interpretativos relevantes

Criterios interpretativos relevantes

Relevant interpretative criteria

Juan Ignacio del Valle de Joz ..... 181  
*Letrado de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor asociado UCM.*

Alberto Llorente Álvarez ..... 181  
*Letrado de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor asociado UCM*

## ► Contenidos llamativos

Novedades en la negociación colectiva

Bernardo García Rodríguez..... 193  
*Abogado laboralista UGT. Profesor asociado URJC*

## ► Novedades divulgación digital

Reforma laboral 2021

M. Begoña García Gil..... 204  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos*

## ► Las otras revistas

El trabajo de plataformas en las revistas internacionales

Daniel Pérez Del Prado ..... 205  
*Profesor Titular (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid*

## ► Diálogo social

25 Aniversario de la firma del ASEC (acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales): uno de los éxitos de nuestro modelo de relaciones laborales, modelo basado en el diálogo social

25Th anniversary of the signing of the first agreement on extrajudicial settlement of labor disputes

Beatriz Losada Crespo ..... 212  
*Inspectora de Trabajo y Seguridad Social. Directora del SIMA-FSP*

## ► Reflexión monográfica

La flexibilidad interna tras la reforma laboral del Real-Decreto ley 32/2021 de 28 de diciembre. Algunas reflexiones sobre los arts. 47 Y 47 bis del ET

Internal flexibility after the labour reform of Royal-Decree law 32/2021 of 28 december 2021. Some reflections on the articles 47 and 47 bis of the workers' statute

Luisa María Gómez Garrido ..... 217  
*Magistrada especialista en la jurisdicción social. Presidenta de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha*



## DIRECCIÓN

### **Alberto Palomar Olmeda**

Magistrado (E.V). Profesor Titular (ac.) de Derecho Administrativo  
Socio de Broseta Abogados

### **Antonio V. Sempere Navarro**

Catedrático de Universidad (S.E.). Magistrado del Tribunal Supremo. Ex Abogado  
Miembro de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia

### **Andrés Ramón Trillo García**

Letrado Jefe del Servicio Jurídico Delegado Central del INSS

## COORDINACIÓN

### **María Begoña García Gil**

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

## SECRETARIADO

### **Inmaculada Baviera Puig**

Profesora Titular de la Universidad de Navarra

## CONSEJO EDITORIAL

### **Puy Abril Larraínzar**

Doctora en Derecho. Abogada de *Andersen*.

### **Sara Alcázar Ortiz**

Profesora Contratada Doctora de la Universidad de Zaragoza

### **José Antonio Buendía Jiménez**

Magistrado de lo Social de Elche.

### **Angélica Díaz de la Rosa**

Profesora Titular de la Universidad de La Coruña

### **Ana de la Puebla Pinilla**

Catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid

### **Francisco Javier Fernández Orrico**

Profesor Titular de la Universidad Miguel Hernández.  
Subinspector de Empleo (E.V.)

### **Fermín Gallego Moya**

Abogado y Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad de Murcia

### **Bernardo García Rodríguez**

Abogado Laboralista y Doctor en Derecho. Profesor asociado de la Universidad Rey Juan Carlos

### **Martín Godino Reyes**

Director de Sagardoy Abogados. Doctor en Derecho

### **Luisa María Gómez Garrido**

Presidenta de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha. Doctora en Derecho

### **Rosa González de Patto**

Profesora Titular de la Universidad de Granada

### **Juan Ignacio del Valle de Joz**

Letrado de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de la Universidad Complutense

### **Beatriz Losada Crespo**

Inspectora de Trabajo y Seguridad Social.  
Directora del SIMA

### **Alberto Llorente Álvarez**

Letrado de la Seguridad Social

### **Isabel Marín Moral**

Abogada. Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad Francisco de Vitoria.

### **Jesús R. Mercader Uguina**

Catedrático de la Universidad Carlos III.  
Counsel de Uría & Menéndez

### **Ana María Romero Burillo**

Profesora Titular y Directora de la Unidad para la Igualdad de la Universidad de Lleida.

### **Carlota Ruiz González**

Doctora en Derecho. Profesora de la Universidad de Extremadura.

### **Carmen Sánchez Trigueros**

Catedrática y Directora de la Unidad para la Igualdad de la Universidad de Murcia.

## NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ORIGINALES

Los trabajos que serán objeto de publicación en la **Revista Derecho Laboral vLex** habrán de ser originales e inéditos. En el caso de haber sido previamente publicados en una obra colectiva será precisa la autorización de la Dirección.

Los trabajos deberán estar escritos en español, en Microsoft Word o formato compatible, y se deberán enviar por correo electrónico a la dirección [revistaderecholaboral@vlex.com](mailto:revistaderecholaboral@vlex.com). Y se enviará, junto con el original, un duplicado del trabajo anonimizado para facilitar su evaluación anónima y por pares.

Los trabajos deberán escribirse con interlineado sencillo, en letra times new roman de tamaño 12. Las notas a pie de página se escribirán con el mismo interlineado y tipo de letra, con tamaño 10.

Se deberán incluir en la primera página el título del trabajo en letra mayúscula y negrita, seguido del nombre y apellidos de su autor o autora, incluyendo su cargo profesional y, en su caso, la institución a la que pertenece. Todo ello precediendo el sumario del trabajo, que precederá un resumen del mismo y una relación de hasta cinco palabras clave. El resumen y las palabras clave deberán redactarse en español y en inglés.

Los epígrafes del trabajo se ordenarán en números romanos, I., II., III., IV., y los subepígrafes se ordenarán numéricamente: 1, 1.1., usándose letras a partir del tercer subepígrafe: a), b). Todo ello con letra negrita.

Las referencias bibliográficas se ubicarán a pie de página, sin perjuicio de incluir un último epígrafe no numerado en mayúsculas y negrita titulado BIBLIOGRAFÍA, donde se incluirá en orden alfabético toda la que se haya citado.

La bibliografía se citará de la siguiente manera:

Monografía: APELLIDO APELLIDO, N.: *Título de obra*. Editorial, Lugar, Año.

Artículo de revista o capítulo en obra colectiva: APELLIDO APELLIDO, N.: «Nombre del Artículo», *Nombre de la revista o publicación*. Editorial, Lugar, Año.

La referencia a una página se citará como p. y si es a varias páginas pp.

Las obras que ya hayan sido citadas en el mismo trabajo se citarán de forma abreviada indicando: APELLIDO APELLIDO, N., cit., p.

 **Editorial****SOBRE LA ARQUITECTURA DEL RDL 32/2021**

**Autor:** Antonio V. Sempere Navarro

**Cargo:** Catedrático de Universidad (s.e.). Magistrado del Tribunal Supremo. Ex Abogado, Miembro de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Codirector de la Revista de Derecho Laboral vLex

Mediante *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo* el legislador de urgencia asume el contenido del Diálogo Social que se ha venido desarrollando en los meses precedentes. Esta entrega de la *Revista de Derecho Laboral vLex* da buena cuenta de sus principales innovaciones en materia de relaciones laborales a través de una docena de colaboraciones monográficas.

Como mero pórtico de ellas, en los párrafos siguientes vamos a examinar el modo en que la norma aparece diseñada.

**Primero: es una norma de urgencia sometida a convalidación**

El Real Decreto-Ley posee unas exigencias muchas veces explicadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La extraordinaria y urgente necesidad no es un valor retórico o formal, sino que requiere la constatación de que concurre en cada caso, materia por materia.

Para argumentar su propia constitucionalidad, la extensa exposición de motivos se explaya en la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación; asimismo, subraya con detalle la necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella.

En particular, podría generar duda el que ahora se aborden cambios referidos a un problema de carácter estructural, permanente. Es verdad que tal constatación no impide, por sí sola, la utilización de la figura del RDL. De la mano de la jurisprudencia constitucional sabemos que el posible carácter estructural del problema que se pretende atajar no excluye que, en un momento dado, pueda llegar a constituir un supuesto de extraordinaria y urgente necesidad. Las consecuencias de la pandemia y la necesidad de cumplir con los compromisos derivados de los programas euro comunitarios para la reactivación son, desde luego, el detonante de que así se haya entendido.

También puede dudarse si es compatible la urgencia (asumiendo el Gobierno competencias del legislador) con la postergación de la entrada en vigor (tres meses) para la parte nuclear de la reforma. Sin embargo, precisamente, el cambio de modelo que se pretende incorporar casa mal con la entrada en vigor inmediata y recomienda que haya una *vacatio legis* razonable. Dicho de otro modo: el procedimiento legislativo ordinario tendría los mismos argumentos para posponer su aplicación y, al cabo se postergaría la virtualidad de sus prescripciones a partir de su promulgación, fuere cual fuere la fecha de ello.

Más allá de las peripecias parlamentarias que acompañaron a su convalidación, o de su dispar valoración política, lo que ahora interesa es que el RDL 32/2021 fue publicado y que superó el trámite parlamentario. Solo el Tribunal Constitucional puede, por tanto, considerar que su conjunto o alguna de sus partes choca con la Ley Fundamental. Ello, claro está, sin perjuicio del sometimiento al control de convencionalidad y supeditación al Derecho de la UE.

### **Segundo: es una norma largamente gestada y consensuada en el seno del Diálogo Social**

Es inevitable destacar que los cambios introducidos por la norma están avalados por el Diálogo Social. Las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, tras un largo proceso negociador, acordaron junto con el Gobierno de la Nación las medidas, dando lugar a una reforma laboral “de gran calado”. El Acuerdo fue cerrado el día 23 de diciembre de 2021, tras múltiples filtraciones e intercambio de borradores muy dispares.

Basta la atenta lectura de la rúbrica (ya recordada) para comprender que el camino seguido se aleja tanto la “derogación” de lo

previo cuanto de la insustancialidad de los cambios. No parece razonable achacar a la norma ni una insoportable rigidez, ni una flexibilidad desmedida.

Lo cierto es que ahora estamos ante innovaciones de las leyes que se aprueban *para la reforma laboral*, aceptando ese concepto evolutivo de las cosas que resulta inherente al Derecho del Trabajo. Por las causas que fuere (fácilmente inventariables) se afronta una tarea parcial; no tenemos la reforma integral del ordenamiento laboral (el “Nuevo Estatuto de los Trabajadores” por el que claman muchas voces) sino solo las que son *medidas urgentes*, locución que, por sí misma, parece anunciar la llegada de otras.

Los otros dos elementos de la rúbrica son sumamente valiosos para identificar sus fines y para contribuir a despejar las numerosas dudas interpretativas que el RDL suscita: lo que se persigue es *la garantía de la estabilidad en el empleo* así como *la transformación del mercado de trabajo*. De este modo, por ejemplificar, si un precepto aparece con redacción diversas a la que venía teniendo cabe presumir que no es para que comporte las mismas consecuencias, sino otras transformadoras; si una institución está confusamente delineada habrá que alinear con la estabilidad (la fijeza, en términos generales).

El legislador de urgencia no solo se ha basado en el resultado del Diálogo Social (a tres bandas, con exclusiva presencia de las organizaciones más representativas de ámbito estatal) sino que lo ha asumido de manera literal. A este respecto conviene realizar al menos dos advertencias:

a) Como sucede con cualquier pacto, en ocasiones el consenso solo cabe cuando la redacción final es lo bastante matizada como para que sea aceptable por quienes la suscriben; eso hace que la ambigüedad o contradicciones internas formen parte de los

ingredientes habituales. Lejos de escandalizarse o de recrearse en la “flagelación jurídica”, el laboralismo está acostumbrado a activar los resortes hermenéuticos existentes para llevar cada regla, o conjunto normativo, allí donde le corresponde en buena lógica. Jerarquía normativa, modernidad, teleología y sistemática son cánones adecuados para interpretar la literalidad de estas normas.

b) Tiene el RDL vida propia como norma. Por mucho que quienes han estado presentes en su gestación puedan aportar ricas informaciones para comprender mejor cómo se llegó a cada resultado, lo cierto es que la norma no pertenece a sus gestores, sino que (al igual que los seres vivos) evolucionará con autonomía y en constante interacción con el resto del ordenamiento. Es el momento de estudiar, escuchar, proponer y adoptar opiniones propias, cada cual en su ámbito.

### **Tercero: entronque comunitario, áreas temáticas abordadas, metodología**

La UE viene exigiendo a nuestro país que minore la inasumible temporalidad, anomalía (en términos comparados) cebada especialmente con mujeres y jóvenes. Por lo tanto, a esas tareas se aplican los cambios referidos a la duración de la relación laboral (comenzando por la recuperación de la presunción, siguiendo por la eliminación de la modalidad para obra o servicio, aumentando la virtualidad del artículo 15.5 ET, potenciando la fijeza discontinua, disfrazando la temporalidad del indefinido adscrito a obras, restringiendo las posibilidades flexibilizadoras de la negociación colectiva, aumentando las infracciones y su sanción, etc.)

Si el RDL 32 afirmar que busca transformar el mercado de trabajo, en buena medida es porque así lo exigen los compromisos asumidos con la Unión Europea en el marco del PRTR<sup>1</sup>. Adopta reformas previstas en el Componente 23 del PRTR: simplificación de

contratos (reforma 4); modernización de la negociación colectiva; la modernización de la contratación y subcontratación; establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización del empleo (reforma 6).

Sintonizan con esa perspectiva supranacional numerosos objetivos horizontales, presentes en las diversas instituciones retocadas: recuperación de la actividad pre-pandemia; crecimiento sostenible; transformación digital; participación paritaria; oportunidades profesionales y vitales; resiliente ante el cambio climático; sistemas energéticos limpios; la reducción de la desigualdad; atención a personas vulnerables. A su vez, cumplir esos objetivos del PRTR antes de que acabara el año, como queda dicho, justifica el recurso a una norma urgente.

Puesto que la Reforma de 2021 declina la revisión integral del modelo de relaciones laborales, es lógico que haya optado por centrarse en cuestiones relevantes como son la temporalidad, la subcontratación, los ERTes y los convenios colectivos).

El método seguido puede ejemplificarse con el propio de la arquitectura de rehabilitación parcial de ciertos edificios: hay que detectar los problemas frente a los cuales quiere actuarse; acto seguido, interesa detectar la causa constructiva principal; finalmente, la terapia debe consistir en sustituir los materiales defectuosos o apuntalar los débiles.

### **Cuarto: diagnóstico sobre los problemas generales del mercado laboral**

El diagnóstico que la norma realiza sobre el sistema de relaciones laborales puesto en marcha, al menos de manera simbólica, por el ET de 1980 es demoledor, al menos desde la perspectiva de la contratación y estabilidad en el empleo. Esa excesiva temporalidad no solo obstaculiza el ejercicio de derechos

laborales (promoción profesional, sindicación, etc.) y cívicos (acceso al crédito, formación de una familia, acceso a la vivienda, etc.) sino que también repercute negativamente sobre las empresas (merma su crecimiento, impide la retención del talento) y sobre el propio sistema de protección social (costes de desempleo, FOGASA, etc.). Más en concreto, las fallas que debieran repararse con carácter urgente (siempre según el propio RDL) pueden listarse del siguiente modo:

- **Modelo débil frente a imprevistos.-** Sistema de RRLL débil e inestable: las caídas en la actividad económica repercute enorme/ (salvo ERTEs). Destrucción de empleo en fases de recesión.
- **Temporalidad y debilidad salarial.-** Excesiva temporalidad comporta devaluación salarial (bajo nivel de vida; pobre demanda interna; escaso crecimiento económico). Temporalidad en fases expansivas. Tasas sin parangón en la UE.
- **Inestabilidad estructural.-** Busca la competitividad por rebaja salarial (en lugar de productividad); adolece de calidad e innovación.
- **Baja competitividad y productividad.-** Por poca inversión en formación y tecnología, problema agravado por escaso tamaño de las empresas.
- **Desigualdades.-** Mayor temporalidad y menores salarios en colectivos vulnerables (mujeres jóvenes).
- **Elevada rotación.-** Desventajas para personas (alternancia con desempleo), empresas (indemnizaciones finales, formación al personal de nuevo ingreso) y sistema público (costes desempleo, pérdida capital humano).
- **Contratos efímeros.-** Precariedad e ineficiencias por elevada rotación.
- **Incumplimiento elevado.-** El recurso a la contratación temporal injustificada es una práctica muy arraigada. El sistema económico no lo puede justificar.

### Quinto: diagnóstico sobre el sistema de negociación colectiva

Al llegar al terreno de la negociación colectiva la diagnosis es menos dura que en el capítulo precedente, quizá en parte por la conciencia de que buena parte de ellos defectos derivan del propio comportamiento de quienes se hallan presentes en la mesa del Diálogo Social. De entre los numerosos problemas que el diseño normativo de los convenios colectivos y el mapa real de ellos presenta son tres los seleccionados para su abordaje.

- **Negociación colectiva disfuncional.-** Debe evitarse la posibilidad de recurrir al convenio colectivo (de empresa) cuando existen problemas de funcionamiento; los mecanismos de reestructuración (suspensiones, modificaciones sustanciales, movilidad geográfica, descuelgue) son el cauce adecuado para la necesaria flexibilidad interna.
- **Incertidumbre.-** Existe una falta de seguridad sobre el convenio colectivo que debe aplicarse, así como una escasa transparencia empresarial respecto de su plantilla. Por ello debiera restringirse el supuesto de decaimiento del convenio (pérdida de ultraactividad), sin perjuicio de respetar la autonomía colectiva.
- **Concurrencia de convenios perniciosos.-** La norma censura abiertamente la prioridad del convenio de empresa en temas retributivos que se introdujo en 2012, generadora de competencia desleal y precarización salarial; esa preferencia aplicativa solo tiene lógica respecto de aspectos organizativos que requieran concreción.

### Sexto: diagnóstico sobre la externalización

No gusta tampoco al legislador que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas. El incremento en el uso de



la externalización productiva como mecanismo de reducción de costes afecta negativamente a la competencia cualitativa entre las empresas e incide también en el incremento de la precariedad laboral.

Por ello, procede una modernización de su regulación que asegure un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva, al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes, así como avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas.

El objetivo es una regulación precisa que garantice el equilibrio entre agilidad y flexibilidad (en trabajos especializados, asociados a un proyecto determinado, etc.) y un nivel adecuado de protección a las personas trabajadoras de las subcontratas, en relación con los trabajos que desarrollan.

No hay inconveniente en adelantar que estamos, sin embargo, ante una de las materias (art. 46.6 ET) en las que las opiniones acerca del alcance y significado de la reforma son más encontradas. Todo un desafío para la tarea jurídica.

### Séptimo: diagnóstico sobre los ERTes

Todo lo contrario sucede cuando se afronta la suspensión contractual por problemas inherentes al funcionamiento de la empresa (ERTes). La experiencia de los últimos meses, a raíz de la crisis sanitaria y económica derivada de la COVID-19, ha mostrado la importancia y la eficacia del recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo, como mecanismo de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo característica de crisis anteriores.

La eficacia y eficiencia de este mecanismo de flexibilidad interna (es verdad que con grandes aportaciones de dinero público) se ha tomado como modelo para instaurar una regulación permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo, así, en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social.

### Octavo: finalidades generales perseguidas

A lo largo del articulado y, de forma especial, de la enjundiosa exposición de motivos de la norma, aparecen apuntadas (o explicitadas) sus principales finalidades. A modo de inventario, vale la pena compendiarlas:

- Hacer compatible la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcada por las transiciones ecológica y digital.
- Buscar RRLL no precarias, incluyendo el trabajo con derechos, en línea con art. 9.2 CE.
- Abordar de manera eficaz el problema de la excesiva tasa de temporalidad.
- Flexibilidad interna y formación profesional como remedios anticrisis.
- RRLL más justas y eficaces, lucha contra excesiva temporalidad.
- Conseguir la transformación integral de nuestro mercado de trabajo, cambiando las normas que favorecen esta temporalidad.
- Superar desequilibrios por ciclos económicos (perjudican la productividad, aumentan brechas sociales, territoriales y de género).
- Negociación colectiva que respete el equilibrio necesario y se articule de modo proporcionado. Nueva arquitectura de su estructura.
- Modernizar la negociación colectiva, reforzar sus contenidos, aportar seguridad jurídica.

- Modernizar la externalización de la actividad productiva.
- Incorporar mecanismo permanente análogo al de los ERTes pandémicos.
- Proteger al personal adscrito a contrata, evitando competencia empresarial basada en empeoramiento de condiciones laborales.

### Noveno: engarce con acciones normativas precedentes

En mayor o menor medida, dejando al margen las numerosas normas (Reales Decretos-Leyes la mayoría) sobre aspectos de la pandemia, la norma sometida a examen vino a sumarse a otra pequeña lista de leyes recientes y tendentes a modernización del sistema de RRL:

- RDL 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (implícitamente derogado y sustituido por la Ley 10/2021, de 9 de julio).
- RDL 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.
- RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.
- RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.
- RDL 9/2021, de 11 de mayo, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (tácitamente derogada y sustituida por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre).
- RDL 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (tácitamente

derogado y sustituido por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre)

### Décimo: reparación de materiales normativos preexistentes

El RDL tiene siete disposiciones adicionales, nueve disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales. Sus cinco artículos y las Disposiciones Finales operan sobre otras tantas Leyes:

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

En buena lógica, los cambios en buena parte de ellas (Seguridad Social, Infracciones y Sanciones, Formación Profesional, Empleo, Empresas de Trabajo Temporal) están al servicio de las variaciones habidas en el Estatuto de los Trabajadores, que afortunadamente aparece recuperando el carácter central en nuestro sistema de contratación laboral.

Es una buena noticia que los cambios se hayan proyectado sobre textos normativos



preexistentes, en lugar de permanecer anclados en la nueva disposición. Por tanto, es mala noticia que una parte de las previsiones transitorias no hayan sido trasladadas a las referidas fuentes. En sí mismas, por cierto, esas reglas intertemporales (al igual que las derogatorias) merecen atención más que detenida.

---

[1] El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que fue aprobado formalmente por las instituciones europeas (a través del Consejo ECOFIN) el 13 de julio de 2021, tras ser adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril, presentado a la Comisión Europea el 30 de abril y valorado positivamente por dicha institución el 16 de junio, incorpora en su Componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo» un paquete equilibrado y coherente de reformas estructurales en el marco del diálogo social para promover el crecimiento sostenible e inclusivo.

 Opinión

## LA SITUACIÓN ECONÓMICA Y EL EMPLEO

**Autor:** Alberto Palomar Olmeda

**Cargo:** Profesor Titular (Acred) de Derecho Administrativo. Socio de Broseta Abogados

El rápido paso de una situación de crisis sanitaria a una situación de crisis mundial como consecuencia de un conflicto bélico sume al sistema económico en una nueva situación de incertidumbre.

La COVID ha causado un enorme deterioro en la actividad económica. El tejido empresarial está seriamente afectado porque tiene que asumir una crisis de actividad que resulta evidente. La solución a esta incertidumbre venía de la mano de los Fondos Next Generation. Se quiera indicar o no, lo que es evidente es que el modelo económico que apoyan los citados fondos es un modelo diferenciado presidido por la economía verde y por el apoyo a los aspectos más tecnológicos.

Esta transformación, frente a lo que se nos indica, no puede ser inmediata. La capacidad de reformulación de los proyectos empresariales, de su transformación y del cambio del sistema anterior por el nuevo no es, necesariamente, una cuestión que se resuelve de forma inmediata ni a corto plazo. Es evidente que la transformación de los proyectos exige reglas diferentes, mercados alternativos, formas diferentes y, en lo que, al personal se refiere, grandes medidas de adaptación a las nuevas formas de realizar las cosas. La capacidad de que este esquema solucione

a la corta el problema es más que compleja aunque es cierto que sirve para poner los cimientos de un nuevo sistema productivo y que, por tanto, abre una vía de futuro.

Pero, más allá de esta consideración general es lo cierto que el conflicto bélico ha introducido nuevos problemas. La puesta en discusión del sistema de abastecimiento mundial, la incidencia en el ámbito de la energía y de las formas de prestación del servicio eléctrico y, en pocas palabras, el que se trastoque el conjunto del sistema económico global es, qué duda cabe, un esquema adicional de incertidumbre.

En este punto el equilibrio de intereses es ciertamente complejo. Si se opera sobre la limitación de precios como medida razonable de protección de los ciudadanos se manda un mensaje de limitación del crecimiento por la vía del recorte de los beneficios y, por tanto, de la rentabilidad. Los mercados, al menos hasta ahora, no son muy sensibles a esta pérdida de rentabilidad.

Si, por el contrario, se admiten los precios de mercado es evidente que la inflación opera como un factor de empobrecimiento de la sociedad por la vía del incremento de los precios.

Cabe plantearse, en este punto, qué va a ocurrir con los salarios. La idea de que los agentes sociales están intentando encontrar una vía para conseguir un denominado “pacto de rentas” ofrece una arista ciertamente ilusionante. Sacar de la extracción o de la espiral incrementalista los salarios comprometiéndose las partes a un crecimiento asumidos por todas ellas es un elemento más que razonable que puede limitar o contener la incertidumbre general que se proyecta sobre el sistema.

El problema, en este punto, está en cómo acertar. Para decirlo más claro en que magnitudes asumir para que el pacto tenga un mínimo equilibrio entre asegurar a los empresarios los costes salariales, a los trabajadores un margen de rentas que los saque de la tentación de mercado pura y, a todos, nos ayude a contener la situación o permitir que se vaya esclareciendo. Lo que es evidente es que el fin de conflicto bélico ayuda en mucho, en todo, pero no deja de proyectar una evidente repercusión sobre el sistema económico que no va a volver a la normalidad con la naturalidad esencial en la que nos querríamos situar.

A partir de este esquema, el acuerdo de las partes, de los agentes sociales y de los empresarios se presenta como un ejercicio de sensatez que puede proyectar al sistema económico, en su conjunto, una mínima seguridad de una de las muchas variables que hacen que, hasta el momento, la incertidumbre sea la clave o la esencia identificativa de la situación actual.

La responsabilidad que un acuerdo de este orden exige nos coloca ante la tesitura y la virtualidad de la consistencia de nuestro sistema económico. Probablemente no es solo si se quiere o se puede llegar a un acuerdo sino si realmente tenemos mínimas certezas sobre el sistema económico que se puedan sostener en los próximos meses/años. Las declaraciones continuas sobre que crecimiento se mantiene no empecen la incertidumbre actual sobre si las bases de ese crecimiento están, ahora, trastocadas como consecuencia del conflicto bélico.

Por tanto, una mínima certeza en los costes salariales para los próximos tiempos sería una gran noticia que sacaría del puzzle actual un elemento trascendental para la buena marcha del conjunto.

## SOBRE LAS RECIENTES REFORMAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

**Autor:** Andrés Ramón Trillo García

**Cargo:** Letrado Jefe del Servicio Jurídico Delegado Central del INSS

El mes de diciembre de 2021 ha traído importantes reformas en materia de Seguridad Social, por un lado, se ha culminado la tramitación, como proyecto de ley, la regulación del ingreso mínimo vital y por otro lado, se ha aprobado la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones.

Pese a que el artículo 86.3 de la Constitución Española prevé que el Real Decreto-ley se pueda tramitar como proyecto de ley a través del procedimiento de urgencia, lo cierto es que se ha tardado año y medio para culminar mediante ley ordinaria la regulación primitiva, aprobada por Real Decreto-ley, de la prestación del ingreso mínimo vital, si bien durante este tiempo se ha reformado la norma original hasta en siete ocasiones.

La Ley 19/2021, de 21 de diciembre de 2021, por la que se establece el Ingreso Mínimo Vital establece varias innovaciones, como la flexibilización del requisito de haber vivido en España de forma de forma independiente, o del requisito de vulnerabilidad económica no computándose como renta las percepciones por desempleo. Asimismo, se refuerza la protección con un complemento de ayuda a la infancia consistente en una cantidad mensual, por cada menor de edad miembro de la unidad de convivencia, varia-

ble según la edad del menor, a 1 de enero del correspondiente ejercicio, y que asciende a 100 euros para los menores de tres años, 70 euros para los mayores de tres años y menores de seis, y a 50 para los mayores de 6 años y menores de 18 años.

Por otro lado, resulta de especial interés el próximo traspaso de la competencia del ingreso mínimo vital al País Vasco, lo que abre la puerta a la ruptura de la tradicional postura que ha mantenido el Estado sobre su competencia exclusiva en la gestión del régimen económico de la Seguridad Social.

La Ley 21/2021, de 28 de diciembre, acaba con las medidas más importantes y polémicas introducidas por la Ley 23/2013, el concreto, el Factor de Sostenibilidad y el Índice de Revalorización de Pensiones de la Seguridad Social.

Frente a la regulación precedente que determinaba la revalorización de las pensiones tomando en consideración el equilibrio financiero del sistema en los cinco años precedentes y la previsión en los años cinco años futuros garantizando un nimio incremento del 0,25%, la nueva regulación establece que las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual, expresadas en tanto por

ciento, del índice de precios al consumo de los doce meses previos al diciembre del año anterior, fórmula que se separa del mecanismo de revalorización vigente desde 1997 hasta 2013, que revalorizaba las pensiones según el incremento anual acumulado del IPC, lo que ha propiciado que para el ejercicio 2022 las pensiones se hayan revalorizado en un 2,5%, mientras que el IPC acumulado se ha incrementado en 2021 en un 6.1%.

Por otro lado, se suprime el factor de sostenibilidad que preveía una reducción de las pensiones, en función del incremento de las expectativas de vida, que se sustituye por el mecanismo de equidad intergeneracional, consistente, en principio, en establecer una cotización adicional, desde 2023 hasta 2032, con destino al Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Si a partir de 2033 la previsión de gasto es superior a lo previsto, se dispondrá de los activos del Fondo de Reserva o se tomarán otras medidas que podrían operar sobre la cuantía de las pensiones.

La segunda reforma importante se produce con la Ley 21/2021, en desarrollo de la Recomendación 12ª del Pacto de Toledo, y que establece medidas tendentes a propiciar el retraso de la jubilación, la permanencia en el trabajo de los trabajadores activos, así como a desincentivar la jubilación voluntaria.

Entre las medidas que propician el retraso de la edad de jubilación se enmarcan las reformas operadas en los artículos 152 y 210 LGSS. Así, se prevé la exoneración de la cotización por contingencias comunes, con excepción de las correspondientes a IT, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, a partir del cumplimiento por el trabajador de la edad ordinaria de jubilación, sin necesidad de acreditar periodos de cotización concretos.

Con la misma finalidad, se prevé una mejora prestacional para los casos en que se retra-

se la edad de jubilación, una vez cumplido el requisito de carencia, bien incrementando la pensión con un porcentaje adicional del 4% de la pensión por cada año que se retrasa la edad de jubilación, bien percibiéndose una cantidad a tanto alzado por cada año que se retrasa la edad de jubilación, o bien combiniéndose ambas medidas.

Igualmente se vuelve a modificar la DA 10ª LGSS estableciéndose la posibilidad de acordar por convenio colectivo la jubilación forzosa de los trabajadores que hayan cumplido 68 años, hayan cotizado el periodo necesario para causar la pensión con un 100% de porcentaje, vinculándose la medida a políticas de empleo. El requisito de edad puede rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación, cuando en la actividad de la empresa exista subrepresentación de las mujeres y se contrate a una mujer.

En relación con la anticipación de la jubilación, la nueva regulación del artículo 207 LGSS facilita el acceso la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador ampliando las causas de acceso, así como la concreción de la cuantía de la pensión. Así, se permite el acceso cuando concurra cualquier causa de despido por causas objetivas, o por la extinción por voluntad del trabajador en los casos contemplados en los artículos 40.1, 41,3 y 50 ET. La escala de reducción de la pensión por adelanto de la jubilación se establece mensualmente y no de forma trimestral como anteriormente, variando los coeficientes reductores de la pensión según el periodo de cotización acreditado. La nueva escala resulta en términos generales más favorable para el trabajador, salvo en los casos en que la pensión se solicita en el periodo más lejano o cercano a la edad ordinaria de jubilación.

Se modifica también el artículo 208 LGSS alterando la escala de coeficientes reductores de la pensión que, como en el caso anterior,

adopta el parámetro mensual en lugar del trimestral. Esta escala se aplicará sobre el límite máximo de las pensiones, cuando la cuantía inicial de la pensión fuera superior a dicho límite, si bien, esta medida tendrá vigencia a partir de 2024 con un sistema transitorio que culmina en 2033.

En materia de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo, se modifica el artículo 214 LGSS relativo al envejecimiento activo; por un lado, se exige que para acceder a la jubilación activa haya transcurrido un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, y por otro, se suprimen las exigencias prohibitivas a las empresas de haber procedido a extinciones improcedentes, y la obligación de mantener el nivel de empleo.

Por último, la Ley 21/2021, modifica la regulación de la pensión de viudedad de parejas de hecho, destacando la modificación del artículo 221 LGSS, al suprimir el requisito de rentas que el beneficiario tenía que cumplir para acceder a la pensión de viudedad.

La norma hay que valorarla positivamente, no tanto por su contenido sino en cuanto retoma el método de reforma emanado del Pacto de Toledo, consistente en efectuar, por la Comisión parlamentaria, un diagnóstico de los problemas del sistema apuntándose las líneas de reforma, que se desarrollan en un acuerdo social con los interlocutores sociales y la plasmación del acuerdo en ley.

## ► Preguntas y respuestas

### PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA (SECCIÓN A CARGO DE ANA DE LA PUEBLA PINILLA)

En un momento en el que el interés científico está volcado en el estudio e interpretación de la reforma laboral, resulta especialmente sugerente, y necesario, detenerse en instituciones que, a pesar de estar firmemente asentadas en nuestro sistema de relaciones laborales, no dejan de plantear problemas interpretativos y de suscitar dudas en su aplicación práctica. Este es el caso, sin duda, de la movilidad geográfica, cuya regulación no ha resultado afectada, salvo de forma indirecta, por las reformas laborales de las últimas décadas. Sin embargo, los cambios en los sistemas productivos y en los modelos de organización empresarial están convirtiendo a la movilidad geográfica en una institución con una gran proyección desde la perspectiva empresarial, una fórmula con un gran potencial para adaptar la prestación de trabajo en un contexto en el que, cada vez en mayor número de actividades y empleos, se requiere la deslocalización de las personas trabajadoras. El impacto que la expansión del trabajo a distancia tiene sobre el lugar de la prestación de los servicios laborales es solo un ejemplo de las muchas implicaciones que la movilidad geográfica plantea. Es por ello muy oportuno volver sobre la movilidad geográfica para delimitar el concepto y actualizar el alcance de las facultades empresariales y los derechos de las personas trabajadoras en relación con la modificación del lugar de trabajo. A ello dedica este estudio Carolina Palomar, quien aporta además una perspectiva eminentemente práctica al análisis, fruto de su actividad profesional diaria.

**Autora:** Carolina Palomar Liceras

**Cargo:** Abogada Baker McKenzie

## SUMARIO

- I. ¿QUÉ ES LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA?
- II. ¿QUÉ TIPOS DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA EXISTEN?
- III. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE UN TRASLADO?
- IV. ¿QUÉ TIPOS DE TRASLADOS EXISTEN?
- V. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE UN DESPLAZAMIENTO?
- VI. ¿CUÁL ES LA DIFERENCIA ENTRE TRASLADO Y DESPLAZAMIENTO?

- VII. ¿QUÉ SON LOS DESPLAZAMIENTOS “DÉBILES”?
- VIII. ¿QUÉ IMPLICACIONES TIENE EN LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA EL CAMBIO DE RESIDENCIA?
- IX. ¿ES POSIBLE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA POR RAZONES DISCIPLINARIAS?
- X. ¿QUÉ OPCIONES TIENEN LOS EMPLEADOS ANTE UN TRASLADO? ¿Y ANTE UN DESPLAZAMIENTO?
- XI. ¿CÓMO HA IMPACTADO EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA?

## I. ¿QUÉ ES LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA?

El artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores regula la movilidad geográfica. En dicha regulación se encuadran, en realidad, dos tipos diferentes de movilidad: los traslados y los desplazamientos. La nota común a ambas modalidades es que se fundamentan, generalmente, en decisiones empresariales que suponen el cambio del trabajador de un centro de trabajo de empresa a otro que requiere, en consecuencia, un cambio en el domicilio, elemento que como se verá posteriormente, es crucial para la calificación de la movilidad geográfica.

La decisión empresarial de movilidad geográfica lejos de ser discrecional, debe estar fundada y motivada por una serie de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores considera como tales aquellas que estén relacionadas con la competitividad, la productividad u organización técnica de la compañía y las contrataciones empresariales. En adición, como se explicará más adelante, en algunas situaciones también podrá estar motivada por motivos disciplinarios.

Desde otra perspectiva, la movilidad geográfica también puede ocurrir a instancias del propio trabajador, en concreto, en situaciones tales como: **(i)** cuando ambos cónyuges presten servicios para la misma Compañía y a consecuencia de un traslado, uno de ellos se vea obligado a cambiar de residencia; **(ii)** en casos de víctimas de violencia de género o terrorismo que, con el fin de hacer valer sus derechos a la protección y a la asistencia social integral, se vean en la necesidad de abandonar el puesto de trabajo en la localidad en la que prestaban sus servicios y; **(iii)** en casos de personas con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento.

En estos dos últimos supuestos, los trabajadores tendrán un derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo que la empresa pudiera tener vacante en el mismo grupo profesional en cualquier otro de sus centros de trabajo. Dicho traslado estará limitado inicialmente a una duración máxima de seis meses, durante los cuales se impone la obligación empresarial de reserva de puesto de trabajo en el lugar de origen. Una vez transcurrido este periodo, los trabajadores deberán ejercitar su derecho a opción entre regresar a su puesto anterior, o continuar con



el nuevo. En este caso, decaerá finalmente la obligación de reserva de puesto de trabajo.

## II. ¿QUÉ TIPOS DE MOVILIDAD GEOGRÁFICA EXISTEN?

La movilidad geográfica se divide en dos instituciones diferenciadas: los traslados y los desplazamientos. Su diferenciación se explicará más detalladamente a posteriori, pero se fundamenta, esencialmente, en el factor temporal del cambio de centro de trabajo.

## III. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE UN TRASLADO?

El traslado se define legislativamente como el cambio de trabajadores a un centro de trabajo distinto del que venían prestando sus servicios, que exige, necesariamente, un cambio de residencia permanente. A este respecto, la norma excluye específicamente a aquellos trabajadores contratados particularmente en centros de trabajo móviles o itinerantes.

La nota característica del traslado es la exigencia para el empleado de cambio de residencia con vocación de permanencia. Es numerosa la jurisprudencia que viene señalando la importancia de llevar a cabo una valoración global de las circunstancias de cada caso particular para determinar la concurrencia de este presupuesto, pues cada supuesto de hecho puede derivar en una calificación distinta. No obstante, se trata, más allá de la apreciación casuística, de una condición que fundamenta la propia categorización.

Pese a que en numerosas ocasiones los Convenios Colectivos establecen pautas en los que se delimitan los límites de la movilidad geográfica, en ausencia de regulación convencional, existen varios parámetros fijados por nuestros Tribunales que delimitan el concepto de traslado. De esta manera, coexisten varias consideraciones esenciales:

– Cambio de residencia de carácter permanente. El cambio de residencia tiene que revestir un carácter de permanencia. Por ello, aquellos desplazamientos puntuales o transitorios no tendrán la consideración de traslado. Asimismo, pueden darse situaciones en las que inicialmente, un desplazamiento tuviera carácter temporal, pero se vea prolongado en el tiempo. Para evitar y limitar estas situaciones, queda expresamente regulado que aquellos desplazamientos cuya duración en un período de tres años, excedan de doce meses, tendrán a todos los efectos la consideración de traslados con todas las consecuencias previstas en la norma.

– Kilómetros de distancia entre el nuevo centro de trabajo y el domicilio del empleado. Si bien la legislación vigente no establece una distancia que determine a partir de cuántos kilómetros el cambio de residencia del empleado es inevitable, nuestros Tribunales venían tomando en muchas ocasiones como referencia la distancia de 30 km desde la nueva localidad hasta la residencia habitual. Este límite se fijó aplicando por analogía el artículo de la Ley General de la Seguridad Social referido a la ocupación efectiva, que establece como parámetro determinante de una colocación adecuada que el puesto de trabajo ofrecido al demandante de empleo se encuentre en la localidad de residencia o un radio inferior a 30 kilómetros. No obstante, en una reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se rechaza la posibilidad de aplicar por analogía dicho precepto, afirmando que se trata de un precepto "ajeno por completo a lo que aquí

se dilucida” y que “se trata de situaciones y figuras jurídicas diferentes respecto de las que la técnica analógica carece de operatividad”. (STS 624/2021 de 15 de junio). Este último pronunciamiento judicial lejos de aportar claridad sobre esta cuestión genera una dificultad añadida a la calificación de la decisión empresarial como traslado o no ya que, al menos, el indicado era un parámetro objetivo que, ahora, deja de existir.

– Posibilidades de desplazamiento al nuevo centro de trabajo. Son numerosos los pronunciamientos judiciales que tienen en cuenta las comunicaciones con el nuevo centro de trabajo para calificar una decisión empresarial como traslado. A estos efectos, es frecuente que los Tribunales entren a valorar las posibilidades de desplazamiento del empleado, los medios de transporte públicos existentes en el nuevo centro, la proximidad y frecuencia del transporte público al nuevo centro, el estado de las carreteras o incluso, la existencia de peajes o no. De la misma manera, también se consideran las posibles compensaciones económicas ofrecidas por un mayor tiempo invertido, un mayor kilometraje, el sufragio de los costes del transporte público ofrecidos por el empleador o que se proporcione a los empleados servicios de transporte gratuitos.

– Jornada laboral de los empleados. Menos común pero también frecuente, es que se tengan en consideración cuestiones relativas a la jornada laboral de los empleados. De esta manera, se ha valorado la posibilidad ofrecida por la empresa de una mayor flexibilidad horaria y se ha considerado más gravoso un cambio en el centro de trabajo para empleados a tiempo parcial o para aquellos cuyo inicio de la jornada laboral es a una hora muy temprana.

De esta manera podemos indicar que el traslado queda delimitado por tres notas esenciales: **(i)** cambio de centro de trabajo

que requiere de la existencia con anterioridad de un puesto de trabajo permanente, no provisional o circunstancial; **(ii)** cambio a un único y nuevo centro de trabajo de la misma empresa; **(iii)** cambio con vocación de permanencia, aun cuando no estuviera previsto inicialmente y **(iv)** cambio de residencia.

#### IV. ¿QUÉ TIPOS DE TRASLADOS EXISTEN?

Los tipos de traslados son dos: el colectivo y el individual.

El Estatuto de los Trabajadores establece dos parámetros para la clasificación del traslado en alguna de las categorías indicadas: número de trabajadores en la totalidad del centro de trabajo y número de empleados afectados.

De esta manera, se considerará que el traslado es colectivo en dos escenarios; cuando en un centro de trabajo de más de cinco trabajadores, la totalidad de ellos se vean afectados o, cuando en un período temporal de noventa días, se superen los umbrales máximos fijados para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Este tipo de traslados habrán de ir precedidos por un período de consultas con los representantes de los trabajadores.

Sensu contrario, serán individuales los traslados que se produzcan en un centro de trabajo con menos de cinco trabajadores y aquellos en los que en el límite temporal de 90 días, no se superen los umbrales numéricos fijados para las modificaciones sustanciales.

De esta manera, y según ha aclarado ya el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones, los umbrales de las modificaciones sustanciales

se deben considerar teniendo en cuenta a la empresa en su conjunto y no al centro de trabajo considerado individualmente.

## V. ¿CUÁLES SON LAS CARACTERÍSTICAS DE UN DESPLAZAMIENTO?

Los desplazamientos, frente a los traslados, se caracterizan por su nota de temporalidad, pese a la cual también deberán estar motivados por razones económicas, técnicas, organizativas, de producción o por contrataciones referidas a la actividad empresarial. De esta manera, es posible que el empresario exija a sus empleados residir de manera transitoria en población distinta a la de su domicilio habitual, estando obligado a abonar, en contraparte, los salarios, los gastos de viaje y las dietas.

A consecuencia de lo anterior, es necesario que el empleador otorgue un preaviso suficiente a la fecha de efectividad de la decisión, que no podrá ser en todo caso inferior a cinco días laborables para desplazamientos con una duración superior a tres meses. Por su lado, los empleados tendrán derecho a causa de este desplazamiento, a un permiso consistente en cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento. A estos efectos no se computarán como días aquellos destinados al viaje en sí, que deberán correr a cargo del empleador.

Finalmente, conviene recordar el límite que establece el legislador a los desplazamientos, según el cual, aquellos desplazamientos que en un período temporal de tres años excedan los doce meses, tendrán la consideración de traslado con todas las consecuencias de legalmente previstas.

## VI. ¿CUÁL ES LA DIFERENCIA ENTRE TRASLADO Y DESPLAZAMIENTO?

Desde hace tiempo, nuestros Tribunales vienen tomando en consideración la naturaleza de la concreta movilidad geográfica como punto de partida para realizar la presente distinción. En este contexto, el nexo común entre el traslado y el desplazamiento es que ambos se dan por orden del empresario, salvo que sea el propio empleado el que lo solicite.

De esta manera, la distinción que se viene realizando radica en que en el desplazamiento, el trabajador durante un periodo determinado y limitado de tiempo, tiene que desplazarse a una población, localidad o lugar distinto del que venía prestando sus servicios para ejecutar sus funciones principales de manera que no puede efectuar sus comidas principales ni pernoctar en su domicilio o residencia. Por el contrario, el traslado se caracteriza por su vocación de permanencia, tratándose de un cambio duradero en el tiempo que requiere del cambio de residencia habitual del trabajador, de manera que la circunstancia de no efectuar las comidas principales ni pernoctar donde normalmente lo venía haciendo es de carácter definitivo y en el nuevo lugar donde ha sido destinado. (STS 7/7/1987).

## VII. ¿QUÉ SON LOS DESPLAZAMIENTOS “DÉBILES”?

Son aquellos desplazamientos que no tengan incidencia en la residencia de los empleados, que se considerarán modificaciones accidentales de las condiciones de trabajo amparados por el ius variandi empresarial y encuadrados en la potestad organizativa

del empresario. Este tipo de desplazamientos también han sido calificados por nuestros tribunales como “movilidad geográfica impropia” o “débil”. De esta manera, no son pocas las ocasiones en las que la jurisprudencia, ha fallado que el cambio de centro de trabajo definitivo a otra provincia o municipio cercano no supone un traslado sino un mero desplazamiento débil al no impactar en el lugar de residencia de los trabajadores. El desplazamiento no sustancial, por tanto, no queda sujeto a procedimiento o justificación alguna, a excepción del preceptivo informe al Comité de Empresa en el caso de traslado total o parcial de las instalaciones de la Compañía.

### VIII. ¿QUÉ IMPLICACIONES TIENE EN LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA EL CAMBIO DE RESIDENCIA?

Como se ha mencionado ya, la piedra angular de la movilidad geográfica es la necesidad de cambio de residencia del empleado. No obstante, a estos efectos se ha de tener en cuenta que este cambio de residencia no nace de una imposición empresarial, sino que es consecuencia de una imposición o exigencia derivada del cambio de centro de trabajo, de manera que sea materialmente imposible o muy gravoso para el empleado mantener su anterior residencia y desplazarse diariamente desde su localidad al nuevo centro de trabajo asignado. Por lo tanto, es determinante la gravosidad de la obligación.

Igualmente, se ha de recordar que es posible que el trabajador, por voluntad propia decida no llevar a cabo un cambio de residencia, pese a que se haya producido un traslado que reúna todas las condiciones legales para ser considerado como tal. Lo que supone que, en esencia, es irrelevante

si el cambio de residencia se ha producido efectivamente en la realidad o no, puesto que los trabajadores pueden decidir libremente si asumir la carga adicional derivada de dicha modificación sustancial del contrato de trabajo.

### IX. ¿ES POSIBLE LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA POR RAZONES DISCIPLINARIAS?

No son pocos los Convenios Colectivos que prevén la movilidad geográfica como una sanción disciplinaria que es, además, especialmente común en la Administración Pública donde su regulación lo establece como una sanción. Igualmente, el Tribunal Supremo ha validado desde hace tiempo la posibilidad de establecer el traslado forzoso como una sanción, al considerar que el artículo 58.3 del Estatuto de los Trabajadores fija una serie de sanciones prohibidas, como son la reducción de las vacaciones, cualquier minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber, y entre las que no se encuentra el traslado forzoso. Ello lleva a concluir que a “sensu contrario” debe considerarse aceptado por el Estatuto el traslado forzoso. ([STS 14/07/1989](#)).

A modo de ejemplo, el XXIV Convenio Colectivo del Sector de la Banca suscrito con fecha 29 de enero de 2021, impone como sanción por falta grave el “traslado forzoso a población distinta de la de residencia habitual del empleado o la empleada, por un plazo máximo de 3 años, dentro de la misma provincia” y como sanción por falta muy grave el “traslado forzoso a población distinta a la de residencia habitual del empleado o empleada”.

El presupuesto de este tipo de traslados es diferente al que venimos analizando. Aquí la

decisión es puramente disciplinaria y no habrá, por tanto, que justificar ninguna necesidad empresarial sino únicamente el adecuado ejercicio de la potestad disciplinaria.

## X. ¿QUÉ OPCIONES TIENEN LOS EMPLEADOS ANTE UN TRASLADO? ¿Y ANTE UN DESPLAZAMIENTO?

Según establece la legislación actual, la decisión empresarial de llevar a cabo un traslado, habrá de ser notificada por el empresario al trabajador y, en su caso, a los representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad para el caso de desplazamientos de carácter individual.

Una vez notificada, el trabajador tiene varias opciones. En primer lugar, podrá optar por aceptar el traslado percibiendo una compensación por aquellos gastos en los que incurra. Esta compensación comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, según los términos pactados entre las partes, y que en ningún caso podrá ser inferior a los límites mínimos pactados en los Convenios Colectivos. En segundo lugar, los trabajadores podrán optar por llevar a cabo la extinción de su contrato, teniendo derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses aquellos periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Asimismo, se debe tener presente que el traslado es, ante todo, ejecutivo en el plazo de incorporación de los treinta días mencionado con anterioridad. Por ello, aquellos empleados que opten por no extinguir su contrato y aceptar la decisión, habrán de cumplirla sin perjuicio de su derecho de impugnación ante la jurisdicción social para mostrar su disconformidad con la decisión empresarial.

Este tipo de procedimiento se sustanciará por la vía de un proceso específico y especial de movilidad geográfica, y queda sujeto a un plazo de caducidad de los veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión bien al propio trabajador o bien a sus representantes. Dada la onerosidad que esta decisión empresarial puede suponer en los trabajadores, la tramitación del procedimiento tendrá carácter urgente y habrá de tramitarse con preferencia, de manera que el acto de la vista habrá de celebrarse en los cinco días siguientes a la presentación de la demanda y la sentencia deberá ser dictada en plazo de cinco días, siendo inmediatamente ejecutiva. Dicha sentencia, deberá declarar el traslado justificado o injustificado, y en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado a su centro de origen.

En caso de traslado de carácter colectivo, se deberá llevar a cabo un período de consultas de duración no superior a 15 días (salvo que convencionalmente se haya pactado otro límite temporal). A estos efectos, el traslado podrá ser impugnado por los representantes de los trabajadores a través del procedimiento de conflictos colectivos establecido a tal efecto. Cabe recordar que la interposición de este tipo de procedimiento, supondrá que las reclamaciones individuales queden paralizadas hasta la resolución del mismo.

Con respecto a los desplazamientos, el régimen jurídico establecido para su impugnación se remite a los traslados, lo que supone obedecer la decisión empresarial, solicitar la extinción judicial del contrato laboral, o acatar la medida e impugnar la decisión ante la jurisdicción social.

Finalmente, en cuanto a los desplazamientos débiles, tal y como ha sido explicado, al formar estos parte del poder de dirección y organización del empresario, deben ser acatados por los empleados. El posible incum-

plimiento frente a esta orden empresarial podría conllevar una sanción de distinta gravedad derivada de la desobediencia ante las órdenes empresariales. El procedimiento en este caso se sustanciará mediante el proceso ordinario ante la Jurisdicción de lo Social.

## XI. ¿CÓMO HA IMPACTADO EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA?

En el escenario actual, en el cual el Derecho del Trabajo se ha visto transversalmente afectado por el trabajo a distancia, agudizado, a raíz de la crisis derivada de la COVID-19, son numerosas las incógnitas que surgen en torno al tratamiento de la movilidad geográfica en relación con el teletrabajo. En este sentido, ya comienzan a aflorar los primeros pronunciamientos judiciales. En concreto, cabe comentar la reciente sentencia del [Tribunal Superior de Justicia de Galicia n.º 2358/2021 de 8 de junio](#), según la cual un traslado carece de justificación cuando es posible que la empleada realice sus tareas mediante teletrabajo.

En concreto, se trata de una trabajadora que desempeña sus servicios como auxiliar administrativa cuyo centro de trabajo inicial

se encontraba ubicado en Ribadeo, reconociendo la empresa que para llevar a cabo su labor administrativa se debía desplazar a la población de Mondoñedo (Lugo) y finalmente, notificándose su nuevo centro de trabajo en el Polígono de Pocomaco (A Coruña), a más de 100 kilómetros de distancia. La Compañía justificó su decisión en una serie de razones organizativas y económicas motivadas en la centralización de su actividad productiva en Pocomaco, donde carecían de personal de la categoría profesional de la demandante, por ello, el traslado era esencial para poder garantizar la ocupación efectiva de la empleada.

En este contexto, el Tribunal pone de relieve para tomar su decisión la testifical llevada a cabo en el acto del juicio, la categoría profesional de la demandante y las tareas realizadas, eminentemente administrativas. Con base en ello, entiende el Tribunal que existiendo un protocolo de Teletrabajo, no queda suficientemente justificada la decisión de traslado de la empleadora, al ser totalmente factible que la empleada preste sus servicios a través de los modernos medios de comunicación existentes en la actualidad, como es internet.

Sin duda, esta sentencia supone un importante cambio en el panorama legislativo, que traerá relevantes fallos judiciales.



► **Sección doctrinal**

## I. NUEVA DINÁMICA DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

### TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

#### Temporary public employment

**Autora:** Ana de la Puebla Pinilla

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

**Resumen:** La reforma de la contratación laboral producida con el RDL 32/2021, sumada a otros cambios normativos recientes, ha impactado de lleno sobre la contratación en el sector público, reduciendo las posibilidades de contratación temporal y alterando las consecuencias que las irregularidades en los contratos de duración temporal generan en el ámbito de la contratación laboral pública.

**Palabras clave:** Contratación laboral, sector público, encadenamiento de contratos

**Abstract:** The Reform on employment lead by RDL 32/2021, along with other recent legal modifications has directly impact on employment in the Public Sector, reducing the possibilities of fixed-term contracts and modifying the consequences that irregular situations in fixed-term contracts generate in the field of public employment.

**Keywords:** Employment, public sector, successive fixed-term contracts

### SUMARIO

- I. REFORMAS LABORALES Y REFORMAS ESPECÍFICAS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO
- II. REFORMA DE LOS CONTRATOS LABORALES TEMPORALES: IMPACTO SOBRE EL EMPLEO PÚBLICO
- III. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EFECTOS SOBRE EL VÍNCULO DE LA PERSONA TRABAJADORA CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ¿LA DESAPARICIÓN DE LA FIGURA DE LOS INDEFINIDOS NO FIJO?

## I. REFORMAS LABORALES Y REFORMAS ESPECÍFICAS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO

Uno de los objetivos fundamentales de la reforma laboral de 2021 es, tal y como declara el Preámbulo del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, RDL 32/2021), atajar la inasumible tasa de temporalidad que caracteriza al mercado de trabajo español. Las medidas que en este sentido incorpora el acuerdo alcanzado en la mesa de diálogo social, trasladado en su integridad al citado RDL 32/2021, pretenden corregir de forma decidida esa temporalidad excesiva. Con esa finalidad se adoptan medidas de diverso signo, algunas dirigidas a reducir los supuestos reconducibles a la contratación temporal –como ocurre con la reducción de las modalidades contractuales de duración determinada y con la apuesta por el contrato fijo discontinuo como contrato indefinido al que reconducir las prestaciones laborales de carácter estacional, intermitente o sometidas a ciclos–. Otras endurecen los efectos de las irregularidades en la contratación temporal o flexibilizan las condiciones para apreciar encadenamiento de contratos. Y, en fin, se penaliza con mayor rigor la celebración de contratos de corta duración, incrementando su coste en la cotización a la Seguridad Social.

Sorprende, sin embargo, la escasa atención que el RDL 32/2021 presta a la contratación laboral en las Administraciones Públicas y en el sector público, cuando es precisamente en este ámbito donde los índices de temporalidad son más acusados<sup>1</sup>. Al respecto, el Preámbulo del citado RDL 32/2021 se limita a anticipar que “en las disposiciones adicionales cuarta y quinta, se recoge el régimen aplicable al personal laboral del sector públi-

co, en materia de contratación laboral, y el aplicable en dicha materia cuando esté asociada al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y a los Fondos de la Unión Europea”. Y es, efectivamente, en dichas disposiciones donde se concentran las principales y casi únicas referencias al impacto que la reforma de la contratación laboral genera en el sector público.

La DA 4ª señala que “Los contratos por tiempo indefinido e indefinido fijo-discontinuo podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación”. Y añade, en la redacción dada por el art. 4 RDL 1/2022, de 22 de febrero, que si para la cobertura de estas plazas se requiere una tasa de reposición específica será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Su último apartado prevé la posibilidad de celebrar contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso para su cobertura definitiva, conforme a lo previsto en la Ley 20/2021.

Por su parte, la DA 5ª RDL 32/2021 permite que las entidades del sector público celebren contratos de duración determinada cuando dichos contratos estén estrictamente vinculados al plan de resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos. Tal posibilidad de contratación temporal se extiende a la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de la Unión Europea.

Más allá de estas previsiones específicas, a las que se hará referencia en su momento, conviene valorar el impacto que sobre la contratación de personal en el sector público producen las novedades incorporadas en los arts. 15 y 16 ET, donde se concentran –dejando al margen las modificaciones en el



régimen de los contratos formativos– las principales medidas que el RDL 32/2021 incorpora en materia de contratación laboral. Son medidas, todas ellas, dirigidas a la contratación en el sector privado. Pero, indudablemente, dejarán sentir sus efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y de las empresas y entidades integradas en el sector público en general, dada la sujeción de unas y otras a la legislación laboral en materia de contratación del personal laboral, lo que incluye también la tipología de modalidades contractuales.

En todo caso, el impacto que la reforma laboral produce sobre la contratación laboral en el sector público no puede medirse únicamente con la valoración de las medidas previstas en la citada norma. De forma casi simultánea, la aprobación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público<sup>2</sup>, incorpora también novedades significativas que resultan imprescindibles para efectuar una aproximación completa a esta materia y valorar el verdadero alcance de la reforma sobre la contratación en el empleo público.

## II. REFORMA DE LOS CONTRATOS LABORALES TEMPORALES: IMPACTO SOBRE EL EMPLEO PÚBLICO

Una de las medidas que mayor incidencia puede tener en la reducción de la contratación temporal es la supresión del contrato por obra o servicio determinado. Una vez transcurrido el periodo transitorio que se extiende hasta el 30 de marzo de 2022<sup>3</sup>, no podrán celebrarse contratos de duración determinada bajo esta modalidad. El impacto que esa medida tiene en el ámbito de la contratación en el sector público es evidente. Máxime si se tiene en cuenta que, dejan-

do de momento al margen el contrato para sustitución –cuyo margen de utilización está delimitado de forma clara y precisa– el único contrato temporal alternativo, el de circunstancias de la producción, responde a necesidades muy concretas y sobre todo tiene una duración temporal muy reducida e insuficiente, en muchos casos, para atender las necesidades de mano de obra en el ámbito público.

Numerosos programas, proyectos y actividades desarrolladas por las distintas administraciones, dotados de autonomía y sustantividad propia y de duración superior a seis meses, se gestionaban mediante la contratación de trabajadores con la modalidad de contrato por obra o servicio determinado, que podían extenderse hasta tres años de duración<sup>4</sup>. Su supresión limita significativamente las posibilidades de actuación de las entidades públicas, obligándoles a recurrir a la contratación indefinida o a la de fijo discontinuo. Es esta, posiblemente, la finalidad del legislador que pretende incentivar la contratación indefinida también en el sector público. Una opción que, desde luego, favorece la estabilidad del personal afectado pero que se encuentra, en el ámbito de las Administraciones Públicas, con el obstáculo de la tasa de reposición que, de momento, sigue limitando la capacidad y libertad de la Administración para contratar al personal necesario para atender tales necesidades. Precisamente por ello, la DA 4 RDL 32/2021, tras recordar que las Administraciones Públicas y las entidades que integran el sector público institucional pueden celebrar contratos fijos y fijos discontinuos cuando resulten esenciales para cumplimiento de sus fines, añade que, si la cobertura de estas plazas requiere una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Una posibilidad que, sin embargo, no se desarrolla en cuanto a las exigencias que deben concurrir para solicitar y menos aún para obtener di-

cha tasa de reposición, de modo que, en tanto estos extremos se aclaren y se articule un procedimiento ágil para la tramitación y resolución de dichas resoluciones, pueden generarse serios problemas para las distintas Administraciones Públicas.

El RDL 32/2021 ofrece, sin embargo, alguna salida para que, en el ámbito del empleo público, puedan cubrirse necesidades temporales de mano de obra que, por razón de su causa o de su duración, no podrían reconducirse al nuevo contrato por circunstancias de la producción<sup>5</sup>. Por una parte, la DA 5ª RDL 32/2021 que, como antes se señalaba, permite con carácter excepcional que las entidades que integran el sector público puedan celebrar contratos de duración determinada “siempre que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos”, añadiendo a continuación que tal posibilidad se reconoce también “para la suscripción de contratos de duración determinada que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea”. La norma no exige que los contratos laborales que deban celebrarse para la ejecución de estos programas se financien íntegramente con fondos europeos, de modo que puede interpretarse que basta con que el programa al que queden afectados reciba financiación de tal procedencia.

Tampoco se especifica qué tipo de contrato temporal puede celebrarse en los casos previstos en la citada DA 5ª RDL 32/2021. Dada la causa que permite su celebración y la vinculación de su duración a la necesaria para la ejecución del proyecto o programa, tales contratos encajarían perfectamente en la delimitación del derogado contrato de obra o servicio aunque ahora sin sujetarse a los límites máximos que para el mismo preveía

el antiguo art. 15.1 a) ET. Lo que está claro es que se trata de contratos cuya causa es distinta de las previstas en el artículo art. 15 ET. Así lo confirma la “Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y el Servicio Público de Empleo Estatal para la aplicación inmediata de la reforma de la contratación laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, de fecha 10 de febrero de 2022, que advierte que este contrato se denominará “contrato de duración determinada vinculado a programas financiados con fondos europeos”, identificando además de forma diferenciada los asociados a la ejecución del Plan de recuperación, Transformación y Resiliencia, financiados con el mecanismo de Recuperación y Resiliencia (Next Generation EU) y aquellos otros vinculados a la ejecución de programas financiados con otros fondos de la Unión Europea.

También se permite la contratación temporal por las Administraciones Públicas a través de la posibilidad que ofrece la nueva DA 9ª de la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre), incorporada por la DF 2ª del RDL 32/2021. Señala dicha DA 9ª que “Las administraciones públicas y, en su caso, las entidades sin ánimo de lucro podrán realizar contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, cuya duración no podrá exceder de doce meses”. Se trata, también en este caso, de una modalidad contractual temporal específica, identificada como “contrato para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral”, según la Nota conjunta antes citada, distinta de las previstas en el art. 15 ET y, ahora sí, con un límite temporal máximo de doce meses.

Estas son las únicas posibilidades que las administraciones y entidades del sector público tienen a su disposición para reconducir buena parte de los contratos temporales

antes articulados como contratos de obra o servicio determinado, dando así cobertura a algunas de sus necesidades de contratación temporal. Quedan fuera, sin embargo, muchos otros supuestos que, por no cumplir las condiciones señaladas, no pueden atenderse al amparo de esta posibilidad y deberán articularse, como antes se señalaba, mediante contratos indefinidos o, en su caso, fijos discontinuos.

La segunda gran novedad que incorpora el RDL 32/2021 en materia de contratación temporal se refiere al nuevo contrato por circunstancias de la producción, que acoge los supuestos que anteriormente se reconducían al contrato eventual. Esta nueva modalidad contractual incluye, en realidad, dos submodalidades de contratos. Por una parte, el que se ha denominado<sup>6</sup> "contrato largo", que, a su vez, puede celebrarse para atender "el incremento ocasional e imprevisible de la actividad" o para afrontar "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". Por otro, el que puede identificarse como "contrato corto", previsto "para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos previstos". Ambas modalidades podrán ser utilizadas por la Administración y las entidades del sector público cuando concurran las condiciones que fija el art. 15 ET. Son muchas las dudas que suscita la interpretación de los supuestos en que puede acudir a estas modalidades contractuales, así como su delimitación respecto del contrato fijo discontinuo. Ni siquiera en los supuestos que con mayor claridad se expresa la norma están exentos de incertidumbre. Así ocurre, por ejemplo, con el contrato por oscilaciones de la plantilla que, conforme señala la norma, incluye las derivadas de las vacaciones anuales. Una decisión que parece amparar la contratación de trabajadores temporales y que, sin

embargo, podría cuestionarse a la luz de la doctrina más reciente del Tribunal Supremo que ha señalado que la contratación de una misma persona para suplir las vacaciones de la plantilla durante varios años sucesivos debería articularse mediante una relación indefinida de fijo discontinuo<sup>7</sup>.

Las novedades que el RDL 32/2021 incorpora en el contrato por sustitución, que sustituye al contrato de interinidad, también afectan a la contratación laboral pública. La posibilidad de anticipar quince días la prestación de servicios de la persona trabajadora sustituta de otra con reserva de puesto de trabajo, o la utilización de este contrato para completar la jornada reducida de otra persona trabajadora al amparo de los supuestos previstos legal o convencionalmente, ofrecen nuevas posibilidades también a las Administraciones y entidades del sector público. En cuanto a la utilización de este contrato para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante un contrato fijo, la contratación laboral en el sector público mantiene las especialidades que ya existían con antelación. Así, si en el ámbito privado la duración máxima de este contrato no puede exceder de tres meses, cuando se trata del sector público, la DA 4ª RDL 32/2021, tras señalar que dicha contratación deberá ajustarse a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, remite a "los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público". Tal remisión implica que el contrato de sustitución, en estos casos de cobertura de vacante, no podrá extender su duración más allá de tres años. Esto es lo que prevé el art. 10.1.a) EBEP (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público) para los funcionarios interinos. Y resulta también aplicable al personal laboral contratado por

sustitución para la cobertura de vacantes en virtud de la DA 17 EBEP. Las plazas vacantes ocupadas por el personal laboral de sustitución deberán ser objeto de cobertura mediante los procedimientos correspondientes en dicho plazo máximo. Si, transcurrido el plazo de tres años desde la contratación, no se ha producido la cobertura de la plaza, finalizará el contrato de sustitución. No obstante, la aplicación de lo previsto en el art. 10.4 EBEP permite entender que la persona trabajadora contratada como sustituta podrá mantener su contrato hasta la resolución de la correspondiente convocatoria, siempre que la misma se haya producido en el citado plazo de tres años.

### III. IRREGULARIDADES EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EFECTOS SOBRE EL VÍNCULO DE LA PERSONA TRABAJADORA CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ¿LA DESAPARICIÓN DE LA FIGURA DE LOS INDEFINIDOS NO FIJO?

Entre las medidas que el RDL 32/2021 incorpora para reforzar su apuesta por la reducción de la temporalidad adquiere especial importancia, por los efectos que pueden generar en el ámbito del empleo público, la conversión de los contratos temporales en indefinidos en aquellos casos en que se produce un incumplimiento de las condiciones que el art. 15 ET establece (art. 15.4 ET) o cuando se superan los límites que al encadenamiento de contratos temporales impone el art. 15.5 ET.

Las consecuencias derivadas de tales irregularidades, que en el ámbito de las relaciones entre privados determinan la conversión del contrato en indefinido, suscitan problemas particulares en el ámbito de la contratación laboral en el sector público.

Tradicionalmente, la imposibilidad de co-honestar el respeto de los principios que rigen el acceso al empleo público con la sujeción de la Administración Pública a las normas laborales se ha resuelto mediante la figura de indefinido no fijo, que permite al trabajador contratado irregularmente mantener su puesto de trabajo hasta que este resulte cubierto conforme a los procedimientos legalmente previstos o hasta que la plaza sea amortizada. Una solución que, inicialmente prevista para los supuestos de contratación temporal fraudulenta, se ha extendido a cualesquiera supuestos de incorporación de personas trabajadoras en el sector público por vías o fórmulas en las que los principios que rigen el acceso no se han atendido (cesión ilegal, reversión de servicios externalizados a las entidades públicas titulares...).

Recientemente, el Tribunal Supremo ha matizado esta doctrina advirtiendo que la figura del indefinido no fijo no resulta aplicable en el caso de que la incorporación de trabajadores a la Administración Pública se produzca como consecuencia de la aplicación de las normas sobre sucesión de empresas<sup>8</sup>. Esta interpretación, que supone una novedad de gran alcance en el ámbito de los procesos de reversión de servicios públicos, no alcanza, sin embargo, a los supuestos de irregularidades en la contratación temporal. En ese mismo pronunciamiento, el Tribunal Supremo afirma que la categoría del indefinido no fijo “sirve para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras”, de manera que sigue resultando válida cuando la Administración incurre en las irregularidades en la contratación temporal a las que el art. 15 ET asocia la conversión en indefinido del contrato. Lo mismo puede decirse en el caso de encadenamiento de contratos temporales, pues la conversión en indefinido como consecuencia de la sucesión de contratos temporales no es sino una consecuencia del incumplimiento de los límites

que dicho precepto fija al encadenamiento de contratos.

En relación precisamente con la aplicación de la sucesión de contratos temporales en el sector público, la Disposición Derogatoria Única del RDL 32/2021 mantiene en vigor el apartado 3 de la DA 15ª ET que se refiere precisamente al encadenamiento en el sector público. Fuera de la aplicación de esta figura se mantienen, como ocurría antes de la reforma, las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, y la contratación temporal en el ámbito de contratos para la realización de proyectos y para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica y técnica o de innovación (DA 23ª Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la tecnología y la innovación). Al margen de estos supuestos, resultan aplicables las previsiones del art. 15.5 ET que, en su nueva redacción, reduce tanto la duración del periodo de servicios a través de los sucesivos contratos temporales prestados (a dieciocho meses, frente a los veinticuatro exigidos anteriormente), así como el periodo de referencia (ahora dicho periodo es el de veinticuatro meses, frente a los treinta que exigía la anterior redacción del precepto). No se aclara, sin embargo, si a efectos de dicho encadenamiento deben o no computarse los contratos de duración determinada previstos en la DA 5ª RDL 32/2021 o en la nueva DA 9ª de la Ley de Empleo. A falta de una previsión expresa, debería entenderse que dichos contratos quedan excluidos de la citada regla de encadenamiento.

Finalmente, debe advertirse la trascendencia que puede tener, en relación al empleo temporal en el empleo público, y en particular por lo que se refiere a las consecuencias que derivan de las irregularidades en la contratación temporal, la nueva DA 17ª EBEP, incorporada por la Ley 20/2021. En ella se prevé

que, en el caso del personal laboral temporal, “el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica”. Esta novedad, sumada a la que deriva de la derogación de la DA 15.1ª ET –que permitía, en los casos de superación del plazo máximo del contrato de obra o servicio y de encadenamiento de contratos, el mantenimiento de la persona trabajadora en su puesto hasta la cobertura definitiva de la plaza–, se ha valorado ya en el sentido de considerar que elimina “la cobertura legal de la figura del indefinido no fijo por irregularidades en la contratación temporal o superación del límite legal al encadenamiento de contratos”<sup>9</sup>. Aunque no es esta una opinión unánimemente compartida<sup>10</sup>, no puede dejar de señalarse que estas nuevas previsiones legales, unidas a la doctrina judicial más reciente que, como se señalaba, descarta la figura en el caso de la sucesión de empresas, viene a estrechar significativamente el círculo sobre la figura del indefinido no fijo.

---

[1] Según los datos del INE correspondientes al cuarto trimestre del 2021, el índice de temporalidad en el sector público ascendía al 31% del total de empleados laborales. Es significativo, además el incremento del índice de temporalidad en los últimos años (los datos de 2016 arrojan una temporalidad del 24%).

[2] Procedente del RDL 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

[3] Hasta esa fecha, las Administraciones Públicas y las entidades y organismos del sector público podrán seguir contratando bajo esta modalidad si bien dichos contratos no podrán tener una duración superior a los 6 meses, conforme señala la DT 4ª RDL 32/2021

[4] Del 31% de contratos laborales temporales en el sector público, un 5,4% corresponde, precisamente, a

la modalidad de contrato por obra o servicio determinado (INE, datos del cuarto trimestre de 2021).

[5] Vid, al respecto, RAMOS MORAGUES, F., "Incidencia de la reforma laboral en el empleo público", *Labos, Revista de Derecho Laboral y Protección Social*, Vol. 2, núm. 1, Monográfico extraordinario sobre La Reforma laboral 2021, 2022, pp. 143-144.

[6] Vid, GOERLICH PESET, J.M., "La reforma de la contratación laboral", en Goerlich, J.M., Mercader, J.R., y de la Puebla, A., *La reforma laboral de 2021, Un estudio del RDL 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 38-43.

[7] STS de 9 de febrero de 2022.

[8] STS de 28 de enero de 2022.

[9] ROQUETA BUJ, R., "La aplicación de la reforma laboral en las Administraciones Públicas", *Briefs de la AEDTSS*, en línea, 2022.

[10] Vid, al respecto, RAMOS MORAGUES, F., "Incidencia de la reforma laboral en el empleo público", cit., pp. 144-148 y CARRERA DOMENECH, M., GUZMÁN, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "La reforma laboral (III): el empleo público", en *Periscopio fiscal y legal*, PWC, en línea, 2022.



## LA REFORMA LABORAL OPERADA POR EL RD LEY 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE. NOVEDADES EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

### The labor reform operated by RD law 32/2021, of december 28. News in temporary hiring

**Autora:** Susana M. Molina Gutiérrez

**Cargo:** Magistrada de la Sala de lo Social. Tribunal Superior de Justicia de Madrid

**Resumen:** Abordaremos la reforma operada por el Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo en los artículos 15 y 16 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores como instrumento de fomento de la contratación indefinida y de lucha contra la precariedad del mercado de trabajo.

**Palabras clave:** Reforma laboral, Fomento contratación indefinida, contrato circunstancias de la producción, contrato sustitución personas trabajadoras, contrato fijo discontinuo.

**Abstract:** We will address the reform operated by Royal Decree Law 32/2021 of December 28 on urgent measures for labor reform, the guarantee of employment stability and the transformation of the labor market in articles 15 and 16 of the Consolidated Text of the Statute of Workers as an instrument to promote indefinite contracts and fight against the precariousness of the labor market.

**Keywords:** Labor reform, promotion of indefinite contracts, contract circumstances of production, contract substitution of workers, discontinuous fixed contract.

## SUMARIO

- I. CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA. ESTRUCTURA DE LA NORMA Y VIGENCIA
- II. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN
  1. Contrato por incremento ocasional e imprevisible de la actividad
  2. Contrato para situaciones ocasionales y previsibles
- III. CONTRATO POR SUSTITUCIÓN DE PERSONAS TRABAJADORAS
  1. Contrato de sustitución de trabajador con reserva de puesto de trabajo
  2. Contrato de sustitución para completar jornada reducida por causas legales
  3. Contrato de sustitución durante procesos de selección y cobertura de plaza
- IV. CONCATENACIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES
- V. DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS
- VI. CONTRATO FIJO DISCONTINUO

## I. CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA. ESTRUCTURA DE LA NORMA Y VIGENCIA

En el Boletín Oficial del Estado de 30 de diciembre de 2021 vio la luz el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, norma que posteriormente, y no sin polémica, se ha visto convalidada mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 3 de febrero de 2022, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 8 de febrero de 2022. Se trata hasta la fecha de la segunda reforma de nuestra norma estatutaria alcanzada con el consenso de los interlocutores sociales<sup>1</sup>; siendo la lucha contra la precariedad del mercado laboral mediante el impulso y fomento de la contratación indefinida<sup>2</sup> una de las líneas maestras de la misma.

El artículo 15 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) presenta tras la reforma importantes novedades en relación con su versión precedente. En primer lugar, cabe destacar el uso de un lenguaje inclusivo con el empleo de la expresión "persona trabajadora" en lugar de "trabajador"; pasando a contar con nueve apartados en lugar de ocho; y recuperando en el primero de ellos la declaración de presunción del carácter indefinido del contrato de trabajo<sup>3</sup>. Su entrada en vigor será la de los tres meses siguientes a la de su publicación en el BOE, por consiguiente, el 30 de marzo de 2022.

## II. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

El nuevo artículo 15.2 ET reduce a dos las modalidades de contrato de duración deter-

minada, por lo que primera la primera gran novedad en esta materia es la desaparición del contrato para obra o servicio de determinado.

### 1. Contrato por incremento ocasional e imprevisible de la actividad

En cuanto a la primera de las modalidades que se contienen en la norma, el denominado "contrato por circunstancias de la producción", en realidad no se trata de una figura que responda a una única realidad, sino que pretende dar cobertura a diferentes escenarios.

El primero de ellos, se refiere a lo que denomina "el incremento ocasional e imprevisible de la actividad" y que define desde una doble perspectiva. Una positiva, afirmando que han de tratarse de "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". Y otra negativa o excluyente, porque no deben responder a los supuestos incluidos en el artículo 16.1 ET, pues aquéllos habrían de ser atendidos bajo la modalidad contractual de fijos discontinuos. Como se comprueba en un solo párrafo se incluyen numerosos conceptos jurídicos indeterminados<sup>4</sup>, cuyo contenido no se define, lo que generará problemas interpretativos evidentes para los operadores jurídicos.

Añade el precepto que entre esas oscilaciones previsibles que han de ser atendidas bajo esta modalidad contractual se encuentran las vacaciones anuales<sup>5</sup>.

En cuanto a su duración, se fija como una máxima de seis meses, si bien a través de la negociación colectiva se podrá alcanzar una mayor de hasta un año, permitiéndose una única prórroga en los casos de contratos suscritos con una primitiva extensión inferior a la máxima legal.



## 2. Contrato para situaciones ocasionales y previsibles

La segunda situación susceptible de ser cubierta por esta modalidad temporal es lo que la norma denomina "situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada", que tendrán que estar perfectamente identificadas en el contrato de trabajo, todo ello por un periodo máximo de noventa días, que no podrán ser utilizados de manera continuada, con independencia del número de personas trabajadoras ocupadas bajo esta modalidad. En el último trimestre de cada año, el empresario deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras (RLT) una previsión anual de uso de estos contratos.

Se prohíbe su uso en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa (pues en tal caso habrá de acudirse al artículo 16 ET), sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores. Las dudas interpretativas nuevamente son evidentes en torno a qué ha de tenerse por "actividad habitual u ordinaria" de la empresa, pues precisamente parecería que cuando la actividad de la compañía consista en prestar servicios para terceros, de conformidad con la doctrina unificada de la Sala Cuarta<sup>6</sup>, no cabría acudir a esta modalidad contractual. En el mismo sentido, descartados los periodos de disfrute de vacaciones, resulta difícil pensar en qué situaciones estaba pensando el legislador, más aún vista la prohibición de su uso en el marco de la subcontratación.

## III. CONTRATO POR SUSTITUCIÓN DE PERSONAS TRABAJADORAS

En el apartado tercero del artículo 15 ET se disciplina la segunda modalidad de contrato de duración determinada bajo la denominación "por sustitución de personas trabajadoras" incluyendo tres situaciones de acceso bien diferenciadas.

### 1. Contrato de sustitución de trabajador con reserva de puesto de trabajo

En primer lugar, se prevé la posibilidad de utilizar este tipo de contrato para sustituciones de trabajadores con reserva de puesto de trabajo exigiendo para la validez del mismo que se indique el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución<sup>7</sup>; y admitiendo que el inicio de la prestación de servicios se adelante al momento del cese de la persona sustituida a los efectos de garantizar un adecuado desempeño del puesto, por un plazo máximo de quince días, coincidiendo ambos en el desarrollo de las mismas funciones. Se trata de una importante novedad, no prevista hasta este momento, y que, si bien no está carente de cierta lógica desde un punto de vista práctico, puede plantear dudas desde la perspectiva del reingreso del trabajador sustituido, tal mecanismo no está prevista legislativamente en sentido inverso.

### 2. Contrato de sustitución para completar jornada reducida por causas legales

Se admite también esta forma de contrato para completar la jornada de una persona trabajadora que disfrute de reducción de jornada por las causas legalmente admitidas, o las admitidas por el correspondiente convenio colectivo de aplicación, exigiendo que en el contrato se identifique a la persona sustituida.

### 3. Contrato de sustitución durante procesos de selección y cobertura de plaza

La primera gran novedad en esta modalidad es la limitación temporal de la duración del contrato a tres meses, o el plazo inferior que convencionalmente pudiera pactarse, no pudiendo celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha máxima duración.

### IV. CONCATENACIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES

En el artículo 15.4 y 5 ET se regulan las consecuencias del incumplimiento del régimen jurídico de la contratación temporal, atribuyendo la condición de trabajadores "fijos" a las personas trabajadoras así empleadas, como a las no dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido el tiempo pactado como periodo de prueba<sup>8</sup>. En términos similares a como se contenía en el apartado quinto del precepto derogado se prevé la adquisición de la condición de trabajador fijo para los trabajadores que en un periodo de 24 meses hubieran estado contratados un plazo superior a 18 meses, con o sin solución de continuidad, o de 18 meses en un plazo de 24 para la misma empresa o grupo de empresa, mediante dos o más contratos por circunstancias de las producción<sup>9</sup> bien directamente o través de empresas de trabajo temporal (en adelante ETT), incluyendo los fenómenos de sucesión de empresas o subrogación empresarial desencadenados legal o convencionalmente<sup>10</sup>

### V. DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

En los apartados sexto, séptimo y noveno del artículo 15 ET se recogen los derechos de las personas trabajadoras en idénticos términos que los reconocidos para los trabajadores indefinidos por la Ley o convenio colectivo. Se proclama igualmente el reconocimiento de derechos en atención a una concreta antigüedad con el mismo tratamiento de todos los trabajadores con independencia de la modalidad contractual (al igual que se venía haciendo en la versión anterior), así como el derecho a ser informados (incluyendo en este derecho a los trabajadores con contratos formativos) de los puestos de trabajo vacantes mediante un anuncio público en el centro de trabajo o empresa en la forma determinada por la negociación colectiva, debiendo ser trasladada también a la RLT, a quienes también han de ser notificados los contratos realizados bajo esta modalidad cuando no haya obligación de entrega copia básica<sup>11</sup>.

Se añade también que en los casos de uso abusivo de los contratos temporales la empresa deberá facilitar al trabajador (e informara la RLT) un documento justificativo sobre su nueva condición de trabajador fijo, pudiendo aquel solicitar a estos efectos al SPEE el correspondiente certificado de los contratos temporales celebrados con la empresa, pudiendo tal Servicio poner los hechos en conocimiento del Servicio de Inspección si considera que se han superado los límites temporales allí establecidos.

### VI. CONTRATO FIJO DISCONTINUO

Otra de las líneas centrales de la reforma es la impulsión del contrato fijo discontinuo,

pasando el artículo 16 ET de tener cuatro a nueve apartados, y del que se da una nueva definición, que engloba escenarios bien distintos a los tradicionalmente incluidos, descartando la tradicional diferenciación entre fijos discontinuos *versus* trabajo a tiempo parcial. Desaparece el requisito relativo a que la actividad se produzca en fecha cierta y que la necesidad se encuentre dentro del volumen de actividad norma de la empresa.

En este sentido, incluye el precepto los ya conocidos trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades de temporada, que no presentan mayores dificultades, así como aquellos otros que tengan periodos de ejecución intermitente en periodos ciertos, sean determinados o indeterminados.

La primera novedad que se incluye es la vinculación de esta modalidad al desarrollo de trabajos en el marco de la ejecución contratos subcontratas mercantiles o administrativas o que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria o habitual de la empresa; debiendo formalizarse por escrito y reflejar los elementos esenciales (duración del periodo de actividad, jornada, distribución horaria, sistema de llamamiento)

La segunda singularidad es la posibilidad de la celebración de esta modalidad contractual a través de los contratos de puesta a disposición de las ETT<sup>12</sup>.

Se abre la puerta a que, por convenio colectivo, o acuerdo de empresa, se determinen los criterios de llamamiento de los trabajadores, que deberá efectuarse por escrito o por medio de constancia fehaciente, debiendo dar traslado la empresa a la RLT al inicio de cada año natural de un calendario con la previsión de llamamientos anual, o semestral.

Destaca especialmente también el régimen jurídico de los "periodos de inactividad" que solo serán admisibles como plazos de es-

pera de recolocación entre contrataciones y que será de tres meses como máximo, si bien por convenio colectivo se determine otro plazo diferente. Se prevé igualmente que los convenios sectoriales establezcan una bolsa donde integrar a los trabajadores fijos discontinuos para que durante estos tiempos de espera entre llamamientos en periodos de inactividad se favorezca su contratación y formación continua, así como se disciplinen las particularidades caso de celebrarse el contrato a tiempo parcial. También el convenio podrá establecer un periodo mínimo de llamamiento y una cuantía por fin de llamamiento a abonar por la empresa cuanto se ponga fin a la actividad y no se produzca un nuevo llamamiento sin solución de continuidad.

Se impone a la empresa la obligación de elaborar un censo anual de este personal.

En orden al reconocimiento de sus derechos, se incluyen los de: conciliación; antigüedad con atención todo el tiempo de la duración de la relación laboral y no solo del tiempo de servicios efectivos<sup>13</sup>; a conocer los puestos vacantes de carácter fijo ordinario para formular voluntariamente solicitudes de conversión (con obligación de comunicación a la RLT); así como su consideración de colectivo prioritario en orden a su acceso a iniciativas del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad.

---

[1] Siendo la primera de ellas la operada en el Texto Refundido en la versión del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

[2] No en vano, la propia Exposición de Motivos de esta norma, con rango de Ley, dispone que: "La re-

forma que contiene este Real Decreto-ley pretende corregir de forma decidida esta temporalidad excesiva (...) A pesar de las sucesivas modificaciones que ha experimentado la legislación laboral española, el marco institucional no ha sido capaz de abordar de manera eficaz el problema de la excesiva tasa de temporalidad, (...) En definitiva, promover la estabilidad en el empleo y la limitación de un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal constituye un elemento positivo por sí mismo.

[3] Así, el artículo quince del ET de 1980 proclamaba que "El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. No obstante, podrán celebrarse contratos de trabajo de duración determinada..."

[4] ABRIL LARRAINZAR, P., CANO GALÁN, Y. GARCÍA RODRIGUEZ, B., MARTÍN JIMÉNEZ, R. y SEMPERE NAVARRO A.V. *Claves Prácticas. Reformas Laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, L21/2021 y L 22/2021)* Francis Lefebvre, 2022. p. 137.

[5] Sobre este particular conviene recordar la doctrina de la Sala Cuarta (por todas Sentencias de 2 de junio de 1994 recud.3222/1993, de 5 y 12 de julio de 1994 rcud.83/1994 y 121/1994, de 15 febrero de 1995 rcud.1672/1994, de 12 junio de 2012 rcud.375/2011-, de 26 marzo de 2013 rcud.1415/2012 y de 30 octubre 2019 rcud.1070/2017) sobre el modo de dar cobertura a las ausencias en periodo de disfrute de vacaciones estivales anuales sobre la que se ha concluido que no cabe acudir a la modalidad de interinidad por sustitución, afirmando el Alto Tribunal que "las vacaciones es una circunstancia plenamente previsible y, por consiguiente, no es, pues, ajustada a Derecho la cobertura temporal de sus funciones acudiendo a la vía interinidad por sustitución. Tales ausencias al trabajo se producen dentro del normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la previsión organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador, alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar (...) Nada de extraordinario resulta el disfrute de los periodos de vacaciones, ni otros descansos a los que tienen derecho todos los trabajadores de la empresa".

[6] Recordemos a estos efectos la Sentencia de la Sala Cuarta de 29 de diciembre de 2020 (recud.240/2018) en donde nuestro Alto Tribunal declara que en el ámbito de las empresas dedicadas a la descentralización productiva no es lícita la utilización sistemática de la contratación temporal por obra o servicio determinados al amparo de las correspondientes contrata mercantiles o administrativas de obras o servicios, por falta de autonomía y sustantividad propias.

[7] Pero no el puesto a ocupar a diferencia de lo regulado en el RD 2720/1998 por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, cuyo artículo 4.2.a) exige además de la identificación del trabajador sustituido y de la causa de sustitución, la determinación del puesto de trabajo a ocupar.

[8] Ver artículo 14 ET.

[9] No se refiere a los contratos de interinidad por sustitución pues la prohibición de celebración de más de un contrato tras la superación del periodo máximo de duración parece coherente con dicha falta de referencia, cuestión distinta será que en la práctica ello así se produzca.

[10] En los términos del artículo 44 ET.

[11] En este sentido ver el artículo 8.4 ET.

[12] Propiciando la reforma de la referida Ley 14/1994 de 1 de junio por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

[13] Lo cual ha de tenerse en cuenta solo a estos efectos, pero no, a nuestro juicio, para otras cuestiones como el cálculo de la indemnización por despido. Así ver Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y 472/18, y Sentencias de la Sala Cuarta de 19 de noviembre de 2019, recud. 2309/17 y de 10 de diciembre de 2019, recud. 2932/17, sentencia del TS de 30 de septiembre de 2020, recud. 207/2018; o más recientemente la de 10 de noviembre de 2021, recud. 3662/2019, entre otras.

## CONTRATO FIJO-DISCONTINUO TRAS LA REFORMA LABORAL DEL RDL 32/2021

### Permanent-discontinuous contrac after the labour reform of the RDL 32/2021

**Autor:** Óscar López Bermejo

**Cargo:** Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sede en Sevilla

**Resumen:** El RDL 32/2021 ha realizado una profunda modificación del contrato fijo-discontinuo, ampliando su ámbito de aplicación, reforzando garantías en la protección de los trabajadores, reaccionando a pronunciamientos recientes de la Sala IV del TS, y dando relevancia a la negociación colectiva en su desarrollo en algunas cuestiones.

**Palabras clave:** Contrato fijo discontinuo, situación tras Reforma laboral en el RDL 32/2021.

**Abstract:** RDL 32/2021 has made a profound modification of the permanent-discontinuous contract, expanding its scope of application, strengthening guarantees in the protection of workers, reacting to recent pronouncements of the Chamber IV of the Supreme Court, and giving relevance to collective bargaining in its development in some issues.

**Keywords:** Permanent-discontinuous contract, situation after RDL 32/2021.

## SUMARIO

- I. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN, ART. 16.1 ET
- II. FORMALIDAD EN LA CONTRATACIÓN, ART. 16.2 ET
- III. FUERZA DEL CONVENIO COLECTIVO O ACUERDO DE EMPRESA EN EL LLAMAMIENTO. ART. 16.3 ET
- IV. DESARROLLO DE LA NUEVA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN POR CAUSA DE CONTRATAS O CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. ART. 16.4º Y 5º ET
- V. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES FIJOS-DISCONTINUOS REGULADOS EN EL ART. 16.6º AL 8º ET
  1. Relativos al art. 16.6º ET, igualdad de trato, y antigüedad
  2. Reconocimientos de otros derechos, conversión a fijo ordinario, y prioridad a la formación profesional, art. 16. 7º y 8º ET vigente
- VI. ENTRADA EN VIGOR.

## I. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN, ART. 16.1 ET

De la lectura del art. 16.1 ET, tras la reforma operada por el RDL 32/2021, se observa una expansión de los supuestos contractuales que se deberán de articular por medio de este contrato fijo-discontinuo.

La primera novedad es destacada en la propia exposición de motivos del RDL 32/2021, cuando señala *Desparece por fin la artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos...*, de forma que la certeza de la fecha en que se desarrollará la prestación de servicios deja de ser elemento relevante para excluir al trabajador de su consideración de fijo-discontinuo, abarcando –entre otros– estos dos supuestos, lo que provoca la derogación del antiguo art. 12.3 ET DRL 2/2015 referente a los indefinidos a tiempo parcial con fechas ciertas, pues este queda absorbido en el 16.1 ET vigente. Con esta confección, la primera duda que surge tiene por objeto la dificultad que presenta la coexistencia entre esta nueva modalidad de fijo-discontinuo, con la subsistencia del trabajador a tiempo parcial prevista en el art. 12.1 ET, teniendo en muchas ocasiones una delgada línea de divergencia para poder saber qué criterio rige al tener que acudir a una u otra modalidad, para cuya resolución entiendo que se habrá de estar a la naturaleza de la prestación, si está o no delimitada.

En segundo lugar, la reforma incorpora al art. 16.1. 2º párrafo ET la posibilidad de acudir al contrato fijo-discontinuo cuando la prestación de servicios se ejecute en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Tal adición es una clara reacción a la [STS 1137/2020, 29 diciembre](#), que pone coto al uso sin límite temporal del contrato de obra

o servicio determinado, lo que afecta a las contrataciones de obras o servicios. Por otra parte, otro dato llamativo es la carencia sistemática de este párrafo 2º del art. 16.1 ET con el párrafo 1º del mismo precepto, y su juego con el art. 15 ET. Así, la cuestión principal deriva de los términos usados, pues resulta difícil imaginar una prestación intermitente para acudir al art. 16.1.2º ET, por lo que el legislador sustituye esta expresión por *previsible*, por lo que en nada coincide con la naturaleza o esencia de la prestación intermitente del art. 16.1.1º ET. De otra parte, ese mismo término *previsible* dentro de la actividad normal de la empresa, debe facilitar la identificación de los casos en que se debe acudir a una contratación temporal conforme a la nueva regulación dada en el art. 15 del ET.

Finalmente, el art. 16.1.3 ET incorpora con esta reforma la posibilidad de que una empresa de trabajo temporal pueda concertar contrataciones en la modalidad de fijo-discontinuo, si bien para tal fin es preciso la reforma de la LETT, por cuanto la [STS 30 de julio de 2020 \(RCUD 728/2020\)](#), de pleno, ha resuelto que las ETTs no pueden contratar a trabajadores con carácter fijo discontinuo. Por ello, en coherencia con lo anterior se modifica el apartado 3 del art. 10 LETT por la disposición final 1 del Real Decreto-ley 32/2021, y ahora permite en su párrafo 2º que las ETTs puedan celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo. No obstante, esto no exige como premisa que las empresas usuarias (Eu en adelante) que acuden a las ETTs para atender a sus necesidades fijas-discontinuas estén instando a la ETT la puesta a disposición de un trabajador de esa condición, porque ello haría restringir las facultades de gestión de personal en las Eu, y así ha querido el legislador que sea cuando en el art. 10.3. 2º párrafo usa la expresión *Igualmente, las empresas de trabajo temporal podrán celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de*



*puesta a disposición vinculados a **necesidades temporales de diversas empresas usuarias**, en los términos previstos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores,...*

## II. FORMALIDAD EN LA CONTRATACIÓN, ART. 16.2 ET

La nueva redacción, a simple vista, viene a ser una consecuencia de la refundición del anterior art. 16.3 ET y el art. 8.2 ET vigente en el 2015, con un efecto declarativo cuando dispone que se debe *...formalizar necesariamente por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento*. Por ello tiene eficacia declarativa y obligacional, pero surte efecto en caso de incumplimiento la presunción de celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario exigible al empresario.

## III. FUERZA DEL CONVENIO COLECTIVO O ACUERDO DE EMPRESA EN EL LLAMAMIENTO. ART. 16.3.ET

En este punto, del párrafo 1º de la nueva redacción del art. 16.3 ET podemos destacar que se le da mayor relevancia a la forma de llamamiento, fijando un mínimo legal, pues ahora exige que *el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada*, y esta cuestión formal,

con este suelo legal, deberá de concretarse en convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa. Esto supone un paso más en la búsqueda de transparencia, por cuanto antes de la reforma el art. 16.3 ET solo exigía que se hiciera constar en el contrato la forma de llamamiento que establezca el convenio colectivo, sin ninguna concreción.

De lo anterior, podemos extraer dos consecuencias. Por un lado, el papel destacado que se da en esta materia a la negociación colectiva, y de otro, estamos ante un avance en garantías para los trabajadores fijos-discontinuos, pero no cierra del todo los supuestos generadores de litigios, pues se introduce un concepto jurídico indeterminado como es *con una antelación adecuada*, que entendemos podía haber sido salvada.

Dentro de este art. 16.3 ET, su 2º párrafo persigue la misma finalidad de claridad para este tipo de trabajadores, al imponer a la empresa la obligación legal de trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras un calendario de previsión en el llamamiento anual o semestral, así como las personas fijas-discontinuas que serán llamadas, si bien de nuevo usa una expresión imprecisa en cuanto al deber de la empresa cuando dispone que se haga *con la suficiente antelación*, incurriendo en el mismo supuesto de inseguridad jurídica.

Finalmente, aún cuando el art. 16.3. 3º párrafo vigente usa la palabra *acciones* que pueden ejercer las personas fijas-discontinuas en caso de incumplimientos vinculados con el llamamiento (El art. 16.2 ET anterior a reforma solo citaba expresamente reclamación en procedimiento de despido), lo relevante que vamos a analizar en este momento es la concreción del día de inicio del cómputo de plazos, dado que se adapta más a la realidad diaria de lo que acaece en la contratación fija-discontinua, cuando establece como *dies a quo* una alternativa, esto es, *desde el mo-*

mento de la falta de este (llamamiento) o desde el momento en que la conociesen.

#### IV. DESARROLLO DE LA NUEVA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN POR CAUSA DE CONTRATAS O CONCESIONES ADMINISTRATIVAS. ART. 16. 4º Y 5º ET

En conexión con lo tratado en el apartado "I.- **Ampliación del ámbito de aplicación, art. 16.1 ET**", sobre la contratación por causa de contratas o concesiones administrativas, el apartado 4º del art. 16 ET pretende dar solución a cuando existan periodos de inactividad, que están sometidos a unos plazos máximos, dando de nuevo relevancia para su fijación a los convenios colectivos sectoriales, y, en defecto, se establece el mínimo legal de tres meses. Pues bien, surge una duda, consistente en qué medidas puede adoptar la empresa cuando haya transcurrido el plazo máximo legal o convencional de inactividad. La propia norma lo dice cuando al final del segundo párrafo del art. 16.4 ET remite a medidas coyunturales o definitivas previstas en el ET (ERTE, ERE,...).

A colación de lo anterior, conviene destacar la posibilidad, de nuevo por medio de negociación colectiva –art. 16.5 ET–, de crear bolsas de empleo formadas por personas fijas-discontinuas, y ello para mantener al empleabilidad, y sin perjuicio de seguir manteniendo su condición de fijo-discontinuo.

Y de nuevo, otra garantía de transparencia y claridad en la relación para las personas fijas-discontinuas cuando en el último párrafo del art. 16.5 ET se regula una obligación legal de que las empresas deban elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo.

#### V. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES FIJOS-DISCONTINUOS REGULADOS EN EL ART. 16.6º A 8º ET

##### 1. Relativos al art. 16.6º ET, igualdad de trato, y antigüedad

En este punto, debemos destacar que si bien el art. 12.4 letra d) del ET anterior a la reforma regulaba la igualdad de derechos de los trabajadores a tiempo parcial con respecto a los de tiempo completo, aplicando el principio *pro rata temporis* en los casos que proceda, no hacía lo mismo en su art. 16 ET para las personas fijas-discontinuas. No obstante, entendemos que este principio de no discriminación estaba vivo en aplicación de la cláusula 4 de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la Unice, el Ceep y la Ces. A pesar de esto, y para evitar interpretaciones dispares, debemos destacar la seguridad jurídica que proporciona para el ejercicio al derecho a la igualdad de trato de los fijos-discontinuos (en comparación con un trabajador a jornada completa ordinario) la incorporación recogida por el RDL 32/2021 en el art. 16.6 ET. Así, resultan claros los términos del primer párrafo de este apartado 6º, evitando perjuicios en los derechos enunciados, si bien, tras citar dos tipos concretos, deja una cláusula abierta.

Mayor discusión ha supuesto siempre la cuestión tratada en el nuevo art. 16.6. 2º párrafo ET, cuando dispone *Las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia*. Este precepto introducido por la reforma deriva-



da del RDL 32/2021, viene a ser un signo o muestra de coherencia con el actual criterio de nuestra Sala IV del TS, que en lo relativo a los efectos de derechos económicos y de promoción profesional, reconoce que se les debe computar todo el tiempo de duración de la relación laboral y no únicamente el tiempo efectivamente trabajado (varias sentencia de nuestra Sala IV, entre ellas [STS 210/2021](#); [STS n.º 730/2020 –Rec. 324/2018–](#)), consecuencia con la posición del TJUE ([ATJUE 15 octubre 2019, C-439/18 y C-472/18](#)).

Por otra parte, entendemos que precisamente la excepción fijada en el art. 16.6 ET para otras condiciones que merecen *...otro tratamiento...*, viene a dar continuidad a lo ya previsto por la Sala de lo Social del TS en recientes pronunciamientos, en relación a la forma de calcular la indemnización por despido de los trabajadores fijos-discontinuos, por cuanto en la operación prevista en el art. 56.1 ET (salario diario y años de servicio prorrateados por meses), dentro del factor relativo a los años de servicio, no se pueden incluir los periodos de inactividad del trabajador fijo discontinuo porque en ellos no realiza dicha prestación de servicios, de manera que en estos casos el cálculo tiene en cuenta, de un lado, los periodos de actividad en el servicio, y, de otro lado, la base del salario del último mes trabajado ([STS 19.05.2020 –Rec. 3625/2017–](#), y [STS n.º 730/2020 –Rec. 324/2018–](#)).

## 2. Reconocimientos de otros derechos, conversión a fijo ordinario, y prioridad a la formación profesional, art. 16. 7º y 8º ET vigente

En los dos últimos apartados se viene a reconocer de forma expresa dos derechos ya establecidos en el art. 12.4 letras e) y f) del ET de 2015 para los trabajadores a tiempo parcial, por lo que su incorporación en el art. 16 ET por esta reforma del RDL 32/2021, supone un acto de justicia para los contratados por la modalidad de fijos-discontinuos, habida cuenta de la reforma tan profunda realizada, que denota la voluntad de acudir a su uso de una manera más generosa que en tiempos pasados, y de nuevo otorgando seguridad jurídica en la vida de esta modalidad de contratación.

## VI. ENTRADA EN VIGOR

Finalmente, en este último punto queremos destacar que a tenor del apartado 2º de la disposición final octava del RDL 32/2021, relativa a la *Entrada en vigor*, establece para la reforma del art. 16 del ET, que hemos analizado, un plazo especial de entrada en vigor, que será a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, en vigor desde el 30 de marzo de 2022.

## EL CONTRATO DE TRABAJO INDEFINIDO ADSCRITO A OBRA DE CONSTRUCCIÓN

### The indefinite employment contract assigned to a construction work

**Autor:** Antonio Folgoso Olmo

**Cargo:** Abogado y doctor en Derecho

**Resumen:** Entre las novedades de la Reforma Laboral se incluye la regulación legal del contrato de trabajo indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción. En este trabajo se abordan sus principales características y los aspectos novedosos más destacados.

**Palabras clave:** Contrato indefinido, construcción, recolocación.

**Abstract:** Among the novelties of the Labour Reform is the legal regulation of the indefinite contract assigned to work in the construction sector. Its main features and highlights are discussed in this work.

**Keywords:** Indefinite contract, construction, relocation.

### SUMARIO

- I. EL CONTRATO FIJO DE OBRA COMO ANTECEDENTE DE LA NUEVA REGULACIÓN
- II. EL REAL DECRETO-LEY 32/2021 Y EL NUEVO CONTRATO INDEFINIDO ADSCRITO A OBRA
- III. DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS ANTE LA FINALIZACIÓN DE LA OBRA
- IV. RÉGIMEN EXTINTIVO: SUPUESTOS Y PARTICULARIDADES

El Real Decreto-ley 32/2021 ha realizado una apuesta innegable por la reducción de la temporalidad en el ámbito de las relaciones laborales. Las novedades que incorpora incidirán de manera especial en algunos sectores productivos. A continuación, se analiza la atención singular que ha recibido el sector

de la construcción, donde hasta el momento se ha asumido que la temporalidad era un aspecto inherente a la mayoría de las relaciones laborales. Precisamente por ello se justifica la regulación específica de la contratación en este ámbito.

## I. EL CONTRATO FIJO DE OBRA COMO ANTECEDENTE DE LA NUEVA REGULACIÓN

La regulación del tradicional contrato para obra o servicio incluía en el Estatuto de los Trabajadores una referencia a las particularidades en el ámbito de la construcción. En concreto, la disposición adicional tercera del citado texto legal incluye una referencia (que permanece vigente) al denominado «contrato fijo de obra»<sup>1</sup>.

Esta singularidad entronca con la consolidada tradición negociadora del sector. El primer Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción –de ámbito estatal<sup>2</sup>, que data de 1992, ya contemplaba la figura del llamado «contrato fijo de obra»<sup>3</sup>, que ha ido evolucionando hasta culminar en el VI Convenio General<sup>4</sup> (vigente en el momento de la aprobación de la reforma laboral). Su art. 24 regula este contrato de forma muy extensa, precisa e interrelacionada con la normativa general vigente en materia de contratación. Se prevé que su concertación se efectuará para una sola obra y que concluirá a la vez que los trabajos del oficio y categoría de la persona trabajadora en dicha obra. Sin embargo, es compatible con la prestación de servicios en distintas obras, siempre que exista acuerdo expreso y escrito para cada nuevo centro de trabajo, y no se exceda el plazo de tres años en cada uno de estos (salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término)<sup>5</sup>. En consecuencia, la condición temporal del contrato no desaparece<sup>6</sup>.

**Cuestionamiento del contrato fijo de obra por el TJUE.** Esta regulación ha terminado sometándose al escrutinio de la justicia europea. En concreto, la [STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/2019](#), señaló que el mantenimiento de la condición temporal pese a la renovación de sucesivos contratos

«fijos de obra» no puede entenderse justificada por el mero hecho de que cada uno de ellos se suscriba para una sola obra, con independencia de su duración. Concluye que esta normativa permite mantener la condición temporal de una persona trabajadora, pese a realizar trabajos indefinidos, lo que vulnera la Directiva 1999/70/CE (Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada).

## II. EL REAL DECRETO-LEY 32/2021 Y EL NUEVO CONTRATO INDEFINIDO ADSCRITO A OBRA

En este escenario se aprueba el Real Decreto-ley 32/2021, cuyo artículo segundo modifica la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre<sup>7</sup>. La nueva redacción introduce importantes novedades. Sin duda la más relevante, que actúa como frontispicio del resto, consiste en la erradicación de carácter temporal de este contrato<sup>8</sup>. Se apuesta, por tanto, por la consideración del carácter indefinido de la relación laboral. Además, se establecen determinadas particularidades en cuanto a su régimen extintivo.

Para el diseño de esta figura, se parte de su regulación convencional, a la que se otorga rango de ley (pese a lo que continúa reservando su utilización exclusivamente para este ámbito sectorial) y se modifica su denominación por la de «contrato de trabajo indefinido adscrito a obra». Este se describe como aquel que tenga por objeto «tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción»<sup>9</sup>, aunque para la definición de su ámbito funcional se remite al que acuerde la negociación colectiva en el Convenio General del Sector de la Construcción.

### III. DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS ANTE LA FINALIZACIÓN DE LA OBRA

**Definición de la finalización de obra.** Se describe por la nueva regulación como «la terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados». También tendrá esta consideración la finalización parcial de la obra, respecto de las funciones para las que se produjo la contratación, y que podrá producirse por dos motivos: por la normal terminación de la obra, esto es, cuando se produzca la conclusión de las distintas unidades de ejecución, lo que deberá quedar debidamente acreditado, y por supuestos anormales de paralización de la obra (definitiva o temporal) por causas imprevisibles para la empresa.

**Derecho a la recolocación ante la finalización de la obra.** La redacción preexistente dejaba en manos de la empresa la continuidad de la relación laboral, ya que esta podía ofrecer a la persona trabajadora que continuase en otra de las obras activas u optar por la extinción de la relación laboral. La nueva regulación contiene en este aspecto una de sus principales novedades: impone la obligación de efectuar una propuesta de recolocación a la persona trabajadora, al menos con quince días de antelación a la finalización de la obra. Dicha propuesta deberá indicar, como mínimo, las condiciones esenciales, ubicación de la obra y fecha de incorporación a la misma. Por su parte, la persona trabajadora deberá notificar por escrito a la empresa que acepta la propuesta, en el plazo de siete días desde que reciba la comunicación empresarial. Esta propuesta debe realizarse por escrito y, en caso de ser aceptada, se incorporará como una cláusula adicional al contrato de trabajo, debiendo adjuntarse al mismo.

**Derecho a las acciones formativas necesarias para la recolocación.** No será infrecuente que el resto de las obras que tenga la

empresa y a las que la persona trabajadora pueda ser adscrita no se ajusten a su preparación o formación. Sin embargo, la norma trata de evitar que esta situación implique la extinción contractual.

En estos casos, la empresa deberá ofrecer a la persona trabajadora el desarrollo de un proceso de formación a cargo de la empresa<sup>10</sup>, cuyo contenido se especificará en la propuesta de recolocación. Si esta propuesta es aceptada, deberá quedar incluida en la cláusula anexa al contrato. La empresa podrá optar por que se realice con antelación a la finalización de la obra.

La impartición efectiva de la formación podrá realizarse por la propia empresa, pero también se prevé la posibilidad de que la lleven a cabo entidades especializadas, entre las que se alude preferentemente a la Fundación Laboral de la Construcción.

La negociación colectiva de ámbito estatal del sector podrá concretar este proceso de formación, diseñando los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas.

### IV. RÉGIMEN EXTINTIVO: SUPUESTOS Y PARTICULARIDADES

Es de aplicación a esta modalidad contractual la normativa general. Además, se prevén determinadas especialidades, para los supuestos denominados de extinción «por motivos inherentes a la persona trabajadora», que se analizan a continuación.

**Rechazo por la persona trabajadora de la propuesta de recolocación.** Este rechazo deberá notificarse por escrito a la empresa

en el plazo de siete días desde que tenga conocimiento de la comunicación empresarial. Si no se pronuncia de forma expresa, se entiende que rechaza la propuesta de recolocación.

**Insuficiencia del proceso de formación o recualificación.** Se hace referencia a los supuestos en que, pese a someterse al proceso formativo, la cualificación no baste para trabajar en las nuevas obras de la empresa.

**Exceso de personal.** Alude a los supuestos en que existen más personas trabajadoras cualificadas para el trabajo que aquellas necesarias para su realización. En estos casos, se prevé que la negociación colectiva estatal deberá precisar los criterios de prioridad o permanencia del personal.

**Inexistencia de obras en la misma provincia.** El contrato también podrá extinguirse si, pese a contemplarse el posible proceso de recualificación, se constata que no existen en el mismo término provincial obras de la empresa acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional<sup>11</sup>.

**Establecimiento de criterios de prioridad o permanencia.** Se prevé que la negociación colectiva de ámbito estatal podrá establecer criterios que deberán operar en los supuestos de insuficiencia del proceso de formación o de exceso de personal.

**Consideración problemática del cese derivado de motivos inherentes a la persona trabajadora.** La norma ha dado un tratamiento común a las distintas causas de extinción del contrato «por motivos inherentes a la persona trabajadora». Sin embargo, salvo en el supuesto de rechazo de la colocación, el resto de los motivos no tiene dicha condición, entrando de lleno en el ámbito de la organización y decisión empresarial. Así, la inadecuación para continuar en las obras de la empresa tras someterse al proceso de

cualificación presenta puntos en común con el despido objetivo por falta de adaptación (art. 52.b ET). Por su parte, los supuestos de exceso de personal o de insuficiencia de obras en la misma provincia entran de lleno en el ámbito del despido objetivo por amortización del puesto (art. 52.c ET). Esta distinción tiene importantes consecuencias prácticas, como a efectos de determinar cuándo se produce un despido colectivo<sup>12</sup>.

**Obligación de preaviso.** Salvo cuando es la persona trabajadora quien rechaza la recolocación, la empresa debe preavisar el cese al menos quince días antes. Además, en todo caso deberá comunicarse a la representación unitaria con una antelación de siete días la extinción del contrato de trabajo<sup>13</sup>.

**Régimen indemnizatorio.** Se da carácter legal al sistema acordado hasta la fecha en la negociación colectiva sectorial. El cese dará derecho a una indemnización equivalente al 7% de los conceptos salariales regulados en las tablas salariales del convenio colectivo de aplicación y devengados durante el contrato, «o la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción»<sup>14</sup>.

**Cobertura del Fondo de Garantía Salarial.** Se ha producido un incremento de la cobertura indemnizatoria para los supuestos de insolvencia de la empresa. La regulación vigente asegura «las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan». Antes del Real Decreto-ley 32/2021, el FOGASA tan solo aseguraba una indemnización de doce días por año (equivalente al mínimo legal) cuando el contrato finalizaba por terminación de la obra, ya que el reconocimiento convencional de una cuantía superior no implicaba un mayor nivel de cobertura. La nueva regulación legal de dicha indemnización implica que ya sí deba ser garantizada en su totalidad<sup>15</sup>.

**Establecimiento de una nueva situación legal de desempleo.** Se ha reformado también el art. 267.1.a.3º LGSS y se ha establecido que la extinción del contrato por motivos inherentes a la persona trabajadora será considerada situación que permitirá el acceso a la prestación, incluso en los supuestos de rechazo de la recolocación.

[1] Dicha norma establecía que la regulación del contrato de obra (art. 15.1.a ET), las disposiciones sobre encadenamiento de contratos (art. 15.5 ET) y la regulación de la extinción del contrato temporal (art. 49.1.c ET) podrían ser excepcionadas en el supuesto regulado en la negociación colectiva respecto del contrato fijo de obra, previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Esta última disposición no contenía una regulación específica, limitándose a señalar que la negociación colectiva estatal del sector podía adaptar el contrato de obra o servicio determinado mediante fórmulas que garantizaran una mayor estabilidad laboral. Además, se consignaba legalmente cuál era el fin cuya consecución debía guiar esta regulación específica: la mejora en la calidad del empleo en la construcción, con el objeto de reforzar la salud y seguridad laborales.

[2] Aunque también ha sido muy productiva la negociación colectiva en el sector a nivel autonómico y provincial.

[3] El origen de este contrato es anterior, encontrándose ya regulado en la Ordenanza Laboral de Construcción (aprobada por Orden de 28 de agosto de 1970, publicada en BOE núm. 213, de 5 de septiembre de 1970).

[4] BOE núm. 232, de 26 de septiembre de 2017.

[5] Además, se regula la extinción de la relación laboral (que podrá producirse cuando la progresiva finalización de la obra haga innecesario el mantenimiento de la totalidad de las personas trabajadoras contratadas para su ejecución), la obligación de preaviso (de 15 días naturales, sustituible por una compensación económica equivalente) y la indemnización específica prevista para estos supuestos. En cuanto a dicha indemnización, ascenderá al 7% de los concep-

tos salariales de las tablas del convenio devengados durante la relación laboral (esto es, aproximadamente de 25,55 días por año), salvo cuando sea inferior a la prevista en el art. 49.1.c ET (por ejemplo, cuando en el contrato se hayan pactado conceptos ajenos al convenio, de cuantía más elevada), en cuyo caso prevalecerá esta última. Por tanto, será necesario establecer una comparación entre ambas indemnizaciones de forma concreta.

[6] Como se ha anticipado, se excluye la aplicación del límite de duración del contrato de tres años (previsto en ese momento en el art. 15.1.a ET para los contratos de obra o servicio) y de la previsión relativa al encadenamiento de contratos (art. 15.5 ET), de forma que la condición del contrato fijo de obra se mantiene incluso en los supuestos de sucesión o subrogación contractual (por supuesto, siempre que el contrato no se desvirtúe, por ejemplo, por declararse la existencia de fraude, etc.).

[7] Como se ha expuesto, hasta la fecha esta disposición hacía tan solo una breve referencia a la posibilidad de que la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal pudiese adaptar el contrato de obra o servicio para dar cobertura al contrato fijo de obra.

[8] Resulta conveniente destacar que, pese a la denominación tradicional de este tipo de contrato, la fijeza que se predicaba se refería en exclusiva a la obra y no a la propia relación laboral. Por lo tanto, la relación laboral era temporal, con todo lo que ello implicaba y a pesar de sus distintas particularidades.

[9] Dentro del sector, la norma distingue entre las personas trabajadoras adscritas a una obra y las que formen parte del personal de estructura, es decir, todos aquellas cuya contratación no dependa de la ejecución de una concreta obra (por lo general, personal técnico u operarias cuya labor se vincule a la sede de la empresa); a este último colectivo no se le aplicarán las disposiciones relativas en el precepto analizado.

[10] Esto implica también que el tiempo dedicado a su realización deberá computar como tiempo efectivo de trabajo, en línea con lo establecido por la STJUE de 28 de octubre de 2021, asunto C-909/19.

[11] Esta opción resulta incongruente con el espíritu del nuevo contrato, al obviar –de forma poco razonable– la opinión del afectado. No puede descartarse que el desplazamiento a otra provincia pueda resultar aceptable para la persona trabajadora e, incluso, menos gravoso. Esto ocurrirá, por ejemplo, en el su-



puesto de empresas que operen cerca de los límites provinciales, lo que podría hacer el desplazamiento interprovincial incluso más asumible que el realizado a otros centros de trabajo de la misma provincia.

[12] A la luz de la STJUE de 21 de septiembre de 2017, C-429/16, no debe descartarse que, pese a su denominación, termine considerándose una extinción por motivos no inherentes a la persona de la trabajadora.

[13] Se trata de una novedad que no se encontraba incluida en la regulación colectiva previa. Su finalidad es que la representación unitaria pueda fiscalizar este tipo de extinciones, para evitar que sean empleadas con una finalidad fraudulenta o abusiva.

[14] No se hace referencia al mínimo previsto en el art. 49.1.c ET (doce días por año). Como se ha anticipado, será habitual que la indemnización sea superior

a la regulada por la norma general. Sin embargo, no será necesariamente así, por ejemplo, cuando haya un salario pactado muy superior o cuando la persona trabajadora haya permanecido durante gran parte de la relación laboral en situación de baja médica (no habiendo percibido salario, sino prestación por incapacidad temporal). Con todo, en estos casos será de aplicación el inciso final que recoge la posibilidad de que el Convenio General del Sector prevea una indemnización superior. En la actualidad, el art. 24.8 del citado Convenio prevé que la indemnización no podrá ser inferior a los doce días por año, por lo que de esta manera se garantiza esta cuantía. Sería muy deseable, no obstante, que esta cuestión se precisase en el texto legal.

[15] Pese a ello, seguirán siendo de aplicación el límite del doble del SMI y el tope de una anualidad.



## CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA

### Alternate training contract

**Autora:** Carmen Sánchez Trigueros

**Cargo:** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

**Resumen:** La reforma laboral de 2021 se plantea como finalidad llevar a cabo una adecuada y eficaz regulación del antes denominado contrato para la formación y el aprendizaje que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral.

**Palabras clave:** Reforma Laboral, contrato formativo, contrato de formación en alternancia.

**Abstract:** The 2021 labor reform aims to carry out an adequate and effective regulation of the previously called contract for training and learning that provides an ideal framework for the incorporation of young people into the labor market.

**Keywords:** Labour Reform. Training contract. Alternate training contract.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA
  1. Objeto
  2. Límites
  3. Sujetos del contrato
  4. Duración
  5. Limitación a la concatenación
  6. Tiempo de trabajo
  7. Retribución
  8. Aspectos formativos

## I. INTRODUCCIÓN

La reforma laboral de 2021, de conformidad con las medidas y objetivos dentro del Componente 23, relativo a las "Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo"<sup>1</sup>, se plantea como finalidad llevar a cabo una adecuada y eficaz regulación del contrato de formación que proporcione un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral.

En la nueva redacción del artículo 11 ET los contratos formativos pasan a ser dos: el de formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de práctica profesional<sup>2</sup>. El primero viene a sustituir al contrato de formación y aprendizaje, mientras que el segundo viene a sustituir al anterior contrato en prácticas<sup>3</sup>.

En ese sentido, el RDL 32/2021 modifica de manera importante algunos aspectos de la regulación del antiguo contrato para la formación y el aprendizaje, aunque continúa en la línea de enmarcarlo en la perspectiva del sistema educativo, toda vez que según el Proyecto de Ley Orgánica de ordenación e integración de la Formación Profesional toda formación profesional será dual, armonizando los procesos de enseñanza y aprendizaje entre el centro de formación profesional y la empresa u organismo equiparado, en corresponsabilidad entre ambos agentes.

Tratamos a continuación el nuevo contrato de formación en alternancia<sup>4</sup>.

## II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA

### 1. Objeto

Mientras que el antiguo contrato para la formación y el aprendizaje tenía como objeto "la cualificación profesional de los trabajadores" en un "régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa", el nuevo contrato tendrá por objeto la formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena en los términos establecidos en el apartado 2 (art. 11.1 ET), a saber, compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo (art. 11.2 ET)<sup>5</sup>.

### 2. Límites

El art. 11.2. h y k ET contempla dos límites: 1) No podrá establecerse período de prueba en estos contratos (art. 11.2.l ET)<sup>6</sup>. 2) No se podrán celebrar cuando la actividad o puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñado con anterioridad por la persona trabajadora en la misma empresa bajo cualquier modalidad por tiempo superior a seis meses (art. 11.2. j ET).

### 3. Sujetos del contrato

Como regla general se deben concertar con personas que carezcan de la cualificación profesional reconocida por las titulaciones o certificados profesionales requeridos para concertar un contrato formativo de la otra variante [para la obtención de práctica profesional adecuada al nivel de estudios (art. 11.2.a ET)].

Como excepción, cabe celebrarlos con personas que posean otra titulación siempre que no haya tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo (art. 11.2.a, 2º, ET).

No existe, en principio, una limitación por edad. No obstante, se restringe a personas menores de 30 años en el supuesto de que se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo<sup>7</sup>.

En la contratación por empresas de inserción de personas con discapacidad o en exclusión social no aplican los límites de edad y duración máxima. Reglamentariamente se establecerán dichos límites "para adecuarlos a los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y características de estas personas" (art. 11.4.d ET).

#### 4. Duración

En materia de duración (art. 11.2.g ET) debe tenerse en cuenta lo siguiente: 1) Será la prevista en el plan o programa formativo, con un mínimo de 3 meses y un máximo de 2 años [pasa de un máximo de tres años a un máximo de dos y de un mínimo de seis meses a tres]<sup>8</sup>. 2) Cabe celebrar un solo contrato de forma no continuada si está previsto así en el plan o programa, es decir, en diversos periodos anuales coincidentes con los estudios. 3) Cabe prórroga, en caso de que se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal y no se hubiera obtenido el título, certificado, acreditación o diploma. La prórroga se hará por acuerdo de las partes, hasta la obtención de dicho título, certificado, acreditación o diploma sin superar nunca la duración máxima de dos años. Se flexibi-

liza de este modo el régimen de prórroga la cual solo podía acordarse por dos veces, sin que la duración de cada prórroga pudiera ser inferior a 6 meses. La redacción actual parece adecuarse mucho más a las necesidades reales de empresas y personas trabajadoras, sometida, eso sí, a los límites que la propia causa del contrato impone.

#### 5. Limitación a la concatenación

Como regla general, solo podrá celebrarse un contrato de formación en alternancia por cada ciclo formativo de formación profesional y titulación universitaria, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades formativas del Catálogo de Especialidades Formativas del Sistema Nacional de Empleo (art. 11.2.h ET). Como excepción, podrán formalizarse contratos de formación en alternancia con varias empresas en base al mismo ciclo, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades del Catálogo citado, siempre que dichos contratos respondan a distintas actividades vinculadas al ciclo, al plan o al programa formativo y sin que la duración máxima de todos los contratos pueda exceder el límite de los 2 años (art. 11.2.h, 2º, ET).

#### 6. Tiempo de trabajo

El tiempo efectivo de trabajo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas en el centro de formación, no podrá ser superior al 65%, el primer año, o al 85%, el segundo de la jornada máxima según convenio colectivo (o, en su defecto, a la jornada máxima legal) (art. 11.2.i ET). Los límites del tiempo de trabajo se reducen por tanto el primer año pasando del 75% en el antiguo contrato para la formación y aprendizaje a un 65% en el nuevo contrato de formación en alternancia.

Si bien el tenor literal exige que el tiempo de trabajo efectivo sea compatible con el tiempo dedicado “a las actividades formativas en el centro de formación”, adviértase que la formación teórica podría ser impartida por la propia empresa ¿significa esto que la compatibilidad solo se predica cuando la formación sea impartida por un centro de formación? Si eso fuera así no tendría sentido pues el espíritu y el objeto de este contrato es, precisamente, permitir la alternancia de ambas actividades (formativa y laboral). Lo que sí puede suceder es que el tiempo de trabajo deba ser compatible con la realización de actividades formativas fuera del centro de trabajo, y ello conlleva, por ejemplo, que debiera tenerse en cuenta tiempos necesarios para desplazamientos, comidas, etc.<sup>9</sup>

El nuevo contrato de formación en alternancia incorpora la prohibición de realizar horas complementarias (téngase en cuenta que el RDL 32/2021 ha modificado el art. 12 ET para permitir la realización del contrato formativo a tiempo parcial). Tampoco cabe realizar horas extraordinarias salvo para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes (art. 35.3 ET). Por último, no cabe realizar trabajos nocturnos ni trabajo a turnos. La única excepción es que no pueda realizarse de otra forma por la naturaleza de la actividad (art. 11.2.k ET)<sup>10</sup>.

## 7. Retribución

El contrato para la formación y el aprendizaje no contemplaba una retribución distinta para la persona contratada en formación. El nuevo contrato sí especifica que la retribución será la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación, y en su defecto no podrá ser inferior al 60% el primer año ni al 75% el segundo de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al

tiempo de trabajo efectivo. En ningún caso la retribución podrá ser inferior al SMI en proporción al tiempo de trabajo efectivo (art. 11.2.m ET).

## 8. Aspectos formativos

El contenido formativo del contrato aparece más intervenido. Así, la actividad desempeñada por la persona trabajadora en la empresa deberá estar directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación laboral, coordinándose e integrándose en un programa de formación común, elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades [se amplía la posibilidad de que la formación a la que se obliga la empresa se lleve a cabo también en estudios universitarios] con empresas y entidades colaboradoras (art. 11.2.c ET).

Como novedad, los centros de formación profesional, las entidades formativas acreditadas o inscritas y los centros universitarios, en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación, elaborarán con la participación de la empresa los planes formativos individuales donde se especifique el contenido de la formación, el calendario y las actividades y requisitos de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos (art. 11.2.e ET).

La impartición de la formación teórica es dispensada por el centro o entidad de formación o la propia empresa, cuando así se establezca. La impartición de la formación práctica corre a cargo de la empresa y del centro (art. 11.2.f ET). Reglamentariamente se desarrollará el sistema de impartición y las características de la formación, así como los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa.

La persona contratada contará con una persona tutora designada por el centro o entidad de formación y otra designada por la empresa. Esta última, que deberá contar con la formación o experiencia adecuadas para tales tareas, tendrá como función dar seguimiento al plan formativo individual en la empresa, según lo previsto en el acuerdo de cooperación concertado con el centro o entidad formativa que deberá garantizar la coordinación con la persona tutora en la empresa (art. 11.2.d ET).

---

[1] <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente23.pdf>

[2] La modificación del art. 11 ET busca “un cambio de modelo, estableciéndose un contrato formativo con dos modalidades” (Exposición de Motivos RDL 32/2021).

[3] Los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje basados en lo previsto en el art. 11 según la redacción vigente antes de la entrada en vigor de su modificación, resultarán aplicables hasta su duración máxima, en los términos recogidos en el citado precepto (DT 1 RDL 32/2021).

[4] El apartado 2 del art. 11 ET se destina al contrato en alternancia, invirtiendo el orden de su predecesor en el que primeramente se regulaba el contrato en prácticas.

[5] La reforma del contrato formativo se ha inspirado “en el modelo dual alemán” y garantiza “su coordinación con el sistema de Formación Profesional y con los estudios universitarios” (Comunicado del Gabinete de Comunicación del Ministerio de Trabajo y Economía Social: <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/4059>).

[6] La empresa, en su caso, tendrá que acudir a la ineptitud del trabajador como causa de despido. En el caso del trabajador cabrá acudir a las causas comunes extintivas (Juan V. López Gandía, “Los contratos formativos tras la reforma laboral de 2021”, Net21 núm. 8, enero 2022).

[7] El límite de los 30 años cuenta con una única excepción: los mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo (nueva DA.9 Real Decreto Legislativo 3/2015, Ley de Empleo).

[8] Recuérdese que en la regulación anterior la negociación colectiva podía fijar duraciones distintas atendiendo a las peculiaridades del sector y de los puestos de trabajo a desempeñar.

[9] En ese sentido, Puy Abril Larrainzar, *Reformas Laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021 y L 21/2021 y L 22/2021*, Francis Lefebvre (Claves Prácticas), 2022, p. 118.

[10] Parece querer decir que si la obtención de la formación práctica exigiera la realización de un trabajo nocturno o a turnos, excepcionalmente, pudiera desarrollarse en dicho horario o régimen: En ese sentido, Puy Abril Larrainzar: *Reformas Laborales y de Seguridad Social... cit.*, p. 119.

## CONTRATO PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL ADECUADA AL NIVEL DE ESTUDIOS

### Contract for obtaining professional internship appropriate to the level of studies

**Autora:** Puy Abril

**Cargo:** Doctora en Derecho

**Resumen:** En el presente trabajo se expone el nuevo contrato para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, introducido por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre ("RDL 32/2021").

**Palabras clave:** Contrato formativo, contrato en prácticas, contrato para la obtención de práctica profesional

**Abstract:** This paper presents the new contract for obtaining professional practice appropriate to the level of studies, introduced by RDL 32/2021, December 28.

**Keywords:** Training contract, internship contract, contract for obtaining professional internship.

## SUMARIO

- I. ANTECEDENTES
- II. FINALIDAD Y CONTEXTO DE LA REFORMA DEL CONTRATO FORMATIVO
- III. PRESENTACIÓN DE LA REFORMA: UN ÚNICO CONTRATO FORMATIVO
- IV. EL CONTRATO PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL ADECUADA
  1. Objeto
  2. Destinatarios
  3. Puesto desempeñado
  4. La vertiente formativa
  5. Certificación
  6. Duración
  7. Tiempo de trabajo
  8. Periodo de prueba
  9. Retribución
  10. Límites
- V. DISPOSICIONES COMUNES
  1. ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2. CAUSAS DE INTERRUPCIÓN DE LA DURACIÓN DEL CONTRATO
3. FORMALIDADES DEL CONTRATO
4. PERSONAS CON DISCAPACIDAD O EN SITUACIÓN DE EXCLUSIÓN SOCIAL
5. PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO
6. PARTICULARIDADES EN LOS ERTE
7. CÓMPUTO A EFECTOS DE ANTIGÜEDAD Y PROHIBICIÓN DE ESTABLECER UN PERIODO DE PRUEBA SUCESIVO
8. EFECTOS DE LA CONTRATACIÓN EN FRAUDE DE LEY
9. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FORMATIVOS
10. DEBERES DE INFORMACIÓN
11. COLABORACIÓN DEL SEPE Y VALOR LIBERATORIO DE LA INFORMACIÓN TRASLADADA

## VI. ENTRADA EN VIGOR

### I. ANTECEDENTES

La constante evolución del panorama formativo ha motivado que los contratos formativos hayan sido afectados en todas y cada una de las sucesivas reformas que ha padecido el Estatuto de los Trabajadores. Y no solo su regulación; la propia denominación de los distintos contratos ha pasado también un periplo sin límite. En concreto, 14 modificaciones desde la primigenia versión del ET de 1980, que han pivotado, en esencia, sobre: (i) la propia denominación del contrato; (ii) su duración; (iii) edad (en el contrato para la formación y el aprendizaje); (iv) periodo desde la finalización de los estudios en el que se podría celebrar el contrato (en el caso de la modalidad en prácticas); (v) imposición de restricciones (para evitar el uso fraudulento), o introducción de mecanismos de flexibilización (a fin de potenciar esta modalidad contractual –tras diagnosticarse la existencia de límites ineficientes–); y (vii) ajustes normativos necesarios para adaptar la relación laboral a la evolución del sistema educativo y de formación profesional.

Así las cosas, el RDL 32/2021 constituye el decimoquinto hito reformista.

### II. FINALIDAD Y CONTEXTO DE LA REFORMA DEL CONTRATO FORMATIVO

El estudio de la innovación legislativa en materia de contratos formativos debe ser contextualizado en el marco de los compromisos adquiridos por España con la Unión Europea. Así, es preciso llamar la atención sobre el denominado *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, documento que se erige en el instrumento fundamental para el desarrollo de los fondos europeos de recuperación *Next Generation EU*. y que traza la hoja de ruta de las áreas y materias que habrán de abordarse por el gobierno español en el corto y medio plazo.

Dicho Plan descansa sobre 4 ejes (transición verde, transición digital humanista, cohesión social y territorial, e igualdad de género) que,



a su vez, impulsan las “diez políticas palanca” que, en el decir del propio documento, determinarían “la evolución futura del país”. Dentro de esas diez *palancas*, se recogen 30 “componentes” (así denominados) que permiten sistematizar las distintas líneas de actuación. Y por cuanto aquí interesa, es menester destacar la palanca VIII –*Nueva economía de los ciudadanos y políticas de empleo*–; y en concreto, el componente 23.

Y ello como la propia Exposición de Motivos del RDL 32/2021 afirma, la innovación legislativa ahora comentada se limita a introducir en la legislación española las medidas necesarias para hacer efectivas 4 de las reformas contempladas en el componente 23 (“C23”). Y en concreto, en lo que a contratos se refiere, responde a la traslación legislativa de lo reflejado en la Reforma 4 del C23; esto es a la *simplificación de los contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad de la contratación temporal y adecuada regulación del contrato de formación*<sup>1</sup>.

### III. PRESENTACIÓN DE LA REFORMA: UN ÚNICO CONTRATO FORMATIVO

Así las cosas, el RDL 32/2021, ha reducido, al menos formalmente, los 3 contratos formativos anteriores a uno solo. Y se dice formalmente porque, pese a los esfuerzos del legislador, y a la propia rúbrica del artículo que reza en singular –*contrato formativo*–, el mismo sigue contemplando las 2 modalidades contractuales históricas en que tradicionalmente se han dividido los contratos formativos; aunque si bien es cierto, ahora aparecen bajo una nueva denominación y reformuladas en algunos aspectos esenciales que enseguida se expondrán.

## IV. EL CONTRATO PARA LA OBTENCIÓN DE LA PRÁCTICA PROFESIONAL ADECUADA

### 1. Objeto

Esta modalidad contractual tiene por objeto el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada a los correspondientes niveles de estudios<sup>2</sup>. Mantiene por tanto su esencia respecto de sus modalidades predecesoras.

### 2. Destinatarios

El contrato para la obtención de la práctica profesional podrá concertarse con quienes estuviesen en posesión de un título universitario o de un título de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, así como quienes posean un título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de actividad laboral.

En suma, la novedad respecto del antecesor contrato es que se amplían y detallan los títulos y certificados que posibilitan la celebración del contrato para la obtención de la práctica profesional. Entre ellos, destaca el “máster profesional”, y la irradiación de este contrato a los títulos de enseñanzas artísticas o deportivas.

### 3. Puesto desempeñado

El puesto de trabajo desempeñado por la persona trabajadora deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto

del contrato. Sigue observándose por tanto la inalterabilidad de la causa respecto de versiones anteriores.

#### 4. La vertiente formativa

Probablemente, la principal novedad que introduce esta modalidad contractual respecto de su antecesor contrato en prácticas es el refuerzo de la *vis* formativa. Y es que, pese a que la nueva redacción no establece expresamente la imposición de una formación, ni de qué tipo, a través de las nuevas letras f), g) y j) del apartado 3 del artículo 11 del ET se intuye una reformulación de este contrato, cuya parte esencial es precisamente reforzar las acciones formativas asociadas a la práctica profesional perseguida.

##### ✓ El plan formativo individual

El nuevo contrato formativo para la obtención de la práctica profesional impone a la empresa la obligación de elaborar un plan formativo individual en el que se especifique el contenido de la práctica profesional (inexistente hasta la fecha).

##### ✓ La figura del tutor

La empresa deberá asignar un tutor o tutora que cuente con la formación o experiencia adecuada para el seguimiento del plan y el correcto cumplimiento del objeto del contrato.

##### ✓ Alcance de la formación

Se emplaza al desarrollo reglamentario el alcance de la formación correspondiente al contrato de formación para la obtención de prácticas profesionales, particularmente, en el caso de acciones formativas específicas dirigidas a la digitalización, la innovación o la sostenibilidad, incluyendo la posibilidad de "microacreditaciones" –en el decir de la norma– de los sistemas de formación profesional o universitaria<sup>3</sup>.

#### 5. Certificación

A la finalización del contrato la persona trabajadora tendrá derecho a la certificación del contenido de la práctica realizada<sup>4</sup>.

#### 6. Duración

La duración del contrato se reduce respecto de su predecesor. En concreto, no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de un año (antes podía llegar a dos años).

Dentro de estos límites, los convenios colectivos de ámbito sectorial (ya sea estatal, autonómico o inferior) podrán determinar su duración, atendiendo a las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar.

#### 7. Tiempo de trabajo

Está prohibido realizar horas extraordinarias (salvo las de fuerza mayor a las que se refiere el artículo 35.3 ET).

#### 8. Periodo de prueba

Se reduce y simplifica la previsión relativa al periodo de prueba, que pasa un límite máximo de un mes (antes era posible de uno o dos 2 meses, dependiendo de la titulación), "salvo lo dispuesto en convenio colectivo"<sup>5</sup>; último inciso por tanto que parece otorgar a la norma paccionada la posibilidad de ampliar dicho margen temporal.

#### 9. Retribución

La nueva letra i) del apartado tercero del artículo 11 del ET, contempla una serie de reglas para la fijación del salario.

**Primera.-** La retribución “por el tiempo de trabajo efectivo” será “la fijada en el convenio colectivo aplicable en la empresa para estos contratos o en su defecto la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas”.

**Segunda.-** En ningún caso la retribución podrá ser inferior a “La retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia”.

## 10. Límites

Continuando con la línea trazada por su antecesor, el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios presenta algunas restricciones, dirigidas principalmente a reforzar su causalidad y evitar posibles abusos en la formalización de estos contratos. A saber:

### Periodo temporal desde la obtención del título o certificado

El contrato para la obtención de la práctica profesional deberá concertarse dentro de los 3 años (o 5 si se concierta con una persona con discapacidad) siguientes a la terminación de los correspondientes estudios. Se reduce así el margen temporal dentro del cual podrá suscribirse este contrato (que pasa de cinco a tres años, o de siete a cinco en el caso de personas con discapacidad).

### Actividad desempeñada previamente en la empresa

No podrá suscribirse con quien ya “haya obtenido experiencia profesional o realizado actividad formativa en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses”. No computarán a estos efectos “los periodos de formación o prácticas que formen parte del currículum exigido para

la obtención de la titulación o certificado que habilita esta contratación”.

### Restricciones vinculadas a las titulaciones o certificados

Se mantienen los límites en este punto con el objetivo de evitar posibles abusos en el recurso a esta modalidad contractual. Los mismos pueden sistematizarse de la siguiente forma:

- En virtud de la misma titulación o certificado profesional: ninguna persona podrá estar contratada en la misma o distinta empresa por tiempo superior al máximo legalmente establecido (un año).
- En virtud de la distinta titulación o certificado: ninguna persona podrá estar contratada en formación en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior al máximo legalmente establecido (un año), aunque se trate de distinta titulación.

A los efectos anteriores, los títulos de grado, máster y doctorado correspondientes a los estudios universitarios no se considerarán la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez mediante un contrato para la realización de práctica profesional la persona trabajadora estuviera ya en posesión del título superior de que se trate.

## V. DISPOSICIONES COMUNES

### 1. Acción protectora de la Seguridad Social

Comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo y la cobertura del FOGASA.

## 2. Causas de interrupción de la duración del contrato

Como en la versión precedente, las situaciones de IT, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.

## 3. Formalidades del contrato

El contrato deberá formalizarse por escrito. Además, deberá incluir obligatoriamente: (i) el plan formativo individual en el que se especifiquen el contenido de las prácticas o la formación y las actividades de tutoría necesarias para el cumplimiento de los objetivos marcados<sup>6</sup>; y (ii) el texto de los acuerdos y convenios de cooperación entre las entidades formativas y las empresas.

## 4. Personas con discapacidad o en situación de exclusión social

En el caso de que el contrato se celebre con personas con discapacidad o en situación de exclusión social contratadas por empresas de inserción cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente<sup>7</sup>: no serán de aplicación los límites de edad ni duración máxima del contrato.

Se emplaza a un ulterior desarrollo reglamentario el establecimiento de dichos límites para adecuarlos a los estudios, al plan o programa formativo y al grado de discapacidad y característica de estas personas.

## 5. Papel del convenio colectivo

Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial (estatal, autonómico o, en su defecto, de ámbito inferior), se podrán determinar

los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio del contrato formativo<sup>8</sup>. Asimismo, en la negociación colectiva se fijarán criterios y procedimientos tendentes conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Adicionalmente, la ley contempla la posibilidad de que por convenio colectivo se establezcan compromisos de conversión de contratos formativos en contratos por tiempo indefinido<sup>9</sup>.

## 6. Particularidades en los ERTE

Las empresas que estén aplicando algunas de las medidas de flexibilidad interna reguladas en los artículos 47 y 47 bis podrán concertar contratos formativos siempre que las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada.

## 7. Cómputo a efectos de antigüedad y prohibición de establecer un periodo de prueba sucesivo

Si al término del contrato formativo la persona continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración del contrato a efectos de antigüedad en la misma.

## 8. Efectos de la contratación en fraude de ley

El contrato se entenderá concertado como contrato indefinido de carácter ordinario<sup>10</sup>.

## 9. Efectos del incumplimiento de los deberes formativos

La propia ley prevé que en tal caso el contrato se entenderá concertado como contrato indefinido de carácter ordinario<sup>11</sup>.

## 10. Deberes de información

Se refuerzan las herramientas de control de la RLPT en la empresa, quien podrá supervisar la correcta adecuación del contrato formativo a la finalidad perseguida.

## 11. Colaboración del SEPE y valor liberatorio de la información trasladada

Con el fin de facilitar el cumplimiento de las reglas relativas a la duración máxima del contrato y resto de límites, la nueva regulación otorga al SEPE un papel específico. En tal sentido, las empresas que pretendan suscribir contratos formativos podrán solicitar a dicha entidad información relativa a si las personas a las que pretenden incorporar han estado previamente contratadas bajo dicha modalidad y la duración de estas contrataciones. Dicha información *tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración máxima de este contrato* (art.11.7 ET).

## VI. ENTRADA EN VIGOR

De conformidad con la Disposición Final Octava del RDL 32/2021, la modificación del artículo 11 del ET entrará en vigor a los tres meses de la publicación de la norma. Hasta esa fecha podrán seguir suscribiéndose contratos formativos al amparo de la anterior

regulación, los cuales se regirán hasta su finalización por el marco normativo en el que se hayan basado.

[1] Con dicho objetivo el documento presentado por el Gobierno predica que, *para que se reduzca la temporalidad es necesario simplificar los tipos de contratos, reduciéndolos a tres (estable, temporal y de formación/prácticas)*. Y para ello, dicho documento entiende necesario *establecer una regulación adecuada de los contratos de formación o prácticas, que proporcione un marco adecuado para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral*.

[2] Apartado 1 del artículo 11 del ET.

[3] La regulación de las microacreditaciones, o microcredenciales, está mereciendo la atención de la Comisión Europea, que ha publicado el 10 de diciembre de 2021 una propuesta de Recomendación al respecto. El texto de la propuesta puede consultarse en este enlace: [EUR-Lex - 52021DC0770 - ES - EUR-Lex \(europa.eu\)](#).

[4] Nuevo artículo 11.3 g) del ET.

[5] Nueva letra e) del apartado 3 del artículo 11 del ET.

[6] En concreto, la nueva letra c) del apartado 4 del artículo 11 del ET exige la inclusión del texto del plan formativo individual "al que se refieren los apartados 2. b), c), d), e), g), h) y k) y 3. e) y f)"; sin embargo, ni el apartado 2 b) ni el 3 e) hacen alusión a dicho plan formativo.

[7] En los términos establecidos en el artículo 2 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de empresas de inserción.

[8] Nueva letra e) del apartado 4 del artículo 11 del ET.

[9] Nuevo apartado 6 del artículo 11 del ET.

[10] Nueva letra h) del apartado 4 del artículo 11 del ET.

[11] Nueva letra h) del apartado 4 del artículo 11 del ET.

## CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

### Contract due to production circumstances

**Autor:** PABLO NICOLÁS ALEMÁN

**Cargo:** Doctor por la Universidad de Murcia. Letrado Servicios Jurídicos UGT

**Resumen:** Formalidad, causalidad, duración y entrada en vigor del nuevo contrato por circunstancias de la producción a raíz de Real Decreto-ley 32/2021. Actividades normales de la empresa acompañadas de un incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones (de actividad) que no permitan acudir al contrato fijo discontinuo. Posibilidad de cubrir vacaciones.

**Palabras clave:** Contrato por circunstancias de la producción, contrato fijo-discontinuo, vacaciones.

**Abstract:** Formality, causality, duration and entry into force of the new contract due to production circumstances as a result of Royal Decree-Law 32/2021. Company normal activities, accompanied by an occasional and unpredictable increase in activity and oscillations (of activity) that do not allow access to the discontinuous fixed contract. Possibility of covering holidays.

**Keywords:** Occasional and unpredictable increase in activity and oscillations, discontinuous fixed, covering holidays.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA NUEVA REGULACIÓN
  1. Formalidad
  2. Causalidad
  3. Duración
- III. ENTRADA EN VIGOR
- IV. BREVE VALORACIÓN



## I. INTRODUCCIÓN

Finalizando el pasado año, prácticamente con las últimas campanadas, se alcanzó, fruto del diálogo social, acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) el día 23 de diciembre de 2021 que se plasmó normativamente en el *Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo* (RDL 32/2021), teniendo como principal propósito corregir la temporalidad excesiva que sufre nuestro país y una importante recuperación de la antigua estructura de la negociación colectiva a efectos salariales. El fruto normativo de tal Diálogo Social que fue finalmente convalidado el pasado 3 de febrero por el Pleno del Congreso de los Diputados en una sesión que, no por ser, será recordada durante años.

Con la mirada puesta en ese objetivo, la norma identifica como indiscutible protagonista al contrato indefinido, calificándolo de regla general y elimina la posibilidad de celebrar contratos para obra o servicio determinada, justificándolo, en parte, en que la anterior modalidad había sido *fuertemente cuestionada por la jurisprudencia interna<sup>1</sup> y comunitaria (STJUE de 24 de junio de 2021 –C 550/19–)*. Y es que no cabe desconocer que durante las tres últimas décadas, España ha liderado el ranking europeo de los indicadores de empleo temporal.

Es por ello por lo que, aun siendo consciente que existen necesidades temporales a efectos de las relaciones laborales, como expresamente ha reconocido la doctrina del TJUE<sup>2</sup>, reordena las modalidades de la contratación temporal con origen causal. En este sentido, permite la celebración del *contrato de trabajo de duración determinada por*

*circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora, pero precisando que es necesario, en su formalización, especificar con precisión la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista.*

La propia exposición de motivos, con mayor o menor acierto, concreta la causalidad del propio contrato señalando que se entiende por circunstancias de la producción el *incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aun tratándose de actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere. Asimismo, se prevé la posibilidad de formalizar contratos por circunstancias de la producción para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada.* En este punto positiviza la nueva doctrina del TS sobre contratas y subcontratas<sup>3</sup> declarando expresamente que *...En ningún caso podrá identificarse como causa del contrato de circunstancias de la producción la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa.*

A la vista de lo anterior, aun cuando el ánimo del legislador fuese despejar dudas, el efecto conseguido a priori, parece ser otro. Da la impresión de que posibilita el recurso a la modalidad contractual en esas dos antagónicas situaciones que responderían a la naturaleza temporal de la actividad según la misma sea consecuencia de un incremento ocasional e imprevisible o bien debido a situaciones ocasionales y previsibles.



## II. LA NUEVA REGULACIÓN

No puede pasarse por alto que el artículo 15 ET comienza ahora proclamando una importante regla, al tiempo exigencia y deseo, conforme a la cual *El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido*. De forma explícita, por tanto, dispone que solo cabe la utilización del contrato de duración determinada en dos casos: por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora, en función de la causa de temporalidad, siendo objeto de análisis en este breve comentario el primero de ellos, es decir, el contrato por circunstancias de la producción.

### 1. Formalidad

En cuanto a la formalidad del propio contrato de trabajo, la nueva norma establece un mayor plus de exigencia al establecido en el artículo 3 a) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrollaba el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (*El contrato deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo*) para ahora pasar a ser la escritura un requisito constitutivo de la válida utilización de la modalidad contractual, siendo necesario la especificación con precisión de *la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista*. Por tanto, parece indicar que se mantiene la exigencia, quizás con mayor intensidad, de la identificación de causalidad que lo justifica, introduciendo la necesaria indicación de la duración prevista y su conexión con la causa justificativa.

### 2. Causalidad

Como se anticipó, es la propia causalidad del contrato de trabajo por circunstancias de la producción la que arroja mayores interrogantes, y ello por la concreción de lo que se entiende por circunstancias de la producción, señalando, en el apartado 2º del artículo 15 que lo será *el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, siempre que no permitan acudir al contrato establecido en el artículo 16.1*, y permitiendo, a renglón seguido, que se acuda a dicha contratación para atender a las sustituciones de las vacaciones en contra de lo establecido por el Tribunal Supremo ([SSTS 10/11/20, rec 2323/18<sup>4</sup>](#)) y del propio espíritu de la imprevisibilidad de las causas para su formalización.

Es clara la íntima conexión del vigente artículo 15 del ET con el nuevo artículo 16.1 del ET (*1. El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará 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*), al delimitar, el primero de ellos, su aplicación a los supuestos donde no sea posible acudir al contrato fijo discontinuo que ha previsto su aplicación en aquellas que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa y tengan un carácter intermitente en periodos *determinados o indeterminados*.

Por tanto, un primer análisis conjunto de ambos preceptos muestra que la norma permite la utilización de la contratación temporal, aun tratándose de actividad normal de la empresa, para actividades que suponen un **incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones** (art 15 ET)<sup>5</sup>. Por el contrario, si estamos ante actividades intermitentes de naturaleza estacional o de temporada **con**

**periodos ciertos, determinados o indeterminados** (art 16 ET), habría que acudir a la fijeza discontinua.

La anterior distinción resulta lógica en nuestro sistema de relaciones laborales y va en consonancia, al menos parcialmente, con la jurisprudencia que se ha venido desarrollando en los contornos de la contratación temporal. Sin embargo, lo que sorprende es la introducción de la posibilidad de formalizar este tipo de contrato para atender las necesidades derivadas de actividades **ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida** y delimitada en los términos previstos en la norma.

Por tanto, la norma amplía la causalidad de la contratación eventual, rompiendo el anterior y sencillo esquema al posibilitar la utilización en actividades que parecían reservadas al contrato fijo discontinuo, pero introduciendo un elemento temporal más rígido y limitativo.

No sorprende solo con lo anterior, sino que, como se anticipó anteriormente, posibilita, en contra de lo mantenido hasta la fecha por nuestro Tribunal Supremo, la utilización del contrato eventual para realizar contrataciones para afrontar las necesidades derivadas de las vacaciones de la plantilla. Sin embargo, voces autorizadas interpretan el precepto, no desplazando a la doctrina del TS, sino matizando en el sentido de que no se está autorizando como causa válida la simple sustitución de las vacaciones, sino de un modo más causalista que *la contratación ha de guardar relación con la problemática concreta que le haya podido provocar a la empresa las vacaciones de parte de la plantilla de su persona*<sup>5</sup>.

Por último, referido a la causalidad, el precepto impone un límite claro, consecuencia no de la imaginación del legislador sino más bien del efecto que tiene en nuestro siste-

ma de relaciones laborales, la integración de nuestro país en la UE y en concreto de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz de las cuestiones prejudiciales planteadas por nuestros tribunales de justicia y de la posterior recepción de las mismas por nuestro TS, prohibiendo la utilización de la contratación temporal, cuando la pretendida causa justificativa se enmarque dentro de las contrataciones, subcontratas o concesiones administrativas siempre que estas compongan la actividad "habitual u ordinaria" de la empresa.

En resumen y como decálogo inicial de la causalidad de esta modalidad contractual destacamos:

- Actividades que suponen un incremento ocasional e imprevisible y no es posible acudir al contrato fijo discontinuo del artículo 16 del ET.
- Actividades que suponen oscilaciones, entre las que se encuentran la sustitución de las vacaciones
- No cabe su utilización en el marco de contrataciones, subcontratación o concesiones cuando constituyen la actividad habitual u ordinaria de la empresa.

### 3. Duración

En cuanto a la duración del propio contrato, cuando se trate de actividades que suponen un incremento ocasional e imprevisible, la norma reduce la duración máxima del contrato, en caso de previsión en convenio sectorial y mediando acuerdo de las partes, a 12 meses, cuando anteriormente se establecía en los 18 meses. Si no existe previsión en convenio, se mantiene el límite de la anterior redacción, en los 6 meses.

Sin embargo, cuando las actividades sean previsibles y con una duración determinada introduce un límite, que se aventura conflic-

tivo y del que hubiese sido aconsejable que la norma precisara una mayor concreción. Así, establece:

- Por un lado, un límite temporal a las empresas en cuanto que solo podrán acudir a este contrato durante un máximo de 90 días en el año natural.
- Por otro, un límite en su utilización al señalar que no podrán ser utilizados de forma continua (los 90 días) y,
- Por último, no establece límite alguno en cuanto al número de contrataciones dentro de esos 90 días, indicando que la aplicación será independiente del número de personas necesarias para *atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones*.

Como contrapartida a lo que parece un "cheque en blanco", esta sorprendente temporalidad posibilita un control anticipado por parte de la representación legal de los trabajadores. La norma establece la obligación de que *en el último trimestre de cada año* las empresas trasladen a la RLT una previsión *anual de uso de estos contratos*, lo que parece dejar fuera de ese control a los contratos que se celebren durante el presente curso. Al tiempo se abre un debate múltiple sobre qué sucede cuando no exista esa representación legal (por cualquier causa, incluso por el escaso número de personas trabajadoras) o qué posibilidades tendría la empresa de alterar sus previsiones (parece que ninguna). Con todo, lo más llamativo es que no parece proscribirse esta submodalidad de contratación en los casos en que con ella quiera atenderse a necesidades repetitivas y permanentes (por ejemplo, estableciendo quince días de temporalidad en las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, y dos meses para las estivales; o cuarenta y cinco fines de semana, etc.).

### III. ENTRADA EN VIGOR

El RDL, consciente de su impacto directo en la práctica diaria de contratación laboral, prevé hasta nueve disposiciones transitorias, encontrándose en la tercera y cuarta la previsión respecto a la duración máxima de los contratos en función de su fecha de formalización.

- Los celebrados antes del día 31 de diciembre de 2021 (eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o excesos de pedidos basados en el artículo 15.1.b ET): mantienen la regulación establecida en la normativa precedente, incluso su duración máxima de 6 meses o, en caso de previsión en convenio colectivo, hasta 12 meses (Disposición transitoria tercera).
- Los celebrados después del día 31 de diciembre de 2021 y hasta el 30 de marzo de 2022 (también al amparo de la regulación previa): se rigen por la norma legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado, pero su duración no podrá ser superior a 6 meses (Disposición transitoria cuarta).

En cuanto al régimen de encadenamientos establecido en el artículo 15.5 del ET y dado que el mismo pasa del periodo de 30 a 24 meses en un periodo de 18 meses, la disposición transitoria Quinta señala: 1º) Para contratos celebrados después de la entrada en vigor, el plazo es el indicado en la nueva regulación (24 meses). 2º) Para contratos anteriores a la entrada en vigor de la norma el plazo será el anterior (30 meses). 3º) Para contratos que se solapen, es decir, exista uno anterior a la entrada en vigor y otro posterior, a efectos del *computo del número de contratos, del periodo y del plazo previsto en el citado artículo 15.5, se tomara en consideración solo el contrato vigente a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley* sembrando la

duda en cuanto a la fecha a tener en cuenta, 31 de Diciembre de 2021 o bien 30 de marzo de 2022. La desafortunada redacción de esta transitoriedad puede llevar a pensar que existe una especie de condonación de las previas contrataciones, lo que nuevamente llama la atención.

#### IV. BREVE VALORACIÓN

Ciertamente resulta arriesgado hacer una valoración sobre la suerte futura de esta nueva forma de contratación que trata de conciliar distintos intereses, de un lado la urgente necesidad de reducción de la temporalidad en nuestro país, con una tasa, como se indicó con anterioridad, de la más altas de la UE, que tiene efectos diversos no deseados de todos conocidos (excesiva precariedad, rotación, inseguridad, incidencia en la formación, siniestralidad, etc.); de otra la propia necesidad de una economía con factores estructurales de coyunturalidad, como es la de servicios en general, que tiene periodos concretos de actividad y otros de inactividad.

De momento no cabe soslayar las enormes dudas interpretativas que suscita la posibilidad de celebrar contrataciones temporales para necesidades previsibles (¿admitirá la jurisprudencia que ya no opera la fijeza discontinua, aunque se reiteren?), la situación en que queda el venerable RD 2720/1998 (¿subsistente en cuanto no colisione con las previsiones legales?), o la posibilidad de aplicar reglas convencionales pactadas cuando el marco legal era distinto (¿basta el cambio de denominación contractual para descartar la validez de las previsiones sobre contrataciones eventuales?), o la operatividad del artículo 15.5 ET (¿utilizable como indirecta-

mente permisivo de la temporalidad que no llega a sus límites?).

Es seguro, con todo, que se lanza un mensaje por los agentes sociales, empresarios y sindicatos, de que no es bueno para nadie, en general, un exceso de temporalidad, y que esta nueva regulación, que permite compaginar una cierta temporalidad con la idea general de la relación laboral indefinida, se ha de cumplir de forma más contundente que la regulación anterior, a fin de reducir radicalmente la tasa de temporalidad.

---

[1] Corrigiendo doctrina anterior, la [STS núm. 1137/2020, de 29 de diciembre](#), dictada por el Pleno de la Sala Cuarta, declara que la decisión de una empresa de externalizar parte de su actividad no genera para la auxiliar una específica causa de temporalidad atendible mediante un contrato de obra o servicio determinado.

[2] [STJUE de 24 de junio de 2021, Caso EV y Obras y Servicios Públicos, S.A., Acciona Agua S.A. C-550/19](#) que vuelve a insistir en que los contratos de duración indefinida constituyen la forma más común de la relación laboral, sin perjuicio de que contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones.

[3] STS 29 de diciembre de 2020 modificó la jurisprudencia respecto a la licitud de los contratos de obra relacionados con la prestación de servicios a terceros, subcontratas, señalando que sería "...ilógico sostener que el grueso de aquella actividad tiene el carácter excepcional al que el contrato para obra o servicio busca atender".

[4] *FD Tercero ..la empresa es plenamente conocedora de que la plantilla con la que cuenta disfruta de vacaciones y descansos con la regularidad propia de tales situaciones y, por consiguiente, la respuesta al volumen de actividad habitual debe contemplar las horas de efectiva prestación. El que los trabajadores de la plantilla ejerciten sus derechos al descanso y a las vacaciones es una circunstancia plenamente previsible y, por consiguiente, no es, pues, ajustada a Derecho la cobertura temporal de sus funciones acudiendo a la vía interinidad por sustitución. Tales ausencias al trabajo se producen dentro del*

*normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la previsión organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador; alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar...*

[5] Autores como Adrián Todolí apuntan que en el mismo se prevén a su vez dos categorías bien diferenciadas: –1-Actividades que suponen un incremento ocasional e imprevisible.–2-Actividades que generan oscilaciones en la actividad normal, que no requeriría de la imprevisibilidad exigida en el primero de ellos. Todolí, Adrián, “Análisis nuevo Contrato temporal” por

circunstancias de la producción” y sus tres modalidades”, en Argumentos en Derecho Laboral, disponible en <https://adriantodoli.com/2022/01/03/analisis-nuevo-contrato-temporal-por-circunstancias-de-la-produccion-y-sus-tres-modalidades/>.

[6] Rojo Torrecilla, Eduardo “Estudio de la reforma laboral de 2021 (IV) La nueva contratación temporal estructural y la potenciación del contrato fijo discontinuo.”, disponible en [http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021\\_7.html](http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_7.html).

## EL NUEVO CONTRATO DE SUSTITUCIÓN, COMO REVISIÓN DEL CONTRATO DE INTERINIDAD

### The new substitution contract, as a revision of the interim contract

**Autor:** José Antonio González Martínez

**Cargo:** Profesor Ayudante Doctor. Universidad de Valladolid

**Resumen:** En aras a evitar la precariedad del mercado de trabajo actual, caracterizado por la temporalidad y el desempleo, se produce un cambio en el tradicional contrato temporal de interinidad, denominado ahora contrato de sustitución de persona trabajadora.

**Palabras clave:** Sustitución persona trabajadora, temporalidad, interinidad.

**Abstract:** In order to avoid the precariousness of the current labor market, characterized by temporary employment and unemployment, there is a change in the traditional temporary interim contract, now called the worker substitution contract.

**Keywords:** Worker substitution, temporality, interim

## SUMARIO

### I. FINALIDAD DEL CONTRATO

### II. SUPUESTOS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL MISMO

1. Contrato de sustitución para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo
2. Contrato de sustitución para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, por causa legal o convencionalmente establecidas
3. Contrato de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo vacante durante proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva



## I. FINALIDAD DEL CONTRATO

Atendiendo a la duración de la relación laboral, los contratos de trabajo se clasifican ahora en dos grandes grupos<sup>1</sup>: los concertados por tiempo indefinido y los de duración determinada<sup>2</sup> (se mantiene la tradicional presunción en favor de los primeros). Con la desaparición del contrato de obra o servicio determinado, la contratación de duración determinada queda reducida a dos supuestos: el contrato por circunstancias de la producción, y el contrato de sustitución de persona trabajadora (buscando la causalidad de la contratación temporal).

La causalidad no se presume, sino 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 tienen que dar estos tres requisitos).

## II. SUPUESTOS QUE PUEDEN SER OBJETO DEL MISMO

En cuanto a la finalidad del contrato, el nuevo art. 15.3 ET regula este contrato<sup>3</sup> no diferenciándose ni causal ni temporalmente del contrato de interinidad del antiguo art. 15.1.c ET, y que puede ser concertado para atender alguno de estos supuestos<sup>4</sup> (antes de la reforma el objeto del contrato era doble, pero ahora supone tres variedades):

a) Para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo (tradicionalmente denominada, interinidad por sustitución).

b) Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, por causa legal o convencionalmente establecidas.

c) Para cubrir temporalmente un puesto de trabajo vacante durante proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva<sup>5</sup>. En este caso la duración no podrá ser superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo<sup>6</sup>, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima (tradicionalmente, interinidad por vacante).

Si bien existen estas tres variantes, la causalidad de la contratación temporal, en este tipo de contrato de sustitución, se circunscribe realmente a alguna de estas dos situaciones: la contratación temporal por sustitución de personas trabajadoras con derecho a reserva del puesto y la contratación temporal por sustitución para la cobertura de vacante.

### 1. Contrato de sustitución para sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo

Es el supuesto más tradicional, y su objeto es atender disminuciones ocasionales de la plantilla de una empresa con carácter temporal, durante el tiempo de ausencia de un trabajador con derecho a reserva del puesto de trabajo (este derecho es la verdadera causa de este contrato, que impide la contratación indefinida), en virtud de norma legal, convencional o pacto individual (el trabajador sustituido tiene derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo cuando termine la causa de su ausencia temporal).

Normalmente se tratará de casos de permisos o descansos o de suspensión del contrato del art. 45 ET, pues la ausencia de un trabajador con reserva de su puesto de trabajo puede producirse por distintas situaciones: a) Mutuo acuerdo de las partes (arts. 3.1.c



y 45.1.a ET): las partes pueden acordar en cualquier momento de la relación laboral la suspensión del contrato de trabajo. b) Causas válidamente consignadas en el contrato (art. 45.1.b ET): la voluntad suspensiva se manifiesta al inicio de la relación laboral. c) Incapacidad temporal (art. 45.1.c ET): surgen problemas de interpretación por cuanto la extinción del derecho al subsidio por el transcurso de su plazo máximo de 545 días naturales, no implica la automática reincorporación del trabajador sustituido pues se debe examinar necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, como inválido permanente en el grado que corresponda, pudiendo retrasarse esa calificación hasta los 730 días desde la fecha de su inicio<sup>7</sup>. d) Descansos por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses (art. 45.1.d y e ET): téngase presente que no se incluyen ahora los supuestos de sustitución de los trabajadores autónomos, de los socios trabajadores o de los socios de trabajo de una sociedad cooperativa en estos supuestos. e) El ejercicio de cargo público representativo, la privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria, y la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias garantizan el derecho a la reincorporación a la finalización de la causa de la suspensión (art. 45.1.f, g y h ET). f) Fuerza mayor temporal (art. 45.1.i ET). g) Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 45.1.j ET). h) Excedencia forzosa (art. 45.1.k ET). i) Ejercicio del derecho de huelga y cierre legal de la empresa (art. 45.1.l y m ET). j) Excedencia de las víctimas de violencia de género (art. 45.1.n ET): si el sustituido pierde definitivamente el derecho de reserva, señala el Alto Tribunal que el cese no es despido improcedente, porque no existe norma, legal o pactada, que transforme automáticamente la interinidad por sustitución en interinidad por vacante, sino

que ello depende de que la Administración decida atender así la vacante, mientras promueve su cobertura reglamentaria<sup>8</sup>. k) Descansos, permisos y vacaciones (arts. 37 y 38 ET): matiza el Tribunal Supremo que la causa de interinidad aducida –sustitución de un empleado en vacaciones– es en realidad una causa de eventualidad, puesto que la ausencia por vacaciones no es una situación de suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva de plaza, sino una mera interrupción ordinaria de la prestación de servicios que no genera una vacante reservada propiamente dicha<sup>9</sup>. l) Liberados sindicales (art. 37.3.e ET).

Respecto a los requisitos formales, este contrato, de necesaria formalización escrita, debe identificar el trabajador sustituido<sup>10</sup> y la causa de la sustitución.

Y como novedad, respecto al anterior contrato de interinidad por sustitución, puede iniciarse la prestación de servicios antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida (conviven por cierto tiempo muy breve sustituido y sustituto, para que este último pueda conocer las tareas y funciones directamente por aquel), coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días: tiempo compartido reclamado desde hace tiempo por las empresas para favorecer la eficiencia en la continuidad de los servicios durante el tiempo de la sustitución<sup>11</sup>.

Debe celebrarse a jornada completa, salvo en dos supuestos que se celebra a tiempo parcial:

a) Cuando el contrato se realice para completar la jornada reducida de quienes ejerciten los derechos reconocidos en el artículo 37.4, 5 y 6 ET (esto es: nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento;

nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto; o cuando se reduzca por razones de guarda legal de un menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida); o en aquellos otros casos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido.

b) Cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial o se trate de cubrir temporalmente un puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se vaya a realizar a tiempo parcial.

No es posible usar este contrato para sustituir a los trabajadores en huelga (artículo 6.5 RDLRT), tampoco es posible celebrar contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal con esa finalidad, ni en fuerza mayor, ni causas económicas y tecnológicas, ni cierre legal de la empresa, ni excedencia voluntaria.

No hay referencia en la norma a la duración máxima. El art. 4.2.b) RD 2720/98<sup>12</sup> establecía, respecto del contrato de interinidad por sustitución, que su duración sería la del tiempo que durase la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo. Pero, evidentemente esta norma dejará de estar en vigor cuando sea aplicable el nuevo art. 15.3 ET (será necesario un nuevo desarrollo reglamentario).

Se extingue cuando se produzca cualquiera de las siguientes causas:

- La reincorporación del trabajador sustituido.
- El vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación.

– La extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo.

– El transcurso del plazo de tres meses en los procesos de selección o promoción para la provisión definitiva de puestos de trabajo o del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas.

La extinción del contrato se produce previa denuncia por cualquiera de las partes, con el preaviso que, en su caso, hayan acordado.

El trabajador no tiene derecho a indemnización cuando finaliza el contrato de interinidad (párrafo primero de la letra c) del art. 49.1 ET), salvo previsión convencional o pacto individual.

## **2. Contrato de sustitución para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, por causa legal o convencionalmente establecidas**

La norma incluye ahora expresamente el supuesto de reducción de jornada, pero reduce la opción contractual a las reducciones legales o convencionales, sin dejar posibilidad al pacto individual, tan relevante en materia de conciliación de la persona trabajadora. Y al igual que el supuesto anterior, debe especificarse en el contrato el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

## **3. Contrato de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo vacante durante proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva**

Otro supuesto de contrato de sustitución es la llamada tradicionalmente interinidad por vacante, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura defi-

nitiva del puesto, siendo su duración la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

Con el reconocimiento de esta figura, el nuevo art. 15.3 ET incluye en el catálogo legal el contrato para la cobertura de vacante. Este, como es sabido, no formaba parte del conjunto de contratos temporales que el antiguo art. 15.1 enumeraba, y la única referencia al mismo se establecía en el art. 4 RD 2720/1998 que ampliaba la posibilidad de utilizar este contrato (resulta chocante que la norma considere como como contrato de sustitución el contrato para cubrir una vacante, donde no hay nadie para sustituir).

Conviene matizar, como novedad, que la DA 4.<sup>a</sup> del RD-I 32/2021 envía la regulación del contrato de interinidad por vacante en el sector público a la normativa aplicable a los funcionarios interinos por vacante (sin sujetarse a la corta duración del art. 15.3 ET): el personal laboral interino puede permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria del proceso de selección, promoción interna o provisión de puestos de trabajo dentro del plazo de los tres años siguientes a su contratación, hasta la resolución del mismo (arts. 10.1.a) y 4 EBEP); permite pues la utilización de este contrato hasta la finalización del proceso de selección para la cobertura del puesto de trabajo

El trabajador no tiene el derecho a la indemnización de fin de contrato (art. 49.1.c ET).

---

[1] Tras la aprobación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el em-

pleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313, de 30 de diciembre).

[2] Los contratos temporales causales se regulan en el art. 15 ET, desarrollado hasta la reforma por el RD 2720/1998, de 18 de diciembre (BOE 8 de enero de 1999).

[3] Con nueva nomenclatura, abandonando definitivamente la interinidad.

[4] Art. 15.3 ET.

[5] Contratos concertados tanto por las Administraciones públicas, con el objetivo de ocupar provisionalmente plazas o puestos vacantes de las mismas mientras se designan oficialmente las personas que deben ostentar su titularidad, como por empresas privadas.

[6] Respecto a las remisiones a la norma convencional, es novedoso que se le otorga importancia al convenio colectivo en la regulación de esta modalidad, siendo el Estatuto el que remite expresamente a la negociación colectiva para la regulación de determinados aspectos de este contrato (si bien en el contrato por circunstancias de la producción, sí hay llamadas expresas a la intervención de la norma convencional, pues se permite la intervención del convenio para determinar una duración distinta a la legalmente fijada).

[7] Art. 174.2 LGSS.

[8] SSTs de 19 de julio de 2016, 26 de febrero de 2008 y 2 de abril de 2002, entre otras.

[9] SSTs de 14 de mayo de 2019, de 12 de junio de 2012, de 15 de febrero de 1995, o de 5 de julio de 1994, entre otras (cabe entender que la consolidada jurisprudencia sobre la interinidad por sustitución seguirá siendo de aplicación sobre este nuevo contrato).

[10] La constancia del nombre completo del trabajador sustituido constituye requisito formal que necesariamente se ha de cubrir, siendo el elemento que les dota de la seguridad jurídica necesaria para verificar su adecuada extinción.

[11] Esta nueva posibilidad se entiende que es compatible con la doctrina del Alto Tribunal que defiende que tanto para el contrato de interinidad por sustitución (STS 30 de abril de 1994), como para el contrato de interinidad por vacante (STS 17 de diciembre de 2012), el hecho de que el sustituto no pase a ocupar

el mismo puesto y funciones que el sustituido supone un incumplimiento, pues esa particular situación no determina la quiebra del carácter interino del contrato, pues es totalmente razonable que las funciones concretas que realizaba el empleado sustituido sean encomendadas durante su ausencia a otro trabajador de la empresa, que pueda desarrollarlas más adecuadamente que el interino, pasando este a efectuar funciones no coincidentes con las del sustituido, siem-

pre que el puesto de trabajo, objeto de la sustitución, quede identificado plenamente (STS de 1 de diciembre de 2021: Ecli: ES:TS:2021:4489).

[12] Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (BOE de 8 de enero de 1999).

## LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE ETT DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2022

### Thiring through temporary employment companies after the 2022 reform

**Autor:** Ricardo Oleart Godia

**Cargo:** Abogado Oleart Abogados

**Resumen:** La combinación de la reforma llevada a cabo en la regulación del contrato fijo discontinuo, en la que llama expresamente a las empresas de trabajo temporal a su utilización que antes tenía vedada (la [STS 30 de julio de 2020](#) vino a cerrar el debate) unido a la desaparición del contrato por obra o servicio determinado permite augurar un proceso de profunda reconversión en el sector de las empresas de trabajo temporal.

**Palabras clave:** Contrato fijo discontinuo, ETTs, contrato por obra o servicio determinado

**Abstract:** The combination of the reform carried out in the regulation of the discontinuous fixed contract, in which it expressly calls temporary employment agencies to use it, which was previously prohibited (the STS of July 30, 2020 came to close the debate) together with the disappearance of the contract for a specific work or service allows us to predict a process of profound re-conversion in the sector of temporary employment agencies.

**Keywords:** Discontinuous fixed contract, ETTs, for specific work or service contract

Si uno repara en las instituciones que se han visto afectadas por la reforma y, sobre todo, en su alcance, puede concluir que, con la importante salvedad de las reformas en materia de contratación, se trata de una reforma limitada y poco incisiva. La excepción viene dada por las reformas introducidas en la regulación de las modalidades contractuales, que nacen con la vocación de dar un verdadero vuelco a las tasas de temporalidad en la situación de nuestro mercado de trabajo. Lo dice la propia Exposición de Motivos del Real Decreto Ley, que justifica la reforma en este punto afirmando: *Es necesaria una transformación integral de nuestro mercado de trabajo, cambiando las normas que favorecen esta temporalidad por otras que impulsen la estabilidad en el empleo, generando así un cambio en las*

*prácticas y en la propia cultura de las relaciones laborales.* Lo que lógicamente va a afectar a las ETT cuya actividad principal consiste en *poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados* (art. 1.1 LETT).

Además, para las ETT, la norma ahora prevé la posibilidad, de utilizar el contrato de fijo discontinuo entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida, es decir, para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes. Los contratos de puesta a disposición deberán, en todo caso, quedar vinculados a necesidades temporales de las empresas usuarias en los términos del art. 15 ET, coincidiendo en este

caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos. (art. 10.3 de la Ley 14/1994, de empresas de trabajo temporal).

La legalización de esta modalidad de fijo discontinuo para las ETT pone sobre la mesa la cuestión de qué ventajas comporta respecto de la ya tradicionalmente admitida contratación indefinida común. Las ventajas, en nuestra opinión, son varias y no superficiales:

1º) A diferencia de lo que ocurre con la contratación indefinida común, en el que en los períodos de inactividad la empresa de trabajo temporal debe seguir cotizando por el trabajador, cuando esta contrate fijos discontinuos queda exenta de tal obligación durante los períodos de espera entre contratos (art. 7.2 RD 1131/2002).

2º) La suscripción de un contrato fijo discontinuo entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador contratado para ser cedido, permite soslayar la sobre cotización prevista para los contratos por circunstancias de la producción de menos de treinta días, pues aunque los contratos de puesta a disposición tengan tal causa y dicha duración el contrato entre la ETT y el trabajador es indefinido a estos efectos

3º) En los supuestos de despido, a la hora de computar los años de servicio para calcular la indemnización que corresponda al trabajador se totalizarán los servicios prestados, sin tener en cuenta los de inactividad ([STS de 28 de junio de 2007, Rec. 2461/2006](#)).

Ahora bien, pese a estas indudables ventajas, la utilización de este nuevo contrato por parte de las ETTs constituye un desafío para su organización, pues, de una parte, la contratación indefinida de las ETTs se ha venido limitando a los trabajadores de estructura, pues prácticamente la totalidad de los traba-

jadores contratados para ser cedidos se han venido contratando temporalmente, lo que va a exigir un cambio en su "modus operandi" y en su cultura empresarial significativo, pero, de otra parte, con la nueva regulación en la mano la suscripción por la ETT de un contrato fijo discontinuo con el trabajador no comporta relajo alguno en su obligación de velar porque los contratos de puesta a disposición se lleven a cabo desde el respeto a las causas legales, tal y como previene el artículo 6.2 LETT. Antes al contrario, en este punto se ha reforzado el nivel de exigencia, como elocuentemente pone de manifiesto la reforma de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Vid. infra).

Una dificultad gestional añadida derivada de los cambios de empresa en el desempeño de la actividad a los que se verá sometido el trabajador viene dado por la posibilidad, muy probable de que el cambio de empresa y/o actividad comporte un cambio del convenio aplicable y, por tanto, una modificación de las condiciones que se apliquen al trabajador, pues respecto de todas las condiciones (remuneración, duración de la jornada, horas extraordinarias, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y festivos) para las que el artículo 11 de la Ley de empresas de Trabajo temporal impone la igualdad de condiciones deberá aplicarse el mismo convenio que se aplique en la usuaria.

Además del fijo discontinuo de ETT, para completar esta aproximación a la contratación a través de ETT tras la reforma conviene tener presente, en primer lugar, la **reformulación de los contratos formativos**. Téngase en cuenta que, de acuerdo con lo previsto, en el art. 6 .2 de la LETT uno de los supuestos en los que puede celebrarse un contrato de puesta a disposición entre una ETT y una empresa usuaria es justamente el de los contratos formativos previstos en el art. 11, que debe producirse *en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en*



que la empresa usuaria podría celebrar dichos contratos. Por consiguiente, el cambio operado en el art. 11 obligará a la ETT a estar a lo establecido en el nuevo precepto legal en cuanto a los *supuestos, condiciones y requisitos* de contratación.

En segundo lugar, como señala el art. 7.1 de la LETT, en materia de **duración del contrato de puesta a disposición**, se estará a lo dispuesto en los artículos 15 del Estatuto de los Trabajadores y en sus disposiciones de desarrollo para la modalidad correspondiente al contrato de puesta a disposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12.3 de esta ley en cuanto a los eventuales períodos de formación previos a la prestación efectiva de servicios. Además, la norma, al establecer los **límites legales al encadenamiento de contratos temporales**, expresamente alude a las empresas de trabajo temporal, lo que significa que el tiempo transcurrido puestos a disposición por empresas de trabajo temporal se cuenta igualmente para su cómputo. El nuevo texto legal reduce de veinticuatro a dieciocho meses el tiempo máximo en el que es factible el encadenamiento, por lo que es muy probable que el número de convertidos en fijo por esta vía aumente significativamente. Las empresas de trabajo temporal deberán advertir a sus clientes de la existencia de este límite y de la necesidad de su observancia para conjurar los efectos previstos por la norma.

En tercer lugar, importante previsión de la reforma para combatir la vulneración de la regulación de las modalidades contractuales expuesta es la **modificación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social**, que tiene como aspectos más significativos los siguientes: (i) Se modifica la tipificación de la infracción relativa a la trasgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, para prever que se considerará cometida una infracción por cada uno de los trabajadores afectados (art. 7.2); (ii) Se reformulan

los tipos sancionadores relativos a las empresas de trabajo temporal, para establecer que, en el caso la infracción consecuencia de la formalización de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los legalmente autorizados en el 6.2 LETT, se considerará cometida una infracción por cada trabajador afectado (art. 18.2. c) y 19 bis 1 b); (iii) Se reformulan en paralelo en los tipos sancionadores relativos a las empresas usuarias, para establecer igualmente que, en el caso de la infracción consecuencia de la formalización de contratos de puesta a disposición para supuestos distintos de los legalmente autorizados en el 6.2 LETT, se considerará cometida una infracción por cada trabajador afectado (art. 19.2. b) y 19.ter 2 b); (iv) Se incorporan sendos nuevos tipos sancionadores constitutivos de faltas graves, tanto respecto de las empresas de trabajo temporal como respecto de las empresas usuarias, consistentes en *formalizar contratos de puesta a disposición para la cobertura de puestos de trabajo respecto de los que no se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos* (art. 18.2 f) y 19.2.g); y, (v), Se añade una letra c bis) al art. 40. 1 en virtud de la cual se aumentan las multas previstas para las infracciones graves señaladas, que ahora irán en su grado mínimo de 1000 a 2000 euros, en su grado medio de 2001 a 5000 y en su grado máximo de 5001 a 10000 euros.

Esta reformulación de los tipos sancionadores en el sentido de prever que se cometa una infracción por trabajador y el significativo aumento de las cuantías de las multas es muy elocuente sobre la voluntad política de reprimir la contratación temporal llevada a cabo sin que exista causa legal que la justifique. Las empresas de trabajo temporal necesariamente tendrán, a la vista del cambio legal y de la cuantía de las sanciones en las que pueden llegar a incurrir, extremar su celo en comprobar la causalidad de la contratación temporal que realizan.



En todo caso, la combinación de la la reforma llevada a cabo en la regulación del **contrato fijo discontinuo**, en la que llama expresamente a las ETT a su utilización que antes tenía vedada (la [STS 30 de julio de 2020](#) vino

a cerrar el debate) unido a la **desaparición del contrato por obra o servicio determinado** permite augurar un proceso de profunda reconversión en el sector de las ETTs.

## II. NOVEDADES EN MATERIA DE FLEXIBILIDAD: ERTE Y SISTEMA RED

### LOS EXPEDIENTES TEMPORALES DE REGULACIÓN DE EMPLEO: EVOLUCIÓN TRAS LA COVID Y LA REFORMA LABORAL

#### Temporary labour force adjustment plan (ertes): evolution after COVID and the labor reform

**Autor:** Joaquín Castiella

**Cargo:** Abogado. Profesor asociado de la Universidad de Navarra

**Autora:** Lucía Gesta

**Cargo:** Abogada

**Resumen:** En el presente artículo se analiza la evolución, en tres etapas, de la normativa relativa a los Expedientes de Regulación de Empleo, o ERTES, cuya división viene directamente relacionada con la influencia de la crisis sociosanitaria derivada de la COVID-19. De esta forma, en la primera etapa, la etapa pre-COVID, los ERTES se configuraban como un mecanismo alternativo a los despidos, y cuya regulación se desarrollaba principalmente para aquellos basados en causas económicas, técnicas, organizativas y de reducción, siendo escueta la regulación de los ERTES basados en causas de Fuerza Mayor. En un segundo momento, tenemos la etapa COVID, donde los ERTES, y especialmente los ERTES COVID, se convirtieron en una de las medidas laborales más importantes para superar la crisis sociosanitaria por parte de las empresas. En esta etapa, a pesar de que las dudas interpretativas sobre aplicación de la normativa que adaptaba los ERTES a la situación sanitaria fueron orden del día, a medida que la situación sanitaria iba evolucionando, la normativa evolucionaba con ella, adaptándose a las nuevas realidades sociosanitarias. Finalmente, la tercera etapa, la etapa Post-COVID, se caracteriza por la publicación de la reforma laboral. Con todo, en este apartado final, destacaremos las novedades más relevantes de la reforma en relación con los ERTES, las cuales, como se podrá observar, se configuran como un reflejo de la normativa de ERTES COVID que nos ha precedido en los últimos dos años.

**Palabras clave:** Expedientes de Regulación de Empleo, Fuerza Mayor, COVID, mantenimiento, empleo.

**Abstract:** This article analyses the evolution, in three stages, of the regulation of the temporary labour force adjustment plan, or ERTES, whose division is directly related to the influence of the social and healthcare crisis derived from COVID-19. Thus, in the first stage, the pre-COVID stage, the ERTES were configured as an alternative mechanism to layoffs, and whose regulation was mainly developed for those ERTES based on economic, technical, organizational and reduction causes, being scarce the regulation of ERTES based on Force Majeure causes. In a second moment, we have the COVID stage, where the ERTES, and especially the ERTES COVID, became one of the most important labour measures to overcome the social and health crisis on the part of the companies. During this stage, although interpretative doubts about the application of the regulations of the ERTES COVID were the order of the day, as the healthcare situation evolved, the

regulations evolved with it, adapting to the new social and healthcare realities. Finally, the third stage, the Post-COVID stage, is characterized by the publication of the labour reform. In this last section of the article, we will highlight the most relevant novelties of the reform in relation to ERTES, which, as can be seen, there are configured as the reflection of the COVID ERTES regulations that have preceded us in the last two years.

**Keywords:** Temporary Labour Force Adjustment Plan, Force Majeure, COVID, maintenance, employment.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ETAPA PRE-COVID
- III. ETAPA COVID
- IV. ETAPA POST-COVID. LA REFORMA LABORAL

### I. INTRODUCCIÓN

Los Expedientes Temporales de Regulación de Empleo (ERTES), han sido, desde marzo de 2020, una de las herramientas laborales de mayor importancia, tanto para empresas, como para trabajadores.

En el presente artículo trataremos de analizar el recorrido histórico de estos mecanismos de regulación de empleo, a través de las diferentes normas regulatorias de los mismos, que, como veremos, han evolucionado con las diferentes crisis económicas y sociales vividas en España.

### II. ETAPA PRE-COVID

Fue a través de la reforma del año 2012, y tras la crisis económica del 2008, que mediante el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, se estableció lo esencial del texto sobre los ERTES que actualmente recoge el Estatuto de los Trabajadores. Según el preámbulo de la citada norma, los ERTES se pretendían afianzar como un mecanismo alternativo a los despidos, cuya tramitación se caracterizaba por su agilidad, dado que se había suprimido el requisito de autorización administrativa previa, y los cuales preveían una prórroga del sistema de bonificaciones y reposición de prestaciones por desempleo previsto para estos supuestos.

Asimismo, este Real Decreto-Ley, definió las causas económicas, técnicas, organizativas y de reducción que justificarían la decisión empresarial e introdujo cambios en materia de impugnación judicial del ERTE. En concreto, se estableció que su declaración, como una medida injustificada, supondría la inmediata reanudación del contrato de trabajo y la condena al empresario al pago de los salarios dejados de percibir.

Era el apartado tercero del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, el que recogía de forma escueta la regulación de los ERTE por Fuerza Mayor, estableciendo que el contrato de trabajo podría ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.7 de esta Ley y normas reglamentarias de desarrollo. Toda esta regulación, como hemos podido ver durante la COVID, quedó desfasada y, sobre todo, sobrepasada por la realidad y necesidades de las empresas.

### III. ETAPA COVID

No ha sido hasta el año 2020, que los ERTES no han vuelto a ser protagonistas. Durante la crisis sociosanitaria por la COVID-19, dos han sido las medidas más populares implementadas con el objeto de salvaguardar el empleo: el teletrabajo, para aquellas empresas que podían seguir prestando servicios manteniendo a los trabajadores en sus casas, y los ERTES, cuya aplicación ha sido un imperativo para la gran mayoría de las empresas.

Los denominados ERTES COVID-19, implementados mediante Real Decretos Leyes, traían consigo diferentes medidas de adaptación a la crisis sanitaria, entre las cuales cabe señalar las siguientes: la reducción de

los plazos de constitución de la comisión negociadora (5 días) y del periodo de consultas (7 días); las bonificaciones y el mantenimiento del empleo; la prohibición de despedir, de realizar horas extras y de externalizar servicio; la aplicación de ERTES mixtos de reducción de jornada y suspensión de contratos; la prórroga de los contratos temporales tras la suspensión de su cómputo durante el confinamiento; las especialidades en materia de la prestación por desempleo etc.

Los ERTES por Fuerza Mayor fueron las medidas más aplicadas hasta el inicio de la desescalada, cuando surgieron dudas interpretativas derivadas, mayoritariamente, de la negativa situación económica de las empresas y la necesidad de estas de plantear medidas ya de carácter estructural, al finalizar la crisis sanitaria. A destacar, las dudas sobre el mantenimiento del empleo, a la prohibición de despedir, los efectos sobre las prestaciones de desempleo, etc.

A pesar de que la gran mayoría de las empresas aplicaran estas medidas, la ausencia de interpretaciones judiciales, la inseguridad jurídica y las dudas sobre su aplicación correcta era el orden del día, siendo que, a falta de jurisprudencia, los boletines RED y los dictámenes de la Dirección de Trabajo, supusieron las herramientas (no vinculantes) más relevantes de orientación.

A medida que la situación sanitaria iba evolucionando, los Reales Decretos Leyes adaptaban los ERTES a las diferentes realidades, dando lugar a la creación de dos modalidades de ERTES por Fuerza Mayor, por limitaciones y por impedimento, cuya aplicación dependía principalmente del sector económico de la empresa que pretendía aplicar la medida.

Asimismo, a los ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, se aplicaron especialidades derivadas de la COVID-19, como la posibilidad de tramitar este

tipo de ERTE durante la vigencia de un ERTE por Fuerza Mayor, o de retrotraer sus efectos a la finalización de estos últimos.

A día de hoy, los ERTES basados en causas ETOP vinculados a la COVID-19, vigentes a 28 de febrero de 2022, se han visto prorrogados hasta el 31 de marzo de 2022, siempre cuando su prórroga haya sido aprobada por la autoridad laboral. Ello, sin perjuicio de que el objetivo final del legislador es que las empresas transiten al modelo de ERTE establecido en la reforma laboral que analizaremos a continuación.

#### IV. ETAPA POST-COVID. LA REFORMA LABORAL

Actualmente, se podría afirmar que el periodo de auge de los ERTES por fuerza mayor ha finalizado, dando pie a los ERTES por causas ETOP fundamentados en las consecuencias que la crisis económica por COVID-19 ha dejado en nuestra economía. Así, la reforma laboral de diciembre de 2021 nace, entre otras cuestiones, como un compendio de normas de los ERTES COVID-19, resumiendo y aunando criterios para convertirlos en la normativa aplicable en materia de ERTES a partir de ahora. De algo debía servir toda la experiencia vivida.

Respecto a los ERTES ETOP, la reforma se ajusta a la realidad vivida en la crisis socio-sanitaria por COVID-19, reduciendo los plazos del periodo de consultas de las empresas con una plantilla inferior a 50 personas, a menos de 7 días, y estableciendo que el plazo para la constitución de la comisión representativa sea de cinco días si hay Representación Legal de los Trabajadores, y de diez días si no hay Representación Legal de los Trabajado-

res, frente a los siete y quince días de plazo que establecía la normativa anterior.

Por su parte, la norma materializa la posibilidad de que durante la vigencia del ERTE ETOP se pueda prorrogar el mismo, y establece un procedimiento para ello, el cual exige un período de consultas de máximo de 5 días, y la necesidad de comunicar la decisión empresarial a la autoridad laboral en el plazo de 7 días.

En cuanto a los ERTES por fuerza mayor, como influencia directa de los ERTES COVID-19, se añade como causa específica de los mismos el impedimento o las limitaciones a la actividad normalizada, determinadas por decisiones de la autoridad gubernativa.

Además, la norma establece un plazo de 5 días naturales desde la solicitud del ERTE para que la autoridad laboral dicte resolución constatando la existencia de fuerza mayor. Y, siguiendo la línea de los ERTES COVID, en caso de no emitirse respuesta en este plazo operará el silencio administrativo positivo. Se traslada así el criterio seguido por los tribunales con respecto a la solicitud de ERTE Fuerza Mayor por causa COVID-19 ([STSJ de Madrid núm. 901/2020, de 24 de noviembre](#)) a la norma.

Como normas generales para los ERTES ETOP y de Fuerza Mayor, el porcentaje de reducción de jornada para ambas modalidades de ERTE se sitúa entre un 10 y un 70%, siendo prioritaria la reducción de jornada sobre la suspensión de contratos.

Asimismo, siguiendo la línea las normas COVID-19, se incorpora la facultad empresarial de desafectar y afectar a personas trabajadoras en función de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, previa información a los RLT y comunicación a la TGSS.

El legislador implanta la prohibición de realizar horas extra, externalizar la actividad y realizar nuevas contrataciones. Ello, sin perjuicio de la posibilidad que ya preveían los tribunales ([STSJ de Galicia, núm. 4569/2019, de 20 de noviembre](#)) de que no haya personas afectadas capacitadas para realizar los trabajos en cuestión, en cuyo caso se podrá acudir a nuevas contrataciones o externalización, previa información a la RTL.

Además, la reforma establece que la declaración de un ERTE ETOP o de Fuerza Mayor como injustificado será sancionado con el ingreso de las diferencias de cotización a la seguridad social, además de la reanudación del contrato de trabajo y la condena al empresario al pago de los salarios dejados de percibir.

Por su parte, cabe señalar que un claro ejemplo de la voluntad del legislador de unificar las normas de los ERTES surgidas tras la COVID, es la Disposición adicional trigésima novena del ET, que regula los beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los ERTE y a los Mecanismos RED, estableciendo como consecuencia del incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo la obligación empresarial de devolver las cotizaciones exoneradas respecto solamente de la persona trabajadora por la que se ha incumplido el compromiso (con el recargo y los intereses de demora correspondientes), y no sobre la totalidad de la plantilla, cuestión que ha sido eterna duda a lo largo de toda la pandemia.

Asimismo, el legislador crea el Mecanismo RED de flexibilidad, que debe ser activado previamente por el Consejo de ministros y que permite a las empresas solicitar medidas de reducción jornada y suspensión de

contratos con beneficios en la cotización y a los trabajadores afectados acceder a una prestación extraordinaria contemplada en la DA cuadragésima primera de la LGSS.

Este Mecanismo RED tiene dos modalidades. La modalidad cíclica es aplicable ante una coyuntura económica general, y su duración máxima es de 1 año. La modalidad sectorial es aplicable ante cambios permanentes en un determinado sector que impongan una recualificación o procesos de transición profesional, siendo su duración inicial de 1 año, con posibilidad de solicitar 2 prórrogas de 6 meses cada una.

Por último, como medida derivada de los ERTES COVID, la reforma incluye una nueva disposición adicional al Estatuto de los Trabajadores, que contempla las acciones formativas que pueden desarrollar las empresas para sus trabajadores durante la aplicación de los ERTES, y las cuales tienen como finalidad mejorar las competencias profesionales de los trabajadores, deben desarrollarse durante la aplicación de las medidas de reducción o de suspensión o en tiempo de trabajo.

Con todo, en los últimos dos años el legislador ha visto cómo la herramienta más relevante de flexibilización del empleo ha sido puesta en práctica.

Resultado de la realidad vivida por una pandemia mundial, y de la puesta en práctica de las medidas de regulación de empleo durante la Covid-19, la regulación de los ERTES se ha visto enormemente modificada y desarrollada tras la última reforma laboral, siendo un modelo de relaciones laborales que ha resultado exitosa en una crisis tan compleja como la vivida.

## EL MECANISMO RED

### The red mechanism

**Autora:** Yolanda Cano Galán

**Cargo:** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

**Resumen:** Análisis del nuevo Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, por el que se adoptan medidas para evitar extinciones contractuales como consecuencia de una coyuntura macroeconómica o sectorial desfavorable

**Palabras clave:** Estabilidad en el empleo, reducción de jornada, suspensión de contrato

**Abstract:** Analysis of the new RED Mechanism por Employment and Stabilization of Employment, trough which measures are adopted to avoid contractual terminations in an unfavorable macroeconomic or sectorial situation

**Keywords:** Employment stability, reduction of working hours, contract suspensión

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. FINALIDAD DE LA MEDIDA
- III. ACTIVACIÓN
- IV. MODALIDADES
- V. PROCEDIMIENTO
- VI. COTIZACIÓN
- VII. ACCIONES FORMATIVAS
- VIII. PRESTACIÓN DEL MECANISMO RED



## I. INTRODUCCIÓN

El art. 1.7 RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante RDL 32/2021), incorpora un nuevo art. 47 bis al RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), denominado “Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo” (en adelante Mecanismo RED), en cuanto que medida alternativa a las extinciones contractuales derivadas de necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial, con dos modalidades (cíclica y sectorial), un mecanismo de activación que se eleva del ámbito empresarial a una dimensión nacional (por el Consejo de Ministros), unos efectos en el marco de las relaciones laborales (reducción de jornada o suspensión de contratos) y de Seguridad Social (condiciones especiales en materia de cotización), y medidas de protección social a través de la implementación de una nueva prestación del Mecanismo RED (nueva DA 41ª LGSS), dotada de financiación especial (Fondo RED). Junto a ello, se incorpora una nueva DA 25ª ET –por el art 1.13 RDL 32/2021– en que se regulan las acciones formativas en los expedientes de regulación temporal de empleo del art. 47 bis, y una nueva DA 41ª en que se regula la nueva prestación del Mecanismo RED.

## II. FINALIDAD DE LA MEDIDA

Como “Medidas para la modernización de las medidas de flexibilidad interna” se crea el Mecanismo RED, en cuanto que instrumento vinculado a políticas de mantenimiento del

empleo en su modalidad de medidas de flexibilidad interna.

La novedad se centra en que las medidas que se pueden implementar a través del Mecanismo RED se elevan de lo particular (situaciones empresariales concretas) a lo general, fundamentándose en una “situación más generalizada, global en el ámbito de un sector productivo o general del conjunto de la actividad económica”<sup>1</sup>.

Si bien sus efectos en el marco de las relaciones laborales se comparten con los supuestos de ERTes del art. 47 ET –al consistir en reducciones de jornada o suspensiones de contratos acompañadas de mecanismos de protección social por la pérdida salarial vinculada a la medida–, su activación, modalidades, procedimiento, garantías de empleo y derechos asociados son claramente diferenciados.

La medida, que en principio podría haber estado ideada como consecuencia del terremoto provocado en el marco de relaciones laborales por la pandemia provocada por la COVID-19<sup>2</sup> y la declaración del estado de alarma por el RD 463/2020, de 14 de marzo<sup>3</sup>, se desvincula de los denominados ERTes COVID, si bien aprovechando la experiencia acumulada respecto de las medidas implementadas en la múltiple y variada normativa reguladora de los mismos, y la tradicional adquirida respecto de los ERTes ETOP del art. 47 ET.

## III. ACTIVACIÓN

Una de las principales novedades del Mecanismo RED es que el mismo no se “activa” por las empresas que entienden se encuentran en alguna situación económica, técnica,

organizativa o de producción que obliguen a adoptar medidas de flexibilidad interna consistentes en reducciones de jornada o suspensión de contratos<sup>4</sup>, sino que se trata de un “mecanismo especial de protección del empleo que requiere la acción del Ejecutivo”<sup>5</sup>, activándose a propuesta de los titulares de tres Ministerios (Ministerio de Trabajo y Economía Social, Asuntos Económicos y Transformación Digital, e Inclusión, Seguridad Social y Migraciones), previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y acuerdo del Consejo de Ministros.

#### IV. MODALIDADES

Partiendo de esa coyuntura generalizada o global de necesidades de regulación de empleo, se prevén dos modalidades del Mecanismo RED:

1. Cíclica. Vinculada a una “coyuntura macroeconómica general”, es decir, circunstancias ajenas a las situaciones particulares de cada empresa y relacionadas con estadios de crisis económicas generalizadas, que podrían provocar salidas masivas de personas trabajadoras del mercado laboral como consecuencia de las necesidades empresariales de extinciones contractuales colectivas. Su finalidad es adoptar “instrumentos adicionales de estabilización” –adicionales de los ERTes ETOP, por fuerza mayor o por COVID-19–, y acompañados de medidas diferenciadas, claramente vinculadas a mantener el empleo. Esta modalidad cíclica tendrá “una duración máxima de un año”, sin que se prevean prórrogas, plazo durante el cual se podrán adoptar las medidas de reducciones de jornada y suspensiones de contratos.

2. Sectorial. Vinculada a necesidades de “recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras”. Dada los términos en que se define esta modalidad, podría pensarse que son solo dos las causas por las que las empresas podrían adoptar medidas de reducciones de jornada o suspensiones de contratos del Mecanismo RED: necesidades de “recualificación” de las personas trabajadoras, es decir, situaciones vinculada a necesidades formativas o de adaptación a cambios tecnológicos o de otro tipo, individuales o generalizadas en un sector productivo (p. ej. por implementación de robótica en empresas automovilísticas), y necesidades de “transición profesional”, término éste más amplio, y que podría vincularse a situaciones que permitirían la extinción de los contratos de trabajo como consecuencia de la falta de adaptación a las modificaciones incorporadas en los procesos productivos o situaciones derivadas de necesidades ETOP de empresas de un concreto sector de actividad. Cuáles serán estos se determinará por el Consejo de Ministros, que es el que permite que se active el Mecanismo RED, bien *motu proprio*, es decir, por propia decisión en atención a la coyuntura particularizada en uno o varios sectores de actividad, bien previa solicitud de las “organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal” a alguno de los tres Ministerios que podrán proponer al Consejo de Ministros la activación del Mecanismo RED, previa reunión de la Comisión Tripartita del Mecanismo RED, que en el plazo máximo de 15 días desde la presentación de la solicitud deberá decidir si concurren las circunstancias que permitirían su activación y si eleva la solicitud al Consejo de Ministros o no. Su duración máxima será de dos años, ya que la inicial será de “un año”, previéndose, en este caso, a diferencia de la modalidad cíclica, “dos prórrogas de seis meses cada una”, periodo éste en que podrán adoptarse medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos en aquellos sectores respecto de

los que se haya adoptado la decisión de activación del Mecanismo RED, o no, ya que “la decisión y las consideraciones que se incorporen al Acuerdo del Consejo de Ministros no serán por sí mismas causas para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas previstas”. Esta última previsión deja en una zona de incertidumbre los supuestos en que una empresa podrá adoptar alguna de las medidas vinculadas al Mecanismo RED. En principio, la previsión parece dar a entender que habiéndose activado el Mecanismo RED respecto del sector de actividad al que pertenece la empresa, esta no podrá adoptar medida alguna cuando no se cumplan los particulares requisitos que rodean a la modalidad sectorial en dicha empresa en particular, lo que tendrá que ser decidido por la autoridad laboral que es la que resolverá sobre la viabilidad y necesidad de la medida.

## V. PROCEDIMIENTO

El hecho de que se haya activado el Mecanismo RED no implica que todas las La DT 2ª del RD-Ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, incorpora el “Procedimiento aplicable al Mecanismo Red de Flexibilidad y Estabilización del Empleo”, señalando que el mismo seguirá lo establecido en los capítulos II y III del RD 1483/2012, de 29 de octubre, excepto los arts. 16.2 –en lo relativo a los porcentajes de reducción de jornada que no serán aplicables–, 17, 18, 19 y 22, cuando no sean incompatibles con las medidas del art. 47 bis ET. Conjugando lo establecido en todas estas normas, el procedimiento se puede sistematizar del siguiente modo:

1. Comunicación “fehaciente” a las personas trabajadoras y sus representantes de la in-

tención de iniciar tramitación del Mecanismo RED.

2. Constitución de la comisión representativa de las personas trabajadoras, conforme al art. 41.4 ET.

3. Comunicación del inicio del periodo de consultas. A la comisión representativa de las personas trabajadoras, acompañando la documentación que se concreta en la DT 2ª RD d) RD-Ley 4/2022, periodo en que se aplicarán las medidas, identificación de personas trabajadoras afectadas y tipo de medidas a aplicar respecto de las personas trabajadoras, con concreción de la reducción de jornada de cada persona trabajadora o días de suspensión

4. Solicitud. Voluntaria por la empresa a la autoridad laboral competente, mientras esté activado el Mecanismo RED, y acompañando “plan de recualificación de personas afectadas” en el supuesto de la modalidad sectorial, con indicación de si la medida afecta a toda la empresa o a alguno de los centros de trabajo, y de forma simultánea a la comunicación de apertura del periodo de consultas.

5. Periodo de consultas. Comparte reglas con las del art. 47.3 ET al que remite el art. 47 bis 3 ET, es decir, se constituirá una comisión negociadora integrada por un máximo de 13 miembros en representación de cada una de las partes. Las negociaciones deberán desarrollarse por un plazo no superior a 7 días en supuestos de empresas de menos de 50 trabajadores y 15 días en empresas con más de 50 trabajadores, desarrollándose el proceso negociador conforme al principio de buena fe, efectuándose propuestas y contrapropuestas sobre qué medidas implementar, duración de las mismas, criterios de selección de personas trabajadoras, etc. El periodo de consultas podrá terminar con acuerdo, en cuyo caso “se presumirá que concurren las causas justificativas” –art. 47.3 ET–, lo

que supondría que la autoridad laboral dará por constatada la existencia de causa; o sin acuerdo, en cuyo caso, la constatación de la existencia de causa corresponde a la autoridad laboral, que, en cualquiera de los dos casos, deberá dictar resolución en el plazo de 5 días –desde la solicitud–, entendiéndose autorizada la solicitud si no existe resolución expresa, pudiendo la empresa adoptar la decisión correspondiente.

6. Comunicación final de la empresa a la autoridad laboral. Tanto si el periodo de consultas termina con o sin acuerdo, indicando qué tipo de medida se implementará y respecto de qué personas, grupos profesionales, puestos y niveles salariales, porcentaje de reducción de jornada respecto de cada uno de ellos, o número máximo de días de suspensión del contrato, fecha de efectos, periodo sobre el que se proyectarán las medidas, porcentaje, y plan de recualificación definitivo en el supuesto de la modalidad sectorial.

Junto a ello, la DT 2ª RD-Ley 4/2022 anuncia la posible provisionalidad del procedimiento implementado, al señalar que podrá modificarse cuando se apruebe el Reglamento que desarrolle el art. 47 bis ET. Junto a ello, se señala que las personas trabajadoras solo se podrán ver afectadas por una de las medidas (suspensión de contrato-reducción de jornada), pero no por ambas, pudiendo variarse el porcentaje de reducción de jornada cuando se produzcan alteración de las circunstancias alegadas como causa justificativa de la medida (cuando se hayan cumplido los requisitos fijados en el acuerdo de activación del Consejo de Ministros), sin especificar si deberá comunicarse o no dicha circunstancia nuevamente a la autoridad laboral, si deberá iniciarse un nuevo procedimiento de modificación de las medidas autorizadas, etc.

## VI. COTIZACIÓN

Las cotizaciones a la Seguridad Social mientras estén aplicándose las medidas vinculadas al Mecanismo RED, se realizarán conforme a lo establecido en el art. 153 bis LGSS –modificado por art. 3.2 RDL 32/2021–, que prevé reglas especiales de cotización de la cuota empresarial por contingencias comunes y profesionales –no cotizándose por incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural– y correspondiendo al SPEE ingresar la cuota de las personas trabajadoras. Además, durante el periodo de reducción de jornada o suspensión de los contratos, las empresas podrán solicitar –a partir del 30 de marzo de 2022– las exenciones en la cotización de la cuota empresarial por contingencias comunes previstas en la DA 44ª LGSS –incorporada por el art. 3.8 RDL 32/2021–, que se aplicarán en un porcentaje determinado, y cuando además se cumplan determinados requisitos, entre otros, la existencia de una declaración responsable sobre el compromiso de la empresa de realización de actividades formativas y el compromiso de mantenimiento del empleo durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia de la modalidad del Mecanismo RED correspondiente.

## VII. ACCIONES FORMATIVAS

El art. 1.13 RDL 32/2021 incorpora una nueva DA 25ª ET en que se contempla que las personas trabajadoras afectadas por la aplicación de las medidas vinculadas al Mecanismo RED, serán consideradas colectivo prioritario para la realización de acciones formativas. Su finalidad es mejorar las

“competencias profesionales y la empleabilidad”, siempre atendiendo a las necesidades formativas “reales” de empresas y trabajadores, y con prioridad a la “adquisición de competencias digitales” y “recualificación”, aunque sea en actividades diferentes de las desarrolladas en la empresa. La formación estará vinculada: al catálogo de actividades formativas –desarrollado conforme a la LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional–, a la formación vinculada al sistema de formación profesional –Ley 30/2015, de 9 de septiembre–, o a cualquier otra formación, siempre que sea acreditada. Dicha formación deberá desarrollarse durante el tiempo en que se reduzca la jornada laboral o se suspenda el contrato de trabajo, debiendo respetarse en cualquier caso los descansos legalmente establecidos y los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

## VIII. PRESTACIÓN DEL MECANISMO RED

Para paliar las pérdidas salariales vinculadas a la reducción de jornada o suspensión de contratos, el art. 1.5 RDL 32/2021 incorpora una nueva DA 41ª ET en que se regula la denominada prestación del Mecanismo RED. Dicha prestación será incompatible con la prestación o subsidio por desempleo, con la prestación por cese de actividad, con la renta activa de inserción, con cualesquiera otras prestaciones económicas de Seguridad Social y con otra prestación del Mecanismo RED. Con naturaleza jurídica de prestación por desempleo<sup>7</sup>, el procedimiento de solicitud y reconocimiento del derecho está pendiente de desarrollo reglamentario.

Aun así, se apuntan determinados aspectos:

1. La solicitud se realizará por la empresa y no por las personas trabajadoras (cuya única obligación es inscribirse en el SPEE), electrónicamente en la web del SPEE, con indicación de los datos personales, la modalidad de Mecanismo RED de que se trata –cíclica o sectorial–, y en caso de reducción de jornada el porcentaje máximo de reducción autorizado. El plazo de presentación es un mes desde la notificación de la resolución autorizando el Mecanismo RED de que se trate, o certificado del silencio administrativo. Si la presentación se realizará fuera de plazo, será la empresa quien deba abonar el importe que hubiese percibido desde el primer día.

2. La cuantía de la prestación se calcula de forma diferenciada si los trabajadores prestaban servicios (antes de la aplicación del Mecanismo RED) a tiempo completo o a tiempo parcial, y se fija aplicando un porcentaje a la base reguladora, limitándose su importe a una cuantía máxima<sup>8</sup>.

3. La duración de la prestación será hasta que finalice el periodo de aplicación del Mecanismo RED en la empresa, pudiendo extinguirse si se causa baja en la empresa por cualquier motivo o por imposición de sanción.

4. Las cotizaciones tenidas en cuenta para el acceso a la prestación del Mecanismo RED no serán tenidas en cuenta a ningún otro efecto, sin que sea posible descontar la duración de la prestación por desempleo que en el futuro se podría reconocer.

[1] CRUZ VILLALÓN, J. “El Sistema RED de regulación temporal de empleo”, Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (<https://www.aedtss.com/el-sistema-red/>)

[2] CRUZ VILLALÓN, J. “El Sistema RED...”, op. cit.

[3] Posteriormente declarado inconstitucional por la STC (Pleno) 148/2021, de 14 de julio y STC (Pleno)

183/2021, de 27 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad de los Reales Decretos de prórroga de dicho estado de alarma.

[4] Que permitiría recurrir a los denominados ERTES ETOP del art. 47 ET.

[5] MARTÍN JIMÉNEZ, R., "Subcontratas y ERTes", en *Reformas Laborales y de Seguridad Social*, Colección Claves Prácticas, Francis Lefbvre, Madrid, 2022.

[6] Se entiende, aunque no se contempla en la norma, que mediante resolución motivada de la existencia o no de las causas por las que se podrá activar el Mecanismo RED en su modalidad sectorial.

[7] CANO GALÁN, Y., "Cuestiones de Seguridad Social", en *Reformas Laborales y de Seguridad Social*, Colección Claves Prácticas, Francis Lefbvre, Madrid, 2022.

[8] Aplicando las reglas fijadas en la norma ascendería a 1.519,92 euros.

### III. CAMBIOS EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

#### LA DESAPARICIÓN DE LA PREFERENCIA APLICATIVA DE LOS CONVENIOS DE EMPRESA EN MATERIA SALARIAL: AUSENCIAS Y PRESENCIAS EN EL ARTÍCULO 84 ET

##### The disappearance of the applicative preference of the company agreements in salary matters: absences and presence in article 84 ET

**Autora:** Jesús R. Mercader Uguina

**Cargo:** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid

**Resumen:** La necesidad de reformar algunos aspectos de la normativa vigente en materia de negociación colectiva era una necesidad. El instrumento clave para lograr su eficacia es la eliminación de la aplicación preferente del convenio de empresa en materia salarial, cuyo objetivo es convertir al convenio de sector en referencia en esta materia. Esta cuestión y la norma transitoria para su aplicación efectiva se analizan en este estudio.

**Palabras clave:** Estructura de la negociación, convenio de empresa, cuantía salarial.

**Abstract:** The need to reform certain aspects of the current collective bargaining regulations was a necessity. The key instrument for achieving its effectiveness is the elimination of the preferential application of the company agreement in wage matters, a key instrument for converting the sectoral agreement in this area. This issue and the transitional rule for its effective application are analysed in this study.

**Keywords:** Bargaining structure, company-level agreement, wage levels.

#### SUMARIO

- I. PASADO Y PRESENTE DE LA DESAPARICIÓN DE LA PRIORIDAD APLICATIVA DE LOS CONVENIOS DE EMPRESA EN MATERIA SALARIAL
- II. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 6ª DEL RDL 32/2021: UNA NORMA ABIERTA A DIFERENTES ALTERNATIVAS DE APLICACIÓN CONFIADA A LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES SOCIALES



## I. PASADO Y PRESENTE DE LA DESAPARICIÓN DE LA PRIORIDAD APLICATIVA DE LOS CONVENIOS DE EMPRESA EN MATERIA SALARIAL

Tras la reforma laboral de 2012, el art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) permitió que los convenios colectivos de empresa, aún durante la vigencia de un convenio sectorial de cualquier nivel, fijaran ciertas condiciones de trabajo con prioridad aplicativa respecto de otros convenios sectoriales. Esta nueva formulación ha sido polémica y objeto de críticas, proponiendo su modificación e incluso su eliminación. Diversos factores influyeron en la necesidad de una reforma en esta materia.

Un argumento que apoyaba las referidas propuestas de modificación se fundamenta en el efecto de atomización de la negociación colectiva. Se afirmaba que la reforma había contribuido a la creación de "microunidades" empresariales de negociación en la medida en que se han detectado convenios en centros de trabajo con dificultades objetivas para justificar un convenio propio, concretamente en centros de unos 10 o menos trabajadores, incluso de 6 o 7 trabajadores. Un segundo argumento era el que se vinculaba con lo que cabría denominar como debilidad negociadora de ciertos sujetos intervinientes en la conclusión de no pocos convenios de empresa. Otro argumento usado por los críticos de la reforma de 2012 se fundamentaba en el amplio conjunto de materias en las que el convenio colectivo de empresa poseía prioridad aplicativa.

La reforma laboral de 2021 no solo no ha puesto fin a la prioridad aplicativa del convenio de empresa, sino que viene a confirmar el marco jurídico regulador diseñado por el legislador del 2012 al conservar su esencia y lógica. Una esencia y una lógica que parte del carácter de norma de derecho necesario absoluto del art. 84.2 ET y del hecho de que

la prioridad aplicativa se materializa, aunque las condiciones del convenio de empresa no sean más favorables que las del convenio de sector ante el que se antepone<sup>1</sup>.

Sobre las anteriores bases, el ET mantiene la referida prioridad en materias tan significadas como las referidas ahora en los apartados a), b) y c) del art. 84.2 ET: "el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos"; "el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones"; y en "la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores".

Conserva, igualmente, prioridad aplicativa "la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa" si bien, en este caso, tras el inicial "desliz" que la redacción del RDL 32/2021 daba al art. 84.2 d) ET y que venía, probablemente de manera inadvertida, a extender su ámbito de actuación a "la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos". Dada la sustantividad del error, el mismo no pudo ser subsanado por la vía de corrección de errores y ha tenido que ser corregido por el artículo cuatro del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, que viene a conservar su inicial redacción limitando su radio de acción a las competencias de adaptación atribuidas, exclusivamente, a los "convenios de empresa". Una modificación que, aunque razonablemente justificada, encuentra en la norma que la acoge un nuevo episodio de camuflaje normativo.

Dado que, como puede observarse, las adiciones normativas son escasas merece destacarse la incorporación del concepto "corresponsabilidad" al contenido de la pre-

ferencia que, hasta el momento quedaba referida, genéricamente, a las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. De este modo, la preferencia del art. 84.2 e) ET se extiende ahora a "las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal". Una anexión que no está huérfana de significado en la medida que la corresponsabilidad supone dotar de un plus a la finalidad que persiguen todas las medidas de conciliación.

Finalmente, el apartado g) del art. 84.2 ET sigue conservando la posible extensión de contenidos que gocen de prioridad y que pueda proceder de los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET. De este modo, se abre la puerta a que los niveles centralizados de negociación amplíen el listado de materias para los que se conserva la referida preferencia. Una puerta que, aunque presumimos no será abierta con regularidad, si posibilita el desarrollo de una descentralización centralmente coordinada, una "descentralización organizada" que permita, de este modo, un reajuste de la estructura de la negociación colectiva, orientada desde los niveles superiores, a través del reparto de tareas y en función de las capacidades negociadoras.

Con todo, aunque, como venimos señalando, es más lo que se conserva que lo que se pierde, la reforma brilla por una significativa desaparición de listado de materias que define la prevalencia incondicionada de los convenios de empresa y que, por otra parte, sirve para dotar de contenido a la reforma en esta materia: la preferencia en relación con la "cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa". Fue este un contenido que se mantuvo permanentemente en cuestión a lo largo del proceso de diálogo social y que, aunque buscó mantenerse a través de finos equilibrios, al

final ha quedado borrado del texto de la reforma.

La razón de ello puede encontrarse en el Preámbulo del RDL 32/2021 y no es otro que evitar que la "descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada". En suma, a través de la limitación de la preferencia en esta materia se busca conseguir un equilibrio entre la flexibilidad que otorga el convenio de empresa y las garantías del convenio sectorial que, como hemos señalado, viene a configurarse como el referente en materia salarial. Una solución que conecta con la reforma del art.42.6 ET en materia de contratas y subcontratas y, en última instancia, con un signo orientador global de la reforma que mira los ámbitos sectoriales de negociación como espacios más garantistas de regulación.

Es evidente que con esta fórmula se cierra la vía a los convenios "oportunistas" que busquen crear estratégicamente unidades empresariales de negociación para establecer salarios a la baja. No obstante, los ajustes salariales a nivel de empresa siguen pudiendo encontrar técnicas específicas de adaptación a través de los descuelgues del art. 82.3 ET mediante acuerdo colectivo con solución arbitral final que conserva su regulación sin modificación o cambio alguno, al igual que por vía de las modificaciones sustanciales ex art. 41 ET que, aunque estuvo sobre la mesa de diálogo social su posible reforma se ha mantenido, igualmente, incólume tras la reforma laboral de 2021.

Es preciso recordar que el listado de materias del art. 84.2 ET ha sido interpretado restrictivamente por nuestros Tribunales, como confirmó la [STS 1 de abril de 2016 \(R° 147/2015\)](#). La tarea fundamental que resulta del art. 84.2 ET es la de precisar qué pre-

ceptos convencionales de un concreto convenio de empresa encajan en los conceptos que sucesivamente utiliza el propio apartado en las letras a) a f), para a continuación afirmar la prioridad aplicativa de los que encajen y rechazarla respecto de los que no encajen. Esta enumeración de materias concretas lleva a nuestros tribunales a sostener que la determinación de la norma convencional aplicable en cada una de ellas no resulta de una comparación de convenios a fin de decidir cuál es más favorable, ni de modo global ni por bloques temáticos, sino que resulta de la designación que la ley hace para cada materia concreta.

## II. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 6ª DEL RDL 32/2021: UNA NORMA ABIERTA A DIFERENTES ALTERNATIVAS DE APLICACIÓN CONFIADA A LA AUTONOMÍA DE LAS PARTES SOCIALES

La eliminación de la prioridad del convenio de empresa en materia salarial entró en vigor el 31 diciembre de 2021 y, por tanto, rige para todos los convenios que se registren a partir de esa fecha. Del mismo modo, los convenios sectoriales que se negocien gozarán de carácter imperativo en materia de "cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa", si bien su plena efectividad queda condicionada en relación con los ya existentes a lo establecido en la Disposición transitoria sexta del RDL 32/2021 (*Aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma*), que prevé un plazo de adaptación amplio para que el referido proceso de reordenación negocial se lleve a cabo. Nótese, en este punto, el acusado "aire de familia" que posee la referida norma con la Disposición transitoria primera (Situaciones de trabajo a distancia existen-

tes a la entrada en vigor de esta Ley) de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

La regla transitoria parte de una premisa de enorme importancia: "Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el art. 84.1 (...)". Aunque la expresión "sin perjuicio" utilizada en una norma legal aterra al jurista, lo cierto es que, atendiendo exclusivamente a su sentido gramatical, dicha expresión debe ser entendida, según el Diccionario de la Lengua Española, como "dejando a salvo"; Esto es, la regulación que a partir de esa afirmación contiene el apartado 1º de la DT 6ª no puede ir contra de esa concreta regla que queda, de este modo, salvaguardada.

Ello supone que las unidades de negociación que hubieran nacido al amparo de la regulación precedente mantienen plena autonomía y carácter soberano siempre que lo hubieran hecho en aplicación de la regla *prior in tempore*, esto es, de acuerdo con lo establecido en el art. 84.1 ET. De este modo, como también se ha recordado, "los convenios de empresa que hubieran sido negociados sin que estuviera vigente un convenio sectorial habrán constituido una unidad de negociación propia con la que no podrá concurrir otro convenio posterior, sea del ámbito que sea, incluido el sectorial. En consecuencia, dichos convenios de empresa serán de aplicación en su integridad, en todas sus materias, incluida la salarial, sobre el convenio sectorial a cuyo ámbito funcional pertenezca la empresa en cuestión. Y lo será durante toda su vigencia pactada, aunque esta exceda del año establecido en el régimen transitorio de la reforma, puesto que no estamos ante un supuesto de prioridad aplicativa sino de prohibición de concurrencia"<sup>2</sup>.

Igualmente, y por las razones antes apuntadas, habrán ganado un espacio propio los convenios de empresa negociados encontrándose en situación de ultraactividad el

convenio colectivo sectorial aplicable. Pues, como ha recordado la [STS de 5 de octubre de 2021 \(R° 4815/2018\)](#), la prohibición de concurrencia no rige con un convenio en situación de ultraactividad (art. 86.3 ET) lo que significa que, un convenio colectivo en situación de prórroga no está protegido por la prohibición de concurrencia y puede, por tanto, ser afectado por otro convenio en cualesquiera materias. Y es que en el referido pronunciamiento el Tribunal Supremo permite que el convenio de empresa establezca una jornada superior a la del convenio sectorial, materia que, como se ocupó de recordar la [STS de 10 de noviembre de 2016 \(R° 290/2015\)](#), no se halla entre las materias del listado del art. 84.2 ET.

La norma transitoria somete, de este modo, a plazo los efectos de la eliminación de la preferencia aplicativa de la cuantía salarial que hasta ahora ostentaban los convenios de empresa y la condiciona a un doble término de vida: la misma resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su "vigencia expresa" y, como máximo, "en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley" (esto es, hasta el 31 de diciembre de 2022).

El concepto "vigencia expresa" puede ser razonablemente identificado con la vigencia del convenio colectivo anudada a su vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes (en línea con lo señalado en la [STS 27 de enero de 2022, R° 33/2020](#)). Más dudoso puede resultar que la misma se proyecte, precisamente por su carácter tácito, sobre la situación que contempla el art. 86.2 ET. La noción de "vigencia expresa" tampoco alcanzaría al período posterior a dicho momento, una vez el convenio ha sido denunciado, esto es, durante la vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la estable-

cida en el art. 86.3 ET. En suma, al provenir la prioridad aplicativa de una norma excepcional, tiene sentido que tal aplicación finalice con la vigencia efectiva del convenio recuperándose a partir de este momento la preferencia material establecida por la regulación del convenio sectorial de existir la misma.

Definido el período de conservación de la preferencia aplicativa en los términos antes señalados, el apartado 3 de la DT 6 RDL 32/2021 precisa que *los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición*.

La norma transitoria parece querer venir a establecer un plazo progresivo de adaptación para que, una vez entre, en cualquier de los momentos señalados, en pleno vigor la nueva regla, los convenios colectivos procedan a la adaptación de los textos teniendo en cuenta que, en muchos casos, la misma conllevará la afectación del equilibrio interno del convenio y, por ende, la renegociación de aquellos aspectos que queden afectados. Dicho período resulta tanto más necesario al afectar a una materia que, como la salarial, irradia sus efectos a otras instituciones clave y que no solo requiere, sino que también recomienda, una adaptación fruto del diálogo y del acuerdo. No creo que los automatismos sean buenos consejeros en este delicado terreno.

La citada regla no supone, como acertadamente se ha dicho, que "los convenios de sector recobren ahora automáticamente prioridad aplicativa sobre esta materia"<sup>3</sup> pero sí abre la posibilidad de que los convenios sectoriales recuperen progresivamente ese espacio y que, cuando lo hagan, gocen de preferencia aplicativa, si así lo establecen,

sobre los convenios de empresa imponiendo sus contenidos de regulación a estos en materia salarial. Es importante recordar de nuevo que la regulación que ahora establece el art. 84.2 ET opera sobre la racionalización gradual de la estructura de la negociación colectiva a través de esta reformulación del contenido de lo salarial pero que no afecta al régimen de concurrencia de convenios establecido en el art. 84.1 ET.

Las anteriores reglas se complementan con una "cláusula de no regresión"<sup>4</sup> que trata de evitar que en ese proceso de adaptación se produzca una pérdida de los derechos adquiridos por los trabajadores al amparo del régimen jurídico preexistente. A tal efecto se establece una disposición "cautelosa y más bien retórica"<sup>5</sup> en el apartado 2 de la DT 6 que: *Las modificaciones operadas en el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras.* Norma que se formula como excepción a la regla establecida en el art. 26.5 ET.

La norma parte de un prejuicio no explicitado: el generalizado carácter peyorativo de los contenidos salariales establecidos por los convenios de empresa. Se trataría de corregir a través de la referida cláusula la situación de aquellos convenios de empresa cuyas condiciones salariales fuesen inferiores a las establecidas por el de sector con el resultado de que "la adaptación del convenio de empresa al sectorial se debe articular como una mejora directa a la persona trabajadora en materia salarial, si es que el convenio colectivo de empresa estaba por debajo en esa materia"<sup>6</sup>. Pero no todos los convenios de empresa necesariamente incorporan peores condiciones que los de sector) por lo que una aplicación estricta de la regla contenida en el apartado 2 de la DT 6 pudiera producir consecuencias indeseables.

Y es que la regulación que ahora se presenta ofrece numerosos flancos de duda derivados de la limitación al recurso a la compensación y la absorción en estos casos. Tal limitación, como se ha señalado por la doctrina, podría llegar a suponer que, en caso de pérdida de aplicación de la preferencia aplicativa empresarial, se debería "proceder en esta fase transitoria a una técnica de espiguelo, de modo que el trabajador percibiría todos los complementos establecidos en ambos convenios colectivos, aunque estén presentes en uno y no en otro, al mismo tiempo que si está en ambos el trabajador lo percibiría en la cuantía más elevada de ambos". Pero el espiguelo normativo debe ser lógicamente rechazado por lo que, "una interpretación finalista y sistemática", debería llevar a concluir que lo pretendido por el legislador es alcanzar "el respeto a las condiciones más beneficiosas adquiridas, pero a través del método tradicional la compensación y absorción"<sup>7</sup>.

---

[1] Para un análisis más detenido de las cuestiones objeto de estudio en este trabajo me permito remitir a J.R. MERCADER UGUINA, "La arquitectura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2021", en AA. VV, *La reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 239-303, espec. pp. 252-289 y "El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?", *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 2022, v. 3 (extraordinario), pp. 111-128.

[2] A. GODINO DE FRUTOS, *Impacto real de la nueva reforma laboral sobre la aplicación de los convenios de empresa*, Tribuna FORELAB, 18 de enero de 2022.

[3] J. CABEZA PEREIRO, Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias, NET21, 2022, núm. 8, p. 5.

[4] En expresión de E. ROJO TORRECILLA, *Estudio de la reforma laboral de 2021 (II). Examen de las disposiciones adicionales, derogatoria, transitorias y finales del RDL 32/2021 de 28 de diciembre*, Blog, entrada de 3 de enero de 2022.

[5] B. GARCIA RODRIGUEZ, Novedades en la negociación colectiva, en AA.VV., Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, I. 21/2021 y L 22/2021), Madrid, Francis Lefebvre, 2022, p. 218.

[6] Servicio de estudios de UGT, Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. *Una nueva perspectiva en la negociación colectiva: la reforma labo-*

*ral de diciembre del 2021*, Apuntes, 2022, núm. 40, p. 10.

[7] J. CRUZ VILLALÓN, J., *El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva*, Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, 2022, núm. 7.



## LA RECUPERACIÓN DE LA TRADICIONAL ULTRAactivIDAD INDEFINIDA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

### The recovery of the traditional indefinite ultraactivity of collective agreements

**Autora:** Raquel Yolanda Quintanilla Navarro

**Cargo:** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

**Resumen:** El RDL 32/2021 recupera la figura tradicional de la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos, de modo que, una vez denunciado y vencido el convenio, y en defecto de pacto, aquel mantendrá su vigencia hasta que sea sustituido por otro.

**Palabras clave:** Convenio colectivo, ultraactividad, convenio denunciado, convenio vencido, convenio supraempresarial.

**Abstract:** RDL 32/2021 recovers the traditional figure of indefinite ultra-activity of collective agreements, so that, once the agreement has been denounced and expired, and in the absence of an agreement, it will remain in force until it is replaced by another.

**Keywords:** Collective agreement, ultra-activity, denounced agreement, expired agreement, supra-company agreement.

### SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. REDACCIÓN DEL ART. 86.3 ET ANTERIOR AL RDL 32/2021
- III. REDACCIÓN DE ART. 86.4 ET A PARTIR DEL RDL 32/2021
- IV. RÉGIMEN APLICABLE A LOS CONVENIOS COLECTIVOS DENUNCIADOS A LA FECHA DE ENTRADA EN VIGOR DEL RDL 32/2021
- V. A MODO DE SÍNTESIS CONCLUSIVA



## I. INTRODUCCIÓN

En la Exposición de Motivos del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo se señala la "falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables", como una de las debilidades de nuestro modelo de negociación colectiva<sup>1</sup>.

Para paliar esta debilidad, se apela a la "modernización de la negociación colectiva"<sup>2</sup>, que pasa por abordar aspectos como la ultraactividad de los convenios colectivos. En virtud del art. 1 RDL 32/2021 se modifican determinados artículos del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), entre ellos, el art. 86.3, que regula la ultraactividad. Esa "modernización" se lleva a cabo volviendo a la figura tradicional de la ultraactividad indefinida, en su regulación anterior a la Ley 3/2012.

## II. REDACCIÓN DEL ART. 86.3 IN FINE ET ANTERIOR AL RDL 32/2021

Con anterioridad a la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la regulación en materia de ultraactividad de convenios colectivos se articulaba de modo que, una vez denunciado el convenio, y hasta que no se consiguiese un acuerdo expreso, perdían vigencia sus cláusulas obligacionales, mientras que las cláusulas normativas mantenían su vigencia, en defecto de pacto.

Esta regla favorecía la conservación del convenio colectivo cuando ya estaba vencido, pero, según la Exposición de Motivos de la

Ley 3/2012, podía dificultar nuevos procedimientos negociadores, por lo que se procedió a modificar dicha regla<sup>3</sup>. A partir de la Ley 3/2012, pero con anterioridad al RDL 32/2021, en el art. 86.3 in fine ET, se estableció que "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación"<sup>4</sup>.

Una crítica común y generalizada de la reforma laboral de 2012 en materia de ultraactividad de convenios colectivos fue la inseguridad jurídica generada<sup>5</sup> y para paliarla, la jurisprudencia aportó como solución, a partir de la [STS Sala 4ª \(Pleno\) de 22 de diciembre de 2014](#)<sup>6</sup>, la construcción de la "contractualización" de las condiciones reguladas en el convenio denunciado y vencido. Solución calificada como corriente jurídica "conservacionista", frente a la "rupturista"<sup>7</sup>.

Según la discutible doctrina jurisprudencial<sup>8</sup> conservacionista, expuesta en la STS mencionada, y aplicada cuando se carecía de convenio colectivo de ámbito superior aplicable, "cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque –como se ha dicho algunas veces– las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente". Al haberse contractualizado, mantienen su vigencia<sup>9</sup>.

Por su parte, la mayoría de los negociadores de convenios colectivos encontraron como

solución alternativa la del pacto en contrario, incorporando en los textos convencionales, cláusulas de ultraactividad indefinida<sup>10</sup>; solución respetuosa con el tenor literal del art. 86.3 ET conforme a la redacción dada por la Ley 3/2012<sup>11</sup>.

### III. REDACCIÓN DE ART. 86.4 ET A PARTIR DEL RDL 32/2021

Con la aprobación del RDL 32/2021, la referencia a la ultraactividad se incorpora en el art. 86.4 ET (en el que se concentran, ahora modificados, los párrafos 3º y 4º del anterior art. 86.3 ET), estableciendo lo siguiente:

"Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya alcanzado un nuevo contenido, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes.

Asimismo, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje regulados por dichos acuerdos interprofesionales, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de solución, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo".

De este modo, se mantiene el contenido del art. 86 previo a la reforma de 2021, en sus números 1, 2 y en el 3, respecto de sus dos primeros párrafos, así como en el número 5 (anterior número 4). La reforma opera en el actual número 4 del art. 86 ET, en el que se incorporan, como hemos indicado con anterioridad, los párrafos 3º y 4º del anterior art. 86.3 ET.

La intención del legislador es aplicar la ultraactividad indefinida a los convenios colectivos que se suscriban a partir del 31 de diciembre de 2021 y a los que se encuentren vigentes "sea cual sea la causa de ello (vigencia expresa originaria, vigencia expresa prorrogada); ultraactividad al amparo del propio acuerdo; ultraactividad por ministerio de la ley"<sup>12</sup>.

La ultraactividad indefinida se contempla por el legislador de la reforma laboral de 2021 como una norma supletoria, que actúa en defecto de pacto, cuya finalidad es evitar vacíos de regulación convencional.

Mientras no haya convenio que sustituya al anterior denunciado, se produce la ultraactividad de este último, siendo obligatoria la mediación y optativo, en su caso, el arbitraje previsto expresamente al respecto, regulados en los Acuerdos de solución extrajudicial de conflictos, de ámbito estatal o autonómico, para intentar superar las dificultades en alcanzar un convenio que sustituya al anterior denunciado.

En un intento por agilizar esa negociación, la mediación se contempla como recurso obligatorio<sup>13</sup>, cuando haya transcurrido un año desde la denuncia del convenio (no de su término final)<sup>14</sup> sin haber alcanzado un convenio colectivo. Sin perjuicio de la obligatoriedad de acudir a la mediación, se respeta la autonomía de las partes en todo momento, puesto que las partes negociadoras no están obligadas a obtener una solución exitosa como resultado de la mediación<sup>15</sup>.

A la mediación, se suma el arbitraje, si existe pacto expreso al respecto, esto es, como medio voluntariamente elegido por las partes enfrentadas en la negociación, bien porque lo hayan elegido previamente, bien simultáneamente a dicha negociación o al fracaso de esta o de la mediación<sup>16</sup>.

#### IV. RÉGIMEN APLICABLE A LOS CONVENIOS COLECTIVOS DENUNCIADOS A LA FECHA DE ENTRADA EN VIGOR DEL RDL 32/2021

La Disposición Transitoria séptima del RDL 32/2021, establece que los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-ley, y en tanto no se adopte un nuevo convenio, "mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el presente Real Decreto-ley", por lo que se les aplican también las reglas anteriormente analizadas.

En opinión de un sector doctrinal, la valoración de esta reforma<sup>17</sup> es positiva en lo relativo al establecimiento de la ultraactividad indefinida, ya que la reforma del 2012 había dejado "sin rematar las costuras de la vigencia del convenio colectivo, y la construcción jurisprudencial sobre la *contractualización* de las condiciones de trabajo –por más voluntariosa y necesaria– abría un margen de inseguridad difícil de asumir"<sup>18</sup>. Frente a esa situación pasada, el RDL 32/2021 recupera esa "red de seguridad" convencional<sup>19</sup>, que consiste en la ultraactividad indefinida.

Otra posición doctrinal, más escéptica, considera que el balance no es totalmente positivo, porque los avances, aunque importantes y destacables, no son suficientes, y las continuas remisiones reglamentarias pue-

den ocasionar "problemas aplicativos e interpretativos y, por ende, litigiosidad", afirmando que "la pretendida reformulación de la arquitectura convencional es más teórica que real, ya que sus pilares se mantienen al hacerlo el resto de los apartados del art. 84 del ET"<sup>20</sup>.

#### V. A MODO DE SÍNTESIS CONCLUSIVA

Con el fin de atender a las necesidades actuales y rectificar distorsiones en la adaptación a los requerimientos de distintos sectores y empresas, la reforma operada en virtud del RDL 32/2021 pretende actuar en la "arquitectura de la negociación colectiva", a través de, entre otros aspectos, la recuperación de la figura tradicional de la ultraactividad de los convenios colectivos.

Para ello, se rescata la regla de la ultraactividad indefinida del convenio denunciado hasta que se consiga un nuevo convenio, de modo que ya no se aplica la regla del período máximo de un año de duración de la ultraactividad, salvo pacto en contrario, ni la de aplicación del convenio colectivo de ámbito supraempresarial, ambas previstas con anterioridad al RDL 32/2021.

No se aplicará ya la doctrina jurisprudencial de la contractualización a los convenios colectivos denunciados a fecha de 31 de diciembre de 2021<sup>21</sup>. Sobre estos últimos y sobre los convenios colectivos vigentes, se proyecta la nueva norma de la ultraactividad indefinida.

La construcción jurisprudencial conservacionista se aplicará solo a los convenios colectivos decaídos, que no recuperan ahora su vigencia, en cuyo lugar "seguirá desplegando sus efectos, en su caso, el de ámbito supe-

rior o la construcción jurisprudencial sobre contractualización"<sup>22</sup>.

No obstante, no todo son diferencias entre la regulación anterior y posterior al RDL 32/2021, sino que se mantiene en común e inalterado un elemento primordial: el respeto a la autonomía colectiva, a la voluntad de las partes firmantes del convenio colectivo. Esa prioridad se hace patente a lo largo del art. 86 ET, para determinar aspectos importantes, como, por ejemplo, cuando se dispone que el convenio colectivo establecerá los términos en que se producirá la vigencia del convenio denunciado y vencido y que la vigencia del convenio colectivo denunciado y concluida su duración pactada, se aplica durante las negociaciones para renovar el convenio, si no existe pacto al respecto.

La misma referencia a lo pactado se establece respecto de la vigencia de los acuerdos parciales adoptados para la modificación de alguno o algunos contenidos prorrogados, para adaptarlos a las condiciones en las que se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa, una vez haya terminado la vigencia pactada.

Asimismo, la mediación obligatoria opera si no se ha acordado un nuevo convenio después de un año (a computar desde la denuncia del convenio). También es necesario un pacto expreso, previo o coetáneo, de las partes para someterse a arbitraje. Finalmente, si fracasa la mediación y el arbitraje, y el proceso de negociación termina sin acuerdo, se mantiene la vigencia del convenio en defecto de pacto.

[1] Debilidad que conlleva la mayor inseguridad jurídica para empresas y trabajadores, porque interfiere en "la transparencia competitiva, el normal desarrollo de las relaciones contractuales entre las empresas, incluida la descentralización, y los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo".

Exposición de Motivos del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo", II.

[2] La modernización de la negociación colectiva está incluida como Reforma 8, dentro del Componente 23, relativo a las "Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo", perteneciente al Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia. Vid. [https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan\\_Recuperacion\\_%20Transformacion\\_%20Resiliencia.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf)

Como afirma el prof. SEMPERE NAVARRO, "no está en manos del legislador modernizar la propia negociación colectiva, por más que así lo proclame el RDL 32/2021, sino hacer lo propio con su régimen jurídico". En SEMPERE NAVARRO, A. V.: "La negociación colectiva: inventario de la reforma laboral introducida por el RDL 32/2021", en AAVV (QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (Dir.): *Tiempo de trabajo y salario en la negociación colectiva sectorial estatal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 14.

[3] La finalidad perseguida por el legislador de la reforma laboral de 2012 era limitar la ultraactividad convencional, con la que se pretendía "incentivar que la renegociación del convenio se adelanta al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado". Al mismo tiempo, se trataba de "evitar una petrificación de las condiciones pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador».

[4] En virtud de la Ley 3/2012 y hasta la reforma operada por el RDL 32/2021, se establecía que el convenio denunciado, una vez concluida la duración pactada, se mantenía vigente en los términos establecidos en el mismo. Mientras se negociase su renovación, en defecto de pacto, se mantenía su vigencia, salvo para las cláusulas obligacionales de renuncia a la huelga durante la vigencia del convenio. Se permitía a las partes negociadoras establecer acuerdos parciales que modificaran contenidos prorrogados para adaptarlos a las nuevas condiciones de la actividad en el sector o en la empresa, y cuya vigencia la determinaban las partes negociadoras también. Se establecía que el convenio denunciado que, después de un año desde la denuncia, no hubiese sido sustituido por uno nuevo o dictado un laudo arbitral, perdería vigencia salvo pacto en contrario, aplicándose el convenio co-

lectivo de ámbito superior, si lo hubiere. En caso de discrepancias tras el procedimiento de negociación sin resultado de acuerdo, se resolverían mediante los procedimientos de aplicación general y directa –incluido el arbitraje– previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico (art. 86.3 según la redacción de la Ley 3/2012).

En virtud de la Disp. Trans. 4ª Ley 3/2012, la nueva redacción del art. 86.3 ET se aplicaría a los convenios denunciados, pero el plazo de un año empezaría a computarse desde su entrada en vigor.

[5] Inseguridad jurídica que podía producir vacíos normativos si no existía un convenio supraempresarial que llenase el espacio del convenio colectivo denunciado una vez superada la ultraactividad de un año; que no aclaraba cuál era el convenio colectivo de ámbito superior –funcional y/o territorialmente– aplicable, o cuál era de preferente aplicación en caso de que hubiera más de un convenio colectivo supraempresarial aplicable en ese ámbito; ni resolvía posibles lagunas de dicho convenio aplicable en aspectos que sí estaban regulados en el convenio denunciado, y ya vencido. Vid. LÓPEZ ANIORTE, M. C.: “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, Briefs AEDTSS, <https://www.aedtss.com/el-papel-de-la-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral/>, p. 4.

[6] Rec. 264/2014; Atese. Este fue el criterio mayoritario (de 14 Magistrados del TS Sala 4ª), en la [STS \(Pleno\) de 22 de diciembre de 2014](#), que fue acompañada por los Votos particulares del Magistrado de Castro Fernández, el del Magistrado Sempere Navarro (al que se adhirieron 4 Magistrados más: Jesús Gullón Rodríguez, José Luis Gilolmo López, José Manuel López García de la Serrana y Jesús Souto Prieto), el del Magistrado Luelmo Millán y el de la Magistrada Calvo Ibarlucea.

[7] Según la tesis “rupturista”, la modificación del art. 86.3 ET por la Ley 3/2012, debía interpretarse en el sentido de que “dichos derechos y obligaciones de las partes pasarán a regirse exclusivamente por las normas estatales legales y reglamentarias, haciendo tabla rasa de las condiciones laborales existentes con anterioridad en el ámbito del convenio colectivo fenecido”. Vid. [STS \(Pleno\) de 22 de diciembre de 2014](#).

[8] MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2021, p. 189, nota 50.

[9] Además de la STS (Pleno) de 22 de diciembre de 2014 mencionada, destaca la STS 14 febrero 2019 (rec. 3253/2017) matizando que, cuando no existe

convenio colectivo de ámbito superior, el contenido obligacional del contrato de trabajo “queda petrificado en los términos en los que se hallaba en el momento de la pérdida de vigencia del convenio”.

[10] En este sentido, el estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos sobre el contenido de las cláusulas de denuncia y de ultraactividad de los convenios colectivos desde 2013 y hasta 2021 inclusive, indica que, en lo relativo a la ultraactividad negociada, el 63,7% del total de los convenios 2014-2021 optó por una ultraactividad indefinida que se prolongaba hasta la firma de un nuevo convenio colectivo (y que afectaba a un 59% del total de trabajadores cubiertos por dichos convenios), observándose además una evolución creciente en el desglose por año: en 2014, la cifra de convenios con ultraactividad indefinida alcanzaba al 49,1%, porcentaje que se incrementó en los años posteriores, ascendiendo hasta el 68,8%, en 2020, si bien ha descendido al 49,9% en el primer semestre de 2021.

Vid. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos: “Cláusulas sobre denuncia y ultraactividad en los convenios colectivos”, Estudios, en [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec\\_trabajo/ccncc/B\\_Actuaciones/Boletin/No\\_80\\_noviembre\\_2021.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Boletin/No_80_noviembre_2021.pdf)

[11] La STS 17 noviembre 2015 (rec. 321/2014) declaró la validez del pacto en contrario, y su aplicabilidad al amparo del art. 86.3 ET, conforme a la redacción dada por la Ley 3/2012. Por lo que resultaba válido si un convenio colectivo había sido suscrito con esa cláusula antes de que entrase en vigor la Ley 3/2012, y en dicha cláusula se había previsto que, una vez finalizado el período de vigencia y denunciado el convenio, permanecerían vigentes las cláusulas normativas hasta que se produjese la entrada en vigor de un nuevo convenio que le sustituyera.

Para el prof. BELTRÁN DE HEREDIA, la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la ultraactividad tras la reforma de 2012, ha mantenido tres criterios de manera simultánea, que son la contractualización “ab origine” (STS 22 diciembre 2014), la contractualización “condicionada” (STS 6 julio 2016 y otras) y la contractualización “espigueada” (STS 23 septiembre 2015). Vid. <https://ignasibeltran.com/tag/ultraactividad/>

[12] SEMPERE NAVARRO, A. V.: “La negociación colectiva: inventario...”, cit., p. 16.

[13] El prof. MORALES ORTEGA hace notar que el legislador no ha mencionado la conciliación, dirigen-



do la solución de las discrepancias en la negociación del convenio, a la mediación y arbitraje. Vid. MORALES ORTEGA, J. M.: "La esperada reforma laboral, el inesperado Real Decreto-Ley 32/2021 de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo desde la perspectiva de la negociación colectiva", <https://grupo.us.es/iwpr/category/jose-manuel-morales-ortega/>

[14] SEMPERE NAVARRO, A. V.: "La negociación colectiva: inventario...", cit., p. 16.

[15] Como el prof. SEMPERE NAVARRO matiza, "Del mismo modo, el incumplimiento de la obligación reseñada tampoco comporta consecuencias directas sobre la solución del problema (bloqueo negociador en un conflicto de signo económico, inhábil para su resolución judicial)". Ibidem.

[16] Augura el prof. MORALES ORTEGA, al respecto, un aumento exponencial de la utilización de la mediación en términos cuantitativos más que del número de laudos arbitrales, recomendando el autor que se produzca, en los Acuerdos de solución extrajudicial de conflictos, una "adaptación de los diseños de ambos medios extrajudiciales para hacerlos más operativos y efectivos a este tipo de conflictos". Vid. MORALES ORTEGA, J. M.: "La esperada reforma...", cit.

[17] BASTERRA HERNÁNDEZ prefiere calificar este cambio relativo a la ultraactividad como "contrarreforma". BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: "Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021", Briefs, AEDTSS, [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2\\_Miguel-Basterra-LA-REFORMA-LABORAL.pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Miguel-Basterra-LA-REFORMA-LABORAL.pdf), p. 3.

[18] BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: "Primeras aproximaciones...", p. 3. MERINO SEGOVIA, A. (25 de enero de 2022). *La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/1-Ultraactividad-AE-DTSS-Amparo-Merino.pdf>, p. 4.

[19] MARTÍNEZ MORENO, C.: "Breve anotación a la reforma laboral", Briefs AEDTSS, [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2\\_Martinez\\_NOTA-AEDTSS.pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Martinez_NOTA-AEDTSS.pdf), p. 2.

[20] MORALES ORTEGA, J. M.: "La esperada reforma...", cit.

[21] SEMPERE NAVARRO, A. V.: "La negociación colectiva: inventario...", cit., p. 22.

[22] SEMPERE NAVARRO, A. V.: "La negociación colectiva: inventario...", cit., p. 22.

## IV. SEGURIDAD SOCIAL

### LAS REVALORIZACIONES DE PENSIONES SEGÚN EL NUEVO CRITERIO DE APLICACIÓN DEL IPC

#### The revaluation of pensions according to the new application criteria of the CPI

**Autor:** Fco. Javier Fernández Orrico

**Cargo:** Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Miguel Hernández

**Resumen:** La revalorización de las pensiones viene siendo un asunto recurrente que interesa a pensionistas con objeto de que se mantenga su poder adquisitivo, así como al funcionamiento del sistema de pensiones públicas, de cara a su viabilidad. Durante años se ha debatido, entre la revalorización con arreglo al IPC, o utilizando elementos más restrictivos, como el abandonado índice de revalorización. En el presente estudio se analiza, los efectos en la aplicación del nuevo criterio de la revalorización de pensiones vinculado al IPC, determinado por ley, según el promedio de los IPC de los últimos doce meses de noviembre 2021 a diciembre 2020, y sus diferencias con el anterior criterio de revalorización (previo al índice de revalorización) vinculado al IPC anual.

**Palabras clave:** Seguridad Social, pensiones, revalorización, IPC.

**Abstract:** The revaluation of pensions has been a recurring issue that interests pensioners in order to maintain their purchasing power, as well as the operation of the public pension system, in view of its viability. For years there has been a debate between revaluation according to the CPI, or using more restrictive elements, such as the abandoned revaluation index. This study analyzes the effects on the application of the new criterion of the revaluation of pensions linked to the CPI, determined by law, according to the average of the CPIs of the last twelve months from November 2021 to December 2020, and its differences with the previous revaluation criterion (prior to the revaluation index) linked to the annual CPI.

**Keywords:** Social Security, pensions, revaluation, CPI

## SUMARIO

- I. LOS CAMBIOS DE CRITERIO EN LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES
- II. LA REVALORIZACIÓN, SEGÚN EL PROMEDIO DEL IPC EN LOS DOCE MESES ANTERIORES
- III. PENSIONES MÍNIMAS
- IV. ACTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN MÍNIMA MEDIANTE UNA PAGA



## I. LOS CAMBIOS DE CRITERIO EN LA REVALORIZACIÓN DE PENSIONES

Como es sabido, el anterior criterio del índice de revalorización de pensiones, enunciado en el art. 58 LGSS, simplemente como "revalorización", ha sido sustituido en su última actualización, por el art. 1.1 *Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones* (LGPAP), por el de "revalorización y garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones"<sup>1</sup>. Es un titular más amplio, como queriendo dejar claro desde su inicio, cuál será el criterio que deberá aplicarse en la revalorización de pensiones. El apartado 1 establece, que «las pensiones contributivas de la Seguridad Social mantendrán su poder adquisitivo en los términos previstos en esta ley». En concreto, se va a tener como referencia el IPC en el mantenimiento adquisitivo de las pensiones, sin embargo, cambia el criterio en la forma de aplicarse, respecto a la actualización con arreglo al IPC que se aplicaba antes del índice de revalorización.

El apartado 2 de la nueva redacción del art. 58 LGSS, señala, que el importe de las pensiones contributivas incluido el de la pensión mínima, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al *valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior*. Cabe entender que se refiere al promedio de los porcentajes del IPC desde noviembre del año en curso, a diciembre del año anterior.

El criterio de revalorización de las pensiones contributivas referenciadas al IPC con arreglo a la nueva versión procedente de la LGPAP, es diferente a la prevista en el art.

48 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS 1994), en la redacción anterior a la entrada en vigor del índice de revalorización, en las que también se aplicaba como criterio de revalorización, el IPC<sup>2</sup>, pero seguía un criterio distinto. Concretamente, el art. 48 LGSS 1994, establecía que las pensiones se *revalorizarán al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año*. Pero no se quedaba ahí la cosa, pues, obviamente las previsiones estimadas para el futuro no suelen coincidir, la mayoría de las veces, con la realidad que se basa en múltiples factores que no se tienen en cuenta, cuando se establece el incremento con ese criterio. Por eso, a continuación, establecía la norma, que «*si el índice de precios al consumo acumulado, correspondiente al período comprendido entre noviembre del ejercicio anterior y noviembre del ejercicio económico a que se refiere la revalorización, fuese superior al índice previsto, y en función del cual se calculó dicha revalorización, se procederá a la correspondiente actualización de acuerdo con lo que establezca la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado*. A tales efectos, a los pensionistas cuyas pensiones hubiesen sido objeto de revalorización en el ejercicio anterior, *se les abonará la diferencia en un pago único, antes del 1 de abril del ejercicio posterior*. De manera, que se tenía en cuenta, no solo la revalorización prevista inicialmente, sino que, de ser superior al IPC previsto inicialmente, una vez considerado el IPC de mes a mes de noviembre, se abonaba a los beneficiarios una paga con las diferencias. Esta última previsión figuraba en el art. 48 de la anterior LGSS 1994, antes de que fuera modificada por la Ley 23/2013, que implantó el índice de revalorización.

La actual disposición, cambia el tratamiento en la forma de aplicar el IPC. Concreta-

mente, se va a considerar, según el art. 58 LGSS, el promedio de los IPC de los últimos 12 meses, es decir, de noviembre del año en curso a diciembre del año anterior. Ya no es una estimación prevista, sino que se aplica directamente ese promedio del año anterior. Este cambio de criterio, supone un cambio en la forma de considerar como referencia de actualización de las pensiones al IPC. Sin embargo, no puedo asegurar que sea mejor o peor para los beneficiarios o para las arcas de la Seguridad Social, porque eso dependerá de que el mecanismo empleado se acerque lo más posible a criterios de equidad. En este sentido, el mecanismo aplicado anteriormente, tenía en cuenta el IPC previsto para el siguiente año, con el compromiso de que si al llegar el mes de noviembre del siguiente año (en el que se aplica el mencionado IPC) era superior, se realizaba un pago con las diferencias a principios del siguiente año. Con el nuevo sistema, el criterio de aplicación del IPC, es la media del IPC de los 12 meses anteriores a diciembre y se aplica para el siguiente año, sin comprometerse a actualizar el IPC, en caso de que la media de este en el siguiente año resulte un porcentaje superior al establecido previamente. No obstante, con este nuevo sistema, se retoma una posibilidad abandonada hace años en las diversas redacciones sobre revalorización en la LGSS 1994, y que se refiere a que, en caso de que el valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en porcentajes del IPC *fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año* (art. 58.3 LGSS). Esta posibilidad, se ha considerado según la doctrina<sup>3</sup>, como una asimetría destacable que debería corregirse. Sin embargo, en la práctica, ha ocurrido en contadas ocasiones y en tales casos nunca se le ha exigido al pensionista a su devolución.

## II. LA REVALORIZACIÓN, SEGÚN EL PROMEDIO DEL IPC EN LOS DOCE MESES ANTERIORES

Con la efectiva aplicación de la revalorización para el año 2022, según uno y otro mecanismo de revalorización, se verá la distinción entre uno y otro sistema y estaremos más cerca de poder calibrar cuál es más equitativo, en el sentido de que se mantenga el poder adquisitivo de las pensiones, pero sin desequilibrar excesivamente las cuentas públicas. Así con el anterior, sistema, se debía tomar el IPC previsto por el Gobierno, mientras con el sistema vigente, para determinar el IPC, se tiene en cuenta la media de las tasas de IPC de los 12 meses anteriores, que para 2022, es del 2,5%, como confirma el real decreto de actualización de las pensiones para 2022<sup>4</sup>. Lo cierto es que, el IPC de diciembre de 2021, ya alcanzó la tasa del 6,5% en el IPC, lo que supone una pérdida de poder adquisitivo bastante notable. Pese a ello, el nuevo sistema, en condiciones ordinarias, parece más equitativo, porque no se superó la revalorización al IPC interanual de un solo mes (el de noviembre). Si bien, convendría, a mi juicio, incluir en la normativa una actualización en el art. 58 LGSS como se hizo en el antiguo art. 48 LGSS 1994, en caso de que el valor medio de las tasas de variación interanual del IPC de 2022, superara el 2,5%, para que se adecuara a la realidad. Este último aspecto, se ha resuelto, mediante la disposición adicional cuadragésima sexta. Uno de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2021 (LPGE 2021)<sup>5</sup>, según la cual, «los pensionistas del sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas, con pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2021 que hayan sido revalorizadas en dicho ejercicio, recibirán, antes del 1 de abril del 2022 y en un único pago, una cantidad equivalente a la diferencia entre la pensión percibida en 2021 y la que hubiere correspondido de haber aplicado al importe de la pensión vi-

gente a 31 de diciembre de 2020 un incremento porcentual igual al valor medio de los incrementos porcentuales interanuales del Índice de Precios al Consumo de los meses de diciembre de 2020 a noviembre de 2021, siempre que el valor medio resultante sea superior al 0,9 por ciento». A este respecto, resulta criticable que esa disposición figure en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE), en lugar de establecerse, con carácter general, en la Ley General de la Seguridad Social, de manera que para que se cumpla realmente la actualización de las pensiones, será necesario que se incluya anualmente una disposición que disponga el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones o, como en este caso, un decreto de revalorización que desarrolle la mencionada disposición de la LPGE 2021.

Además, la disposición adicional trigésimo novena LGSS<sup>6</sup>, establece que «con el objetivo de preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y garantizar la suficiencia económica de los pensionistas, el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas realizarán, en el marco del diálogo social, una evaluación periódica, cada cinco años, de los efectos de la revalorización anual de la que se dará traslado a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo. En caso de que se observe alguna desviación, dicha evaluación incorporará una propuesta de actuación para preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones». Esta previsión plantea el problema de que «al final de esos 5 años será difícil que coincida exactamente la revalorización aplicada con la necesaria para mantener el poder adquisitivo –y se pregunta la doctrina<sup>7</sup>– ¿Qué se hará entonces? Siguiendo con la asimetría, si ha habido una ganancia de poder adquisitivo no se modificará nada, pero si ha habido una pérdida de poder adquisitivo no sabemos si tiene mucho sentido “recompensar” por esa

pérdida a los pensionistas, entre otras cosas porque a lo largo de esos 5 años se habrá producido un importante número de bajas (470.000 anuales de media en los últimos 4 años) y también de altas (560.000 anuales de media en los últimos 4 años)».

Por último, el apartado 4, recuerda que el importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no podrá ser, una vez revalorizadas, superior al límite o tope de pensiones máximas establecida cada año en la LPGE, «sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular».

Desde luego, este criterio sobre la forma de revalorizar las pensiones públicas, tiene la ventaja de no necesitar complicados cálculos para determinar la cuantía de la revalorización al aplicarse sencillamente el promedio del IPC de los últimos 12 meses anteriores a diciembre de cada año. No obstante, no es sencillo calcular el coste real de la revalorización, porque deben considerarse las siguientes cuestiones<sup>8</sup>:

«1) El coste exacto producido en el año de la revalorización solo se puede hacer “a posteriori”; cuando se sepa para cada una de las pensiones los meses que ha permanecido sin darse de baja.

2) El problema más complejo de resolver es el coste que se genera en los años sucesivos, ya que la revalorización producida en el año “x” sigue manteniendo su efecto mientras en el sistema siga existiendo alguna de las pensiones que recibieron esa revalorización. Para hacer estos cálculos, tenemos que utilizar probabilidades de supervivencia y siempre será un cálculo aproximado. La mejor forma de sumar todo este efecto, y para que sea comparable, es calcular el valor actual actuarial.

3) Además, existe un efecto acumulativo, ya que las futuras revalorizaciones se aplicarán sobre el valor ya incrementado de las pensiones. Esto lo vamos a ver cuando calculemos el coste de la revalorización para 2022, respecto de 2021».

El beneficio más palpable del cambio de criterio de revalorización, es que permite mantener el poder adquisitivo de la pensión, como adelanta el titular del art. 58 LGSS, en su nueva redacción del art. 1.1. LGPAP. Sin embargo, abandona, claramente, cualquier medida que permita la viabilidad del sistema de Seguridad Social, porque siendo de por sí complicado el mantenimiento del sistema, se ha elegido una medida para compensar el gasto, que consiste en la aplicación de un nuevo porcentaje de cotización sobre la base de cotización por contingencias comunes. De manera que se grava aún más el peso de las cotizaciones sociales sobre los trabajadores en activo, para compensar de alguna manera el gasto que va a suponer este criterio. Ciertamente, no es fácil aconsejar sobre cuál hubiera sido la medida más adecuada, porque, las otras dos posibilidades de financiación para el importante incremento del gasto ocasionado por las sucesivas revalorizaciones con este criterio, serían un recorte de la tasa de sustitución de la pensión futura o, una mayor deuda que puede suponer un menor crecimiento del PIB, que antes o después habrá que satisfacer.

En los tres supuestos, aunque de diferente forma, se carga todo el coste sobre las generaciones futuras<sup>9</sup>.

### III. PENSIONES MÍNIMAS

Por otro lado, sorprende que la disposición adicional cuadragésima quinta de la LPGE 2022, suspenda la actualización del art. 58

LGSS, aplicando en su lugar lo previsto en el Título IV de la LPGE 2022, sobre las pensiones públicas, cuyo art. 36 viene a reproducir lo expresado en el mencionado art. 58 LGSS, si bien lo concreta para el año 2022. La consecuencia, es que, al establecer este criterio por la LPGE y suspender el art. 58 LGSS, quizá pudiera pensarse que se ha querido apuntalar el nuevo criterio plasmado en la nueva redacción del art. 58 LGSS modificado por el art. 1.1 LGPAP. Pero no parece que sea esa la razón de la suspensión del mencionado artículo. En realidad, lo que ha sucedido, es que para el ejercicio 2022, se ha querido incrementar la revalorización de las pensiones mínimas, por una cuantía superior al *valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre del año anterior*, establecido en el art. 58 LGSS, que no será el 2,5%, sino que al final ha supuesto un incremento del 3%, según anexo I del *Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022*. Sin embargo, ese 3% no aparece de forma expresa, ni en la LPGE 2022, ni en el RDR 2022, tan solo aparece, de forma implícita en este último decreto en el anexo II. Eso supone que se mejoran las pensiones de facto en una disposición de inferior rango que las cuantías mínimas que figuran en la tabla del art. 44.5 LPGE 2022.

Resulta plausible ese incremento del 3% de las pensiones mínimas. El problema, es la técnica empleada para ello. Porque, no tiene sentido suspender todo un artículo tan relevante como el art. 58 LGSS, que incluye otras cuestiones, además de incluir la actualización, también, para las pensiones mínimas. Si acaso, se podría haber suspendido el apartado 2 de ese artículo, que es el que concreta la forma de llevar a cabo la actualización. Pero es que esa técnica de suspen-

siones de una norma de referencia como es la Ley General de la Seguridad Social, no resulta adecuada. Creo que, en lugar de ello, se debería haber incluido, una disposición con rango legal que estableciera un incremento al 3% para las pensiones mínimas para el año 2022. Con ello no hubiera sido necesario suspender nada.

#### IV. ACTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN MÍNIMA MEDIANTE UNA PAGA

Finalmente, al igual que el resto de pensionistas del sistema de Seguridad Social y de Clases Pasivas, se establece por la LPGE 2021<sup>10</sup>, que los pensionistas que hubieran sido perceptores durante 2021, de pensiones mínimas, «recibirán, antes del 1 de abril del 2022 y en un único pago, una cantidad equivalente a la diferencia entre la pensión o prestación que percibieran en 2021 y la que hubiere correspondido de haber aplicado a las cuantías de 2020 un incremento porcentual igual al valor medio de los incrementos porcentuales interanuales del IPC de los meses de diciembre de 2020 a noviembre de 2021, siempre que el valor medio resultante sea superior al 0,9 por ciento»<sup>11</sup>. Dado que, valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del Índice de Precios al Consumo de los doce meses previos a diciembre de 2021, fue de un 2,5%, según el RDR 2022, se ha reconocido una cuantía a tanto alzado, por la diferencia con el 0,9% reconocido en ese período, estableciéndose en un solo pago del 1,6%.

Y es esta previsión la que se echa de menos en el art. 58 LGSS, pues tendrá que ser otra norma de igual rango legal, la que de año en año deba establecer ese pago único antes de abril de cada año, que suele hacerse efectiva de facto, entre enero y febrero.

[1] Paralelamente, se ha modificado con iguales criterios la revalorización de pensiones, que se contiene en el art. 27, del *Real decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Clases Pasivas del Estado*.

[2] Y ello, sin perjuicio de las diferentes suspensiones de su aplicación, por el art. 4.1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, así como el haberse dejado sin efecto tal aplicación para el ejercicio 2012, la actualización prevista en el apartado 1.2. y suspendiéndose la aplicación del apartado 1.1, ambos del art. 48 LGSS 1994, para el ejercicio 2013, por el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre.

[3] Grupo de Investigación en Pensiones y Protección Social (GIPPS). Instituto santalucía. *El Pensiómetro. El Barómetro de las pensiones*, V Edición-septiembre 2021, p. 10.

[4] *Real Decreto 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022* (en adelante RDR 2022)

[5] Disposición, desarrollada por la disposición adicional primera del RDR 2022.

[6] Disposición adicional trigésima novena de la LGSS añadida por el art. 1.17 LGPAP.

[7] GIPPS: *El Pensiómetro. El Barómetro de las pensiones*, cit., p. 10.

[8] GIPPS: *El Pensiómetro. El Barómetro de las pensiones*, cit., p. 10.

[9] En este sentido, GIPPS: *El Pensiómetro. El Barómetro de las pensiones*, cit., p. 13.

[10] Concretamente, me refiero al apartado Dos de la disposición adicional cuadragésima sexta de la *Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021*, modificado por la disposición final 1, del *Real Decreto-ley 30/2021, de 23 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes de prevención y contención para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19*, desarrollado por la disposición adicional primera del RDR 2022.

[11] Pero no solo recibirán la paga quienes perciban la pensión mínima, sino también, en el caso de pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) no concurrentes, así como concurrentes con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, los perceptores

de prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo con dieciocho o más años de edad y un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 y del subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte.



## V. SUBCONTRATAS

### SUBCONTRATACIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS

#### Outsourcing of works and services

**Autor:** Rodrigo Martín Jiménez

**Cargo:** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

**Resumen:** La innovación legal consiste en la aplicación del convenio sectorial de la actividad excepto si alguna de las empresas –principal o contratista– dispone de convenio propio o si es de aplicación un convenio sectorial, lo que reduce mucho su aplicación práctica.

**Palabras clave:** Subcontratación, convenios colectivos, derechos de los trabajadores.

**Abstract:** The legal innovation consists in the application of the sectoral agreement for the activity unless one of the companies –main or contractor– has its own agreement or if a sectoral agreement applies, which greatly reduces its practical application.

**Keywords:** Outsourcing, collective agreements, employment rights.

## SUMARIO

- I. RAZONES DE LA INNOVACIÓN LEGAL: SUBCONTRATACIÓN Y DETERIORO DE LAS CONDICIONES LABORALES
- II. ANÁLISIS ESTRICTO DE LA INNOVACIÓN LEGAL
  1. Regla general aparente
  2. Primera excepción
  3. Segunda excepción
  4. Tercera excepción (absoluta)
  5. Síntesis



## I. RAZONES DE LA INNOVACIÓN LEGAL: SUBCONTRATACIÓN Y DETERIORO DE LAS CONDICIONES LABORALES

La Exposición de Motivos del RD-Ley indica la razón de esta nueva regulación: evitar el deterioro de las condiciones laborales (esencialmente, del salario) de los trabajadores de las empresas subcontratistas<sup>1</sup>. Desde luego, este propósito es loable. Sin embargo, la externalización de actividades empresariales, como cualquier otra decisión empresarial, no es caprichosa, sino que viene motivada por la especialización, la eficiencia y calidad y, por supuesto, el coste: prestaciones de servicios más especializadas, eficientes, de calidad y baratas. Sinceramente, cuesta pensar que la descentralización productiva se utilice hoy en día *como mecanismo de reducción de los estándares laborales* de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas<sup>2</sup>. Es cierto que el Tribunal Supremo ha identificado como un importante peligro “la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios o insolventes”<sup>3</sup>. Y este peligro se ha vinculado y relacionado, justificadamente, con la cesión ilegal de mano de obra, pero no con la descentralización productiva lícita. En este sentido, es preocupante –o, al menos, inquietante– que el legislador, aunque sea de urgencia, piense que las empresas acuden a la externalización con el fin de reducir las condiciones de trabajo de los trabajadores de terceras empresas. Esta concepción, sin duda patológica, de la subcontratación dista mucho del reconocimiento legal y jurisprudencial<sup>4</sup> de la descentralización productiva como fenómeno acorde con el ordenamiento jurídico y necesario en un marco empresarial complejo.

## II. ANÁLISIS ESTRICTO DE LA INNOVACIÓN LEGAL

Dejando a un lado las modificaciones lingüísticas inclusivas, de desdoblamiento de género<sup>5</sup> y la sustitución (por fin) del viejo término “empresario” por “empresa”, el Real Decreto Ley 32/2021 introduce un nuevo apartado 6, y cambia la numeración de los siguientes apartados (el 6 antiguo pasa a ser el 7 y el 7 antiguo pasa a ser 8).

Este nuevo apartado 6 establece lo 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 este, en los términos que resulten del artículo 84”.

### 1. Regla general aparente

El apartado 6 establece una regla general conforme a la cual “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”.

La redacción del precepto legal dista de ser afortunada.

En primer lugar, la actividad objeto de la contrata se erige en el factor determinante de la aplicación de un convenio colectivo único a “las empresas contratistas y subcontratistas”. Si el convenio de aplicación a las empresas implicadas en el negocio jurídico mercantil a través del cual se instrumentaliza la subcontratación es el de la actividad, debe-

rían inaplicarse, si su ámbito de aplicación fuera distinto, y durante el tiempo de ejecución de la contrata, los convenios colectivos que vinieran rigiendo hasta ese momento. Esta consecuencia es difícilmente asumible habida cuenta que el ámbito de aplicación de los convenios colectivos es el que las partes acuerden (art. 83.1 ET) y que, con carácter general, es uno solo el convenio aplicable a los trabajadores de una misma empresa.

En segundo lugar, una interpretación literal del precepto conduciría a la ilógica conclusión de que, en supuestos de subcontratación, el convenio aplicable a “las empresas contratistas y subcontratistas” fuera el de la actividad, lo cual afectaría también a (la totalidad de) los trabajadores de dichas empresas y no limitadamente a los trabajadores que prestan servicios en el marco de aquélla.

En tercer lugar, no tiene sentido que los trabajadores de la empresa principal (o contratista) se vean afectados en sus condiciones de trabajo por una subcontratación de una parte de la actividad empresarial ajena a sus cometidos y funciones laborales, lo que señaladamente ocurrirá en supuestos de descentralización de actividades auxiliares, cuestión esta que no ha sido considerada en la norma comentada, y también en los casos de subcontratación de la propia actividad cuando las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa subcontratista sean “superiores” a las de los de la empresa principal o contratista (servicios informáticos, ingeniería, etc.). ¿Tendría la empresa principal que modificar al alza las condiciones laborales de sus trabajadores si estas fueran superiores a las de los trabajadores de la empresa subcontratista?

En cuarto lugar, si la empresa principal (o contratista) decide subcontratar varias actividades, ¿Cuál sería el convenio aplicable a sus trabajadores? ¿y a los trabajadores de las diversas empresas subcontratadas?

Por último, ¿estamos ante un cambio de las reglas en materia de negociación colectiva, de manera que cede el ámbito de aplicación pactado por las partes ante el criterio de la actividad en supuestos de descentralización?; la estabilidad inherente a toda norma convencional (reforzada ahora con la ultraactividad), ¿debe ceder ante la externalización de las actividades y durante el tiempo que dure la misma, aunque sea un lapso temporal corto? Como se ha razonado y puntualizado por algún autor, los Tribunales han tenido “que salir al paso del abuso de derecho que comporta la inclusión forzada (artificial) de ciertos colectivos en el campo de aplicación de un convenio” y “supliendo la pereza normativa”, han fijado reglas tales como la unidad (“a todos los trabajadores de la empresa se les aplica el mismo convenio”), la principalidad [“hay que estar a la actividad principal de la empresa (no al cometido de cada empleado)”], la coexistencia (“si una empresa posee varias actividades independientes en su funcionamiento, pueden operar varios convenios”), la estabilidad (“determinado el convenio aplicable, no puede verse afectado por otros, durante su vigencia”) o la indisponibilidad (“el ámbito aplicativo de los convenios no puede alterarse por pactos individuales”).<sup>6</sup> ¿Estas reglas dejan de aplicarse en pro de la nueva norma?

La intención de proteger a los trabajadores de la empresa subcontratista no permite ignorar el tenor literal de un precepto que plantea cuestiones como las siguientes:

- El convenio aplicable a la empresa contratista y a la subcontratista no tiene por qué ser el mismo y de la literalidad del precepto parece desprenderse lo contrario.
- La aplicación del convenio de la actividad objeto de la contrata a la empresa contratista (o principal) no será posible si esta pertenece a un sector distinto de la actividad subcontratada, lo que ocurrirá desde

luego si el objeto de la contrata no es de su propia actividad.

- La aplicación del convenio de la actividad objeto de la contrata a la empresa subcontratista es discutible si pertenece a un sector distinto de la actividad subcontratada y tiene trabajadores que no prestan servicios en el marco de la contrata, que será lo habitual.
- La actividad desarrollada en la contrata o subcontrata puede ser única o no, dependiendo de su objeto, por lo que quizá podría haberse indicado una referencia a las funciones realizadas por el trabajador.
- La subcontratación "en vertical", de parcelas concretas de la actividad, puede conducir a situaciones de mayor devaluación de condiciones laborales (cuando el convenio del sector establezca condiciones inferiores) o bien, por el contrario, de costes salariales inasumibles para las empresas subcontratistas (cuando el convenio del sector imponga condiciones elevadas).
- La temporalidad inherente a la subcontratación puede plantear problemas de consolidación y mantenimiento de derechos que podrían entenderse adquiridos por el paso del tiempo y por la anuencia y voluntad de la empresa subcontratista, cuando los trabajadores que prestan servicios en el marco de la contrata vuelvan a trabajar a su empresa o se vinculen a otra contrata.
- Es posible que el "sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata" carezca de convenio colectivo.
- A la actividad desarrollada podría serle de aplicación más de un convenio.

Los problemas apuntados quizá tengan su origen en la amplitud de un precepto que no distingue, de un lado, entre subcontratación de la "propia actividad" y de actividades auxiliares y, de otro, entre subcontratación efectuada en las instalaciones de la empresa principal y en las mismas instalaciones de la empresa subcontratista. Esta distinción es importante en la medida en que los proble-

mas de las condiciones de trabajo diferenciadas de los trabajadores de las empresas contratista y subcontratista se producen con más frecuencia cuando la subcontratación lo es de la propia actividad y la prestación de servicios se desarrolla en las instalaciones de quien encarga los trabajos.

Una redacción del precepto superadora de los inconvenientes apuntados y respetuosa con la finalidad indicada podría ser la siguiente: "El convenio colectivo de aplicación a los trabajadores de las empresas subcontratistas que presten servicios en el marco de una subcontratación de la propia actividad y en las instalaciones de la empresa principal o contratista será el del sector de la actividad o, en su defecto, de la función desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica".

Por otra parte, la norma advierte que el convenio aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas será el de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata "con independencia de su objeto social o forma jurídica".

La referencia al objeto social es coherente con la finalidad del precepto, siendo así que una cuestión formal como es la identificación de la actividad empresarial no puede prevalecer frente a la realidad de la actividad desarrollada, especialmente cuando no hay coincidencia entre lo documentado en una escritura de constitución societaria o en unos estatutos y lo materializado en una prestación de servicios.

La forma jurídica, sin embargo, tiene mayor alcance, pues afecta a toda empresa que lo es no desde el prisma mercantil, sino desde la óptica laboral. Por consiguiente, la norma es de aplicación, desde luego a las sociedades mercantiles, pero también, y singularmente, a las comunidades de bienes sin personalidad jurídica y a las sociedades cooperati-

vas (pese a la singularidad de la prestación de servicios de los socios-trabajadores). La única excepción, de la que nos ocuparemos más adelante, son los centros especiales de empleo.

## 2. Primera excepción

Si la empresa principal, la contratista o la subcontratista disponen de convenio propio, este prevalece con el límite del artículo 84 ET. Este sintético enunciado se corresponde con el último inciso del precepto: "No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84".

Esta excepción supone un fortalecimiento del convenio de empresa como institución jurídica, si bien la referencia al art. 84 del ET, que en su versión actual mantiene la prioridad aplicativa de estos convenios en ciertas materias (menos el salario, que ahora se elimina), evidencia el interés del legislador en proteger a los trabajadores de las empresas subcontratistas mediante la prohibición (reforzada) de la aplicación de condiciones salariales inferiores a las establecidas en el convenio sectorial. Este interés en impedir, ahora sí, la degradación de las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas subcontratistas pasa por aceptar la prioridad aplicativa de los convenios de empresa (que, como decimos, se refuerza) en condiciones de trabajo distintas de las salariales, eludiendo la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada. Si lo que se pretendía era exclusivamente evitar la minoración de las condiciones salariales (y no otras condiciones de trabajo) hubiera bastado con la reforma del art. 84 del ET, sin necesidad de introducir el nuevo apartado 6 en el art. 42 del ET. Resulta cuando menos contradictorio que se establezca una regla aparen-

temente general de protección (convenio sectorial) aplicada a la totalidad de las condiciones de trabajo y una excepción (convenio de empresa) que puede convertirse en regla que únicamente salvaguarda las condiciones salariales.

Por otra parte, la excepción se aplicará únicamente a la empresa (contratista o subcontratista) que disponga de convenio propio, sin que sea preciso que ambas cuenten con él. De este modo, la empresa que no disponga de convenio propio deberá regirse por el convenio del sector de la actividad objeto de la contrata, lo que puede resultar paradójico tanto si la empresa contratista tiene convenio propio y las condiciones de trabajo son inferiores a las del sector que es de aplicación a la subcontratista, como si es esta quien cuenta con convenio propio (y queda libre de la aplicación del convenio sectorial) y no la contratista (quien resulta afectada por el convenio sectorial). ¿No hubiera sido quizá, más coherente, que la excepción se limitara a los casos en que ambas empresas dispusieran de convenio propio?

En fin, si la expresión "convenio propio" se refiere a los convenios negociados en el marco de lo previsto en los arts. 82 y ss. del ET o si también alberga a los "extraestatuarios" será cuestión que deban decidir los Tribunales.

## 3. Segunda excepción

Si no hubiera convenio de empresa, hay que estar al Título III del ET: "salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III". Esta segunda excepción no plantea especiales dificultades, en el sentido de que no altera la regulación vigente, que es conocida. X

#### 4. Tercera excepción (absoluta)

La Disposición adicional vigesimoséptima, rubricada "Régimen jurídico aplicable en los casos de contrata y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo", establece "En los casos de contrata y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".

Se trata de una excepción de carácter absoluto cuyas razones no se encuentran en la Exposición de Motivos. La particularidad de los centros especiales de empleo radica fundamentalmente "en el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo", con un mínimo del 70% sin computar "el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social". Ciertamente, la cada vez mayor compatibilidad entre la discapacidad y los procesos productivos –muchos de los cuales pueden adaptarse a las condiciones y capacidades de los trabajadores– hace que la singularidad de estos centros se limite el elevado porcentaje de trabajadores discapacitados, sin que la naturaleza de la prestación o el hecho objetivo de la discapacidad (y de la relación laboral especial que la alberga) sea un obstáculo insalvable a la aplicación de la legislación laboral común en términos de estricta igualdad.

Desde luego, "la relación laboral de los trabajadores discapacitados en los centros especiales de empleo tiene una naturaleza específica, al estar calificada como relación laboral de carácter especial y está regulada por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio. Dicha relación laboral especial tiene por

objeto el trabajo productivo y remunerado del trabajador discapacitado (que tengan reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33% y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje), adecuado a las características individuales del trabajador, en orden a favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo (...). Se trata de una relación que exige que el empleador sea un Centro Especial de Empleo (...). Dichos centros no pueden confundirse con los centros de educación especial ni con los centros ocupacionales (...), y exigen una calificación administrativa previa y la inscripción en el registro correspondiente"<sup>7</sup>. Sin embargo, la normativa laboral ordinaria es perfectamente aplicable cuando no se establecen excepciones que, por su justificación, pudieran tener cabida en el elenco de medidas de acción o de discriminación positiva que tanto los poderes públicos cuanto los negociadores de los convenios pueden establecer con carácter normativo.

Desde el prisma indicado, la exclusión de los centros especiales de empleo debe interpretarse como una medida de discriminación positiva a favor de estos centros. Sin embargo, no puede olvidarse que el Tribunal Supremo no ha excepcionado la aplicación del convenio colectivo a estos centros en supuestos de subrogación, singularmente con origen en un encadenamiento de contrata en el sector de limpieza–, admitiendo la subrogación de los trabajadores tanto cuando la empresa entrante era un centro especial de empleo<sup>8</sup> como cuando este era la saliente<sup>9</sup>. Dicho de otro modo: Si una empresa reconocida como centro especial de empleo concurre a una contrata de limpieza, siendo esta una actividad diferente a la que figura en el ámbito funcional de su propio convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector, siéndole de aplicación la



cláusula de subrogación de contrata prevista en el convenio de limpieza, aunque ello implique la adscripción de trabajadores no discapacitados de la empresa saliente que no tenía la condición de centro especial de empleo<sup>10</sup>. *Mutatis mutandis*, la empresa entrante, que no tiene la condición de centro especial de empleo, debe asumir a los trabajadores minusválidos de la anterior adjudicataria, que sí ostentaba esa condición, aunque la subrogación solo afecte a una parte de la jornada que el trabajador realizaba en las dependencias de la contrata<sup>11</sup>.

La exclusión de la obligatoriedad de la aplicación del convenio de la actividad objeto de la contrata (v.g., limpieza) a los centros especiales de empleo conlleva también la inaplicación del mecanismo subrogatorio (que también puede entenderse que es una condición de trabajo), por lo que una medida en apariencia protectora puede tornarse en discriminatoria al no permitir la continuidad de la actividad laboral (arts. 44 ET y convenio aplicable) de los trabajadores discapacitados en empresas ordinarias, introduciendo así un factor de rigidez que quizá no favorece la integración dinámica de este tipo de centros en la actividad económica general.

## 5. Síntesis

En el ánimo de clarificar ideas, la regla general indicada en el apartado a) –aplicación del convenio sectorial de la actividad– se convierte en excepción si:

- La empresa contratista o la subcontratista tienen convenio de empresa, en el sentido y con el alcance indicado en el apartado b).
- Hay convenio sectorial aplicable, en el sentido y con el alcance indicado en el apartado c).
- La contratista o la subcontratista es un centro especial de empleo.

[1] A “distorsiones relativas a un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización” se refiere el último párrafo del apartado II de la Exposición de Motivos del RD-Ley.

[2] Primer párrafo del apartado III de la Exposición de Motivos del RD-Ley.

[3] STS de 30 de noviembre de 2005 (rec. 3630/2004).

[4] Cfr. R. Martín Jiménez, “Presente y futuro de la cesión ilegal de trabajadores”, *Memento Experto, Jurisprudencia y grandes cuestiones laborales*, Lefebvre, Madrid, 2010, p. 92.

[5] *Vid. Informe de la Real Academia Española sobre el lenguaje inclusivo y cuestiones conexas*, Real Academia Española, 2020, pp. 55 y (Anexo I) 71 y ss. El texto puede consultarse en [Informe\\_lenguaje\\_inclusivo.pdf \(rae.es\)](#).

[6] A.V. Sempere Navarro, “Tribuna”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm.. 821/2011.

[7] Voto particular a la STS de 10 de octubre de 2012 (RCUD núm. 4016/2011).

[8] STS de 21 de octubre de 2020 (RCUD núm. 806/2010).

[9] STS de 9 de octubre de 2012 (RCUD núm. 3667/2011).

[10] Además de la citada STS de 21 de octubre de 2010, pueden verse las SSTS de 11 de octubre de 2011 (RCUD 4597/2010), 7 de febrero de 2012 (RCUD 1096/2011), 4 de octubre de 2012 (RCUD 3163/2011), 10 de octubre de 2012 (RCUD 4384/2011) y 9 de abril de 2013 (RCUD 304/2012).

[11] Además de la citada STS de 9 de octubre de 2012, SSTS (2) de 10 de octubre de 2021 (RR-CUD 3471/2011 y 4016/2011), 12 de diciembre de 2012 (RCUD 750/2012), 18 de diciembre de 2012 (RCUD 414/2012), 20 de febrero de 2013 (RCUD 3081/2012), 17 de abril de 2013 (RCUD 710/2012) y 22 de abril de 2013 (RCUD 748/2012).

► **Sección jurisprudencial**

## ¿ES DISCRIMINATORIO DENEGAR EL ACCESO A LA INCAPACIDAD PERMANENTE A UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD JUBILADA ANTICIPADAMENTE?

### Is it discriminatory to deny access to permanent disability to an early retired person with disability? Regarding stc 172/2021, of october 7

**Autora:** Ana M<sup>a</sup> Romero Burillo

**Cargo:** Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de Lleida

**Resumen:** En este trabajo se analiza la [STC 172/2021, de 7 de octubre](#), en la que se aborda una cuestión referida a la interpretación del derecho de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad sobre la cual, hasta ese momento, el Alto Tribunal no había tenido la oportunidad de sentar doctrina. El debate gira en torno a si debe considerarse o no discriminatoria la denegación del acceso a la incapacidad permanente a una persona con discapacidad, que accede a la jubilación de forma anticipada en base al derecho que tienen reconocido en el art. 206.2 TRLGSS (actualmente art. 2016 bis) y que le supone adelantar el momento de la jubilación en una edad más temprana de la ordinaria, planteándose, por tanto, si es posible la equiparación de este supuesto con respecto a supuestos de jubilación anticipada por extinción del contrato por causa no imputable a la persona trabajadora o si, por el contrario, dicha equiparación no es posible, por encontrarnos ante supuestos diferentes a los que debe aplicarse la normativa prevista para cada situación.

**Palabras clave:** Discapacidad, igualdad, no discriminación, jubilación anticipada, invalidez permanente.

**Abstract:** This paper analyses the STC 172/2021, of October 7, which addresses an issue related to the right to equality and non-discrimination of people with disabilities on which the High Court had not had the opportunity, until that moment, to establish doctrine. The debate revolves around whether or not the denial of access to permanent disability should be considered discriminatory to a person with a disability, who accesses early retirement based on the right recognized in art. 206.2 TRLGSS (currently art. 2016 bis) and that involves advancing the moment of retirement at an earlier age than ordinary, considering, therefore, if it is possible to equate this assumption with respect to assumptions of early retirement due to extinction of the contract for reasons not attributable to the worker or, if on the contrary, such comparison is not possible, because we are faced with different assumptions to which the regulations provided for each situation must apply.

**Keywords:** Disability, equality, non-discrimination, early retirement, permanent disability.



## SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN DEL TEMA
- II. HISTORIA DEL CASO
- III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 172/2021, DE 7 DE OCTUBRE
  - 1. Las pretensiones de las partes
  - 2. El posicionamiento del Ministerio Fiscal
  - 3. La doctrina del Tribunal Constitucional
  - 4. Votos particulares a la sentencia
- IV. APUNTE FINAL
- V. BIBLIOGRAFÍA

### I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía en cualquier ámbito de la vida.

En atención a estas circunstancias, son diversos los instrumentos normativos adoptados desde instancias tanto internacionales, como estatales, en los que se ha manifestado la necesidad de promover la elaboración de estrategias dirigidas a mejorar el bienestar de las personas con discapacidad y a garantizar la igualdad de trato y de oportunidades de las mismas<sup>1</sup>.

En España, el art. 14 CE reconoce la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. A su vez, el artículo 9.2 CE establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social, así como el art. 10 CE, de los derechos y deberes fundamentales, que establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. En congruencia con estos preceptos, el art. 49 del mismo texto constitucional, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos.

Pues bien, en este contexto normativo se han ido desarrollando, por diversos cauces, las políticas sociolaborales dirigidas a las personas con discapacidad, a fin de dar respuesta a la desventaja social generada por la discapacidad a la hora del acceso y permanencia en el mercado de trabajo y, consecuentemente, la merma económica que ello provoca en la persona afectada.

Cabe indicarse, no obstante, que pese a las diversas medidas de acción positiva que se han ido adoptando por los poderes públicos, la participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo no es lo amplia que sería deseable<sup>2</sup>. A ello debe sumarse el dato cualitativo de dicha participación, ya que en no pocas ocasiones la misma es muy intermitente, debido, unas veces, al tipo de contratación realizada y, otras veces, al agravamiento de las dolencias que pueden afectar a las personas con discapacidad, todo lo cual impide, en muchas ocasiones, que las mismas puedan alcanzar una carrera de cotización que les permita el acceso a la protección que dispensa el sistema de la Seguridad Social en su nivel contributivo, abocando inevitablemente a que las personas con discapacidad sean principalmente beneficiarias de pensiones no contributivas o medidas asistenciales de ámbito autonómico.

En este marco debe situarse la regulación de la jubilación anticipada de la persona con discapacidad, la cual se introduce progresivamente en la LGSS, primero, a través de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible<sup>3</sup> y, de su correspondiente desarrollo reglamentario previsto en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía<sup>4</sup>. Y, posteriormente, con la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre,

de medidas en materia de Seguridad Social<sup>5</sup> y el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la edad de jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento<sup>6</sup>, que introduce una nueva posibilidad de anticipar la edad de jubilación a las personas con discapacidad, desdoblado en este caso las opciones en función del grado de discapacidad acreditado.

Con esta intervención normativa se introduce claramente una acción positiva en favor de las personas con discapacidad que persigue un doble objetivo: por un lado, facilitar el acceso a la jubilación en una edad más temprana que la ordinaria para un colectivo de personas que de facto se encuentra en una situación de desigualdad, en tanto que la discapacidad en sí misma, implica una situación de mayor esfuerzo y penosidad en el desempeño de cualquier actividad laboral, lo cual comporta un mayor y más acelerado desgaste físico. Y, por otro lado, permitir que dicho disfrute sea posible para aquellas discapacidades más gravosas en las que concurren evidencias de reducción de la esperanza de vida y, en consecuencia, la menor expectativa de poder acceder a la pensión de jubilación.

Esta regulación se ha mantenido inalterada, con algunos cambios sistemáticos dentro de la norma, hasta la actualidad. Si bien, cabe indicar que tras la aprobación de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (en adelante Ley 21/2021)<sup>7</sup>, ha pasado a regularse de forma separada en el nuevo art. 206 bis TRLGSS.

Pues bien, desde la entrada en vigor de esta normativa han sido diversas las ocasiones

en las que los Tribunales se han pronunciado sobre diferentes aspectos referidos a la misma, a fin de resolver algunas dudas interpretativas suscitadas al respecto<sup>8</sup>. Sin embargo, no es hasta fechas muy recientes que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de abordar el análisis de esta normativa desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas con discapacidad, lo cual se ha producido con la adopción de la [STC núm. 172/2021, de 7 de octubre](#). Atendiendo, justamente, a la novedad que supone esta sentencia del Tribunal Constitucional, en la que, como bien indica el propio Tribunal, aborda un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina, nos parece interesante realizar un análisis de dicho pronunciamiento y valorar, en su caso, los efectos aplicativos que dicha doctrina tiene sobre la regulación de la jubilación de las personas con discapacidad.

A este respecto, el debate que se plantea gira en torno a considerar si es posible que desde la situación de jubilación en la que se encuentra una persona con discapacidad, a la que ha accedido en base al derecho que tienen reconocido en el art. 206.2 TRLGSS, (actualmente art. 2016 bis) y que le supone adelantar el momento de la jubilación en una edad más temprana de la ordinaria, se reconozca cualquier grado de incapacidad permanente, de acuerdo con lo establecido en el art. 195 TRLGSS, equiparando este caso a los que se plantean con respecto a supuestos de jubilación anticipada por extinción del contrato por causa no imputable a la persona trabajadora o, si por el contrario, dicha equiparación no es posible, por encontrarnos ante supuestos diferentes a los que debe aplicarse la normativa prevista para cada situación.

## II. HISTORIA DEL CASO

La cuestión que se plantea en la [STC de 7 de octubre de 2021](#) tiene su origen, en sede judicial, con la presentación, ante el Juzgado de lo Social Núm. 2 de San Sebastián, de una demanda por parte de una beneficiaria de la pensión de jubilación, a la que accede de forma anticipada, de acuerdo con el derecho reconocido a ello para las personas con discapacidad, contra la resolución del INSS que deniega su solicitud de reconocimiento de una incapacidad permanente.

Los hechos que se relatan en la demanda y que dan pie, posteriormente, a la presentación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional son los siguientes:

1. La demandante había prestado sus servicios como vendedora de cupón de la ONCE desde el 1 de septiembre de 1987, hasta el momento de su jubilación, el 31 de agosto de 2013.
2. La demandante, estando ya jubilada, solicita el reconocimiento de una incapacidad ante el INSS, el cual en fecha de 5 de octubre de 2016 acuerda no reconocerla. Esta decisión es recurrida por vía administrativa, la cual es desestimada en fecha de 26 de diciembre de 2016.
3. La demandante, una vez agotada la vía administrativa, presenta la correspondiente demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de San Sebastián contra el INSS y la TGSS, el cual por sentencia de 12 de julio de 2017 estima la demanda y declara a la actora en situación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez por contingencia común, condenando al INSS al abono de la prestación económica correspondiente. El criterio sostenido en la instancia pasa esencialmente por equiparar el caso planteado por la parte actora a los supuestos que se plantean con

respecto de casos de jubilación anticipada por razón de extinción del contrato por causa no imputable a la persona trabajadora y la jurisprudencia a la sazón imperante.

4. La sentencia de instancia es recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS ante la Sala de lo social del [TSJ del País Vasco, la cual, en fecha de 16 de enero de 2018](#)<sup>9</sup>, estima el recurso por entender que ni la letra, ni el espíritu legislativo que rige en la redacción de los preceptos que regulan el supuesto debatido permite la asimilación del supuesto de la jubilación anticipada de las personas con discapacidad y las de las que lo hacen por razón de extinción del contrato de trabajo por causa no imputable a la persona trabajadora<sup>10</sup>. El Tribunal indica que, si bien en ambos casos se parte de que se genera el derecho a la prestación de jubilación con edad rebajada con respecto de la que es la ordinaria para acceder a la jubilación en el régimen público de la Seguridad Social, los supuestos son diferentes porque tienen distinta causa y los efectos que produce la jubilación también. A tal efecto, el Tribunal señala que en el caso de la jubilación anticipada por extinción del contrato por motivos no imputables a la persona trabajadora, dada esa pérdida de empleo y la importante carrera previa de cotización que se supone al llegar a concretas edades, se permite a esa persona acceder a una jubilación en edad anterior a la ordinaria y, en contrapartida, hay una merma relevante en el importe de la prestación a cobrar si la comparamos con la prestación que correspondería caso de llegar a la edad ordinaria de jubilación. Sin embargo, este efecto no se produce en casos como el que se plantea en la sentencia, donde no se prevé esa merma en la cuantía de la prestación en función de los años pendientes hasta llegar a la edad ordinaria<sup>11</sup>.

5. Contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco se formaliza recurso de casación para la unificación de doctrina ante

la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual desestima la pretensión de la parte actora por [sentencia de 24 de junio de 2020](#)<sup>12</sup>, fundamentándose el parecer mayoritario de la Sala en la consideración de que en el supuesto enjuiciado no es de aplicación el art. 195 TRLGSS al no tratarse de un supuesto de jubilación anticipada, sino de un supuesto diferente consistente en el adelanto de la edad de jubilación.

Se plantea, por tanto, un viejo debate que tiene como finalidad la de precisar que no siempre que se adelanta la edad de jubilación respecto al estándar se está ante un supuesto estricto de jubilación anticipada. Porque la anticipación implica un término de comparación entre la que sería la edad normal de jubilación para una persona y la edad en la que efectivamente se jubila que es anterior a la primera, de manera que quien se jubila anticipadamente lo hace antes de la edad en la que le correspondería hacerlo. No sucede lo mismo con el adelanto de la edad de jubilación, ya que en ella la edad ordinaria de jubilación para la persona es precisamente ésa, aunque sea anterior a la estándar, en otras palabras, con la anticipación de la edad de jubilación la persona beneficiaria se jubila a la edad que le corresponde, que es, sin embargo, previa a la edad de jubilación estándar y ordinaria para el resto de personas trabajadoras. En este último caso, lo relevante son ciertas condiciones relacionadas con el trabajo o con la condición subjetiva de la persona interesada, pero ni requiere una amplia carrera de seguro, ni tampoco debería producirse penalización alguna ya que, en realidad, el que adelanta la edad de jubilación, no está, en puridad, anticipándola<sup>13</sup>.

A este respecto el TS indica que "la expresión rebaja o reducción de la edad ordinaria no puede entenderse en otro sentido que el de sustituir el número de años de la general u ordinaria por otra, que en definitiva también viene a constituirse como edad or-

dinaria de jubilación establecida para los supuestos expresamente contemplados. Por ello, aunque la denominación de esa jubilación vaya acompañada en el texto legal del término "anticipada", esa edad no deja de ser una edad ordinaria para el colectivo al que se le aplica". "Distintos son los otros supuestos en los que la edad ordinaria de jubilación se puede retrotraer o adelantar por concretas circunstancias que afectan a la vigencia del contrato y no sustituye a la ordinaria –general o especial–<sup>14</sup>. Este razonamiento, según el parecer de la sala, se confirma en las normas reglamentarias que regulan esta situación (RD 1539/2003 y RD 1851/2009), concluyendo que "La previsión normativa (...) tiene como fundamento el mayor esfuerzo o penosidad que ocasiona para una trabajador minusválido la realización de una actividad profesional, circunstancia esta que puede posibilitar la reducción ordinaria de la edad de jubilación, evidenciando, en fin, que nos encontramos aquí ante un caso de jubilación de naturaleza ordinaria, aunque específica y modalizada en razón a las características y circunstancias de acceso desde un grado de minusvalía ya explicitadas"<sup>15</sup>. En conclusión, al tratarse de un supuesto de jubilación en la edad ordinaria y no ante una jubilación anticipada no es posible el reconocimiento de la incapacidad permanente en grado de gran invalidez que solicitaba la parte actora.

6. Esta sentencia cuenta con un voto particular que formula la Magistrada Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga, a la que se adhiere la Magistrada Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol, al considerar que el recurso debía ser estimado por diferentes motivos: en primer lugar, en base a la interpretación literal del precepto, ya que el art. 195 TRLGSS no prohíbe el acceso a dichas prestaciones desde la situación de jubilación, siempre que la edad sea inferior a la señalada; en segundo lugar, en consideración a los antecedentes legislativos de la norma, que en lo sustancial se ha mantenido vigente hasta la

actualidad; en tercer lugar, atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, de manera que "siendo una realidad indiscutida el gran número de trabajadores que se encuentran esta situación cuando la norma estableció las limitaciones par el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente lo hizo remitiendo a una edad concreta –67 o 65 años–, consciente de que existía un importante número de pensionistas de jubilación anticipada que no tenían dicha edad y, por lo tanto, podían solicitar, en su caso, prestaciones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común; en cuarto lugar, la aparición del texto refundido de la ley general de la seguridad social, que no introdujo ninguna referencia a los preceptos que regulan la jubilación anticipada, a pesar de que el legislador era consciente de las diversas modalidades de esta situación; en quinto lugar, en consideración a la interpretación jurisprudencial del precepto a partir de la sentencia del Pleno de 22 de marzo de 2006; en sexto lugar, porque se considera que con la no estimación de la pretensión de la parte actora se está incurriendo en una "discriminación por discapacidad proscrita por la Constitución y por los arts. 4.2 c) y 17.1 del ET", ya que se está denegando la "posibilidad de acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, por haber accedido a la jubilación anticipada por tener reconocida una situación de discapacidad", mientras que se reconoce al "jubilados anticipados por circunstancias distintas de la discapacidad, cuando la norma que regula el acceso a dichas prestaciones (art. 195.1 TRLGSS), no establece distinción alguna respecto a las distintas modalidades de jubilación anticipada, y sin que exista ninguna razón objetiva que justifique tal interpretación"; y, en séptimo lugar, por entender que aunque ciertamente los precedentes de la Sala contemplan supuestos en los que la jubilación anticipada se produce en situación de pérdida de empleo "no contienen alusión alguna a que procede solicitar la incapacidad

desde la situación de jubilación anticipada únicamente en el supuesto de que derive de pérdida de empleo y no en otros casos"<sup>16</sup>.

7. Tras la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina por el Tribunal Supremo, la parte actora presenta recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación reconocido en el art. 14 CE.

### III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 172/2021, DE 7 DE OCTUBRE

#### 1. Las pretensiones de las partes

La parte actora justifica la presentación del recurso de amparo en la consideración de que supone una vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación reconocido en el art. 14 CE la denegación de una prestación de incapacidad permanente cuando la persona solicitante es una persona con discapacidad jubilada que ha accedido a dicha situación de jubilación en base al derecho que tienen reconocido en el art. 206.2 TRLGSS (actualmente art. 2016 bis) y que le supone adelantar el momento de la jubilación en una edad más temprana de la ordinaria.

En cuanto a los argumentos que se alegan para fundamentar dicho recurso, cabe indicar que básicamente son los recogidos en el voto particular de la [STS de 24 de junio de 2020](#), los cuales se transcriben literalmente, y que ya han sido expuestos en el apartado anterior de este estudio. De este modo se considera que a la parte actora le ha sido denegada esta prestación frente a otros supuestos de jubilación anticipada, sin que

concurra razón objetiva alguna que justifique este tratamiento diferente, a pesar de que, en todos los casos, se había cumplido el requisito de la edad previsto en el art. 205.1 a) TRLGSS<sup>17</sup>.

Por lo que respecta a la representación del INSS, se solicita la desestimación del recurso mostrando su expresa conformidad con la interpretación de la norma realizada por las resoluciones impugnadas<sup>18</sup>.

#### 2. El posicionamiento del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal, tras admitir la razonabilidad del criterio expuesto en las resoluciones impugnadas, considera que esta interpretación de la norma, si bien no vulnera el derecho a la igualdad del primer inciso del art. 14 CE, sí supone una discriminación por razón de discapacidad proscrita en el segundo inciso del mismo precepto. A juicio del Ministerio Fiscal "con la interpretación (...) que se hace en las sentencias impugnadas, esa diferencia de trato favorable a los trabajadores discapacitados (plenamente justificada con los argumentos de mayor penosidad laboral y de menor esperanza de vida) que se establece en la ley, se vuelve en contra de los mismos precisamente en los supuestos (...) en los que mayor necesidad de ayuda padecen". De esta forma, no es que "la argumentación de las sentencias impugnadas se considere arbitraria o ilógica, sino que (...) no tiene en cuenta el contenido esencial del derecho a la no discriminación, entendido como que una norma o interpretación de la misma no puede dar lugar a que el factor de diferenciación suponga un trato peyorativo para un grupo de personas amparadas por la prohibición del art. 14 CE"<sup>19</sup>.

Para la Fiscalía "El hecho de que los discapacitados tengan derecho a la pensión por jubilación, completa, a una edad inferior a la de los demás trabajadores (...) no resul-



ta suficiente para justificar la interpretación cuestionada. (...) Sería necesario que el precepto legal que regula la concesión de la prestación por discapacidad permanente no permitiera una interpretación diferente a la perjudicial para los discapacitados". En este punto se concluye que "los arts. 195 y 205 LGSS pueden ser interpretados de modo que no den lugar a una diferencia entre personas discapacitadas y las que no lo son, pues ni el art. 195 cuando se remite al 205, ni este cuando establece las edades de 65 o 67 años, hacen ninguna mención a las personas con discapacidad, luego de estos preceptos no resulta el establecimiento de una diferencia de trato para los discapacitados". Finalmente, también se indica que ni el art. 206.2 TRLGSS, ni la norma reglamentaria que desarrolla este precepto (RD 1539/2003) establecen ninguna limitación específica a las personas con discapacidad que obtengan la pensión de jubilación, para que luego puedan acceder a las prestaciones por discapacidad. Por tanto, siendo "posible (y) también razonable (...) una interpretación distinta (...), que sea conforme con el contenido esencial del derecho a la no discriminación (y) que evite un trato diferente y perjudicial" para el colectivo de las personas con discapacidad, su conclusión es que se ha vulnerado el derecho a la no discriminación reconocido en el art. 14 CE"<sup>20</sup>.

### 3. La doctrina del Tribunal Constitucional

En el supuesto que se analiza el Tribunal Constitucional acuerda estimar el recurso de amparo, alineándose de esta forma con la postura defendida por el Ministerio Fiscal.

A este respecto en la sentencia el Alto Tribunal, tras realizar una exposición previa de su doctrina sobre el principio de no discriminación<sup>21</sup> y de analizar la normativa aplicable al caso y las argumentaciones de las resoluciones impugnadas, pasa a exponer los argu-

mentos que fundamentan su decisión, de los cuales destacamos los siguientes: En primer lugar, la regulación de la jubilación anticipada por razón de discapacidad contenida en el art. 206.2 LGSS responde al instrumento de las "acciones positivas" destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad. "En este contexto se han establecido unos coeficientes reductores de la edad de jubilación (art. 206.3 LGSS), que tienen como fundamento el mayor esfuerzo y la penosidad que ocasiona para un trabajador minusválido la realización de una actividad profesional (...), sin reducción de la cuantía de la pensión".

En segundo lugar, el reconocimiento del acceso a la prestación por discapacidad permanente desde la situación de jubilación anticipada no cabe entenderse como una "doble discriminación positiva", sino que nos encontramos ante fases y planos valorativos diferentes. La acción positiva entra en juego en el momento de determinar las condiciones de jubilación anticipada, pero una vez concedida, no debería producirse discriminación alguna entre las diversas situaciones de jubilación anticipada. De lo contrario, se produciría la paradoja de que la medida de acción positiva establecida para el acceso a una determinada situación se convertiría, al mismo tiempo, en una discriminación negativa en relación con las otras personas que se encontraran en esa situación. "Se trataría de una especie de inverso de una medida de discriminación positiva. La medida dejaría de ser adecuada para la finalidad pretendida, porque no permitiría conseguir la igualdad real y efectiva entre quienes parten de una situación que, en origen, es diferente, generando una nueva situación de desigualdad entre quienes ya han sido igualados por la norma".

En tercer lugar, la asimilación de los supuestos de acceso a la jubilación de las personas con discapacidad en una edad más temprana



na de la ordinaria a una jubilación ordinaria se interpreta por el Tribunal Constitucional como una "desnaturalización" del término "jubilación anticipada" que no parece abonada ni desde el punto de vista gramatical, ni desde el análisis del propio fundamento de la regulación derivada de su ubicación sistemática. En este sentido, se indica que la jubilación "anticipada" solo puede interpretarse como lo que su propia denominación indica, una jubilación que se anticipa a la prevista, general, para aquellos en quienes no concurre ninguna de las circunstancias que permiten acogerse a esta modalidad, sin que, necesariamente o de forma automática, su naturaleza transmute hacia una modalidad de jubilación ordinaria que, por motivos obvios, queda fuera del ámbito de aplicación.

Y, en cuarto y último lugar, en tanto que la ley no hace distinción alguna en el acceso a la prestación de incapacidad permanente, más allá de la edad, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad puede suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el segundo inciso del art. 14 CE si no existe una diferencia objetiva y razonable en el trato diferenciado, diferencia que el Tribunal Constitucional no aprecia en el supuesto enjuiciado, por lo que considera que el motivo de amparo debe ser estimado.

#### 4. Votos particulares a la sentencia

La sentencia analizada cuenta con dos votos particulares discrepantes con la opinión mayoritaria del Pleno del TC. El primero de ellos es formulado por el magistrado D. Andrés Ollero Tassara, quien manifiesta su disconformidad al considerar que ni la interpretación de la legalidad que realizan las sentencias impugnadas en amparo quebrantan el principio de igualdad, ni provoca una discrimi-

minación por razón de discapacidad ya que la recurrente en amparo ha planteado el juicio de igualdad sobre situaciones sometidas a regímenes jurídicos diversos, por lo que resulta ajeno a la protección dispensada por el art. 14 CE, tanto desde la perspectiva del principio de igualdad en la ley, como desde la que atañe a la interdicción de discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social.

En opinión del magistrado el trato normativo más favorable, en razón de discapacidad, previsto para el acceso de la persona con discapacidad a la situación de jubilación, resulta sin duda constitucionalmente legítimo, sin que sea constitucionalmente exigible proyectarlo a supuestos o situaciones no previstas por la norma, lo que quedaría a juicio del legislador, sin que corresponda hacerlo a la jurisdicción ordinaria, ni tampoco al Tribunal Constitucional.

En la misma línea se expresa el voto particular emitido por el magistrado D. Ricardo Enrique Sancho, a cuyo parecer no se puede incurrir en la vulneración del art. 14 CE dada la diferente naturaleza de los supuestos de jubilación anticipada comparados. En este sentido recuerda que las reglas previstas para acceder a la incapacidad permanente desde la situación de jubilación se aplican no solo a los que han visto reducida su edad ordinaria de jubilación en razón a su discapacidad, sino también a todos aquellos que se han beneficiado de esa reducción por desarrollar una actividad peligrosa o de especial penosidad, por lo que no puede hablarse en este caso de un trato específico a las personas con discapacidad que pueda calificarse de discriminatorio. Y, en consecuencia, no puede compartir la conclusión de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional.

#### IV. APUNTE FINAL

La [STC 172/2021, de 7 de octubre](#), introduce una nueva forma de interpretar la regulación prevista en la LGSS sobre jubilación anticipada de las personas con discapacidad, con los importantes efectos prácticos que ello comporta. En este sentido, la doctrina que se recoge en esta sentencia se aparta de la opinión mayoritaria existente hasta el momento que ha venido considerando los supuestos de jubilación anticipada de personas con discapacidad del art. 206 TRLGSS como una *fictio iuris*, mediante la cual se entiende cumplida la edad de jubilación antes de los 65/67 años en compensación al mayor sacrificio en su vida laboral<sup>22</sup>. De manera que se ha venido considerando que el hecho de que la norma fije una edad ordinaria de jubilación no significa que toda jubilación anterior a dicha edad sea jubilación anticipada y, toda posterior, jubilación retrasada. En consecuencia, técnicamente la jubilación anticipada de la persona con discapacidad no se ha venido entendiendo como tal, sino como una jubilación ordinaria<sup>23</sup>.

Atendiendo a la doctrina sentada en la [STC 172/2021](#), parece recomendable realizar una modificación de la actual regulación de este supuesto, a efectos de dotar de mayor claridad una materia tan sensible como es la referida al acceso a las pensiones públicas de las personas con discapacidad, una reformulación que, entendemos, comprendería tanto aspectos referidos a la sistemática como al régimen jurídico de esta materia.

En esta línea que apuntamos, nos parece un acierto la modificación que introduce la Ley 21/2021 que comporta la regulación por separado de los supuestos de anticipación de la jubilación por haber realizado un trabajo penoso, tóxico, peligroso o insalubre o, por las características de la persona trabajadora, ya que ello puede contribuir a dis-

tinguir los diferentes supuestos que prevé la norma y su tratamiento. De esta manera, a partir de ahora la jubilación anticipada de las personas con discapacidad pasa a regularse en el nuevo art. 206 bis TRLGSS. A este respecto parece razonable el cambio tanto porque las causas y la lógica de uno y otro supuesto son muy diferentes, como porque las novedades procedimentales previstas no son de aplicación a las personas con discapacidad.

No obstante, el hecho de que a partir de ahora este supuesto tenga una regulación separada de otros tipos de jubilación, junto con el mantenimiento de la denominación de "jubilación anticipada", no se considera un cambio lo suficientemente relevante como para entender que se haya producido una reformulación en esta materia en la línea que se apunta en la [STC 172/2021](#)<sup>24</sup>. Por ello, si es esa la voluntad del legislador, entendemos que se hace necesario abordar con mayor profundidad la reforma de esta regulación y, una buena oportunidad para hacerlo, puede venir de la mano del compromiso asumido por el Gobierno en la propia Ley 21/2021, previsto en la Disposición adicional cuarta, para impulsar la reforma de dicha regulación en consonancia con la Recomendación 18 del Pacto de Toledo.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

GALA DURÁN, C.: "La jubilación anticipada del personal con discapacidad", *La Administración Práctica*, núm. 7, 2020.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico", *Aranzadi Social*, núm. 1, 2013.

MALDONADO MOLINA, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 476, 2022.

ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: "La pensión de jubilación de las personas con discapacidad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 236, 2020.

ORDOÑEZ CASADO, M.I.: "Jubilación anticipada por discapacidad", *Temas Laborales*, núm. 142, 2018.

[1] A este respecto, por ejemplo, a nivel internacional cabe mencionar la Declaración de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 1975 y, más recientemente, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. En esta misma línea, también la Unión Europea y el Consejo de Europa, reconocen respectivamente el derecho de todas las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminación tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En el caso concreto de la Unión Europea cabe destacar la adopción de la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual y, más recientemente, las diversas Estrategias Europeas dirigidas a las personas con discapacidad (Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 y Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030).

[2] Vid. Encuesta de empleo de las personas con discapacidad 2021, [www.ine.es/prensa/epd\\_2021](http://www.ine.es/prensa/epd_2021) (datos disponibles a fecha de 15/12/2021).

[3] BOE de 13 de julio de 2002.

[4] BOE de 20 de diciembre de 2003.

[5] BOE de 5 de diciembre de 2007.

[6] BOE de 22 de diciembre de 2009.

[7] BOE de 29 de diciembre de 2021.

[8] A este respecto, cabe destacar la STS de 19 de diciembre de 2017. Rec. 3950/2015.

[9] Rec. 2487/2017.

[10] Vid. Fundamento de Derecho Segundo.

[11] Fundamento de Derecho Segundo. Apartado B.

[12] Rec. 1411/2018.

[13] Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La jubilación anticipada: valoración", cit. p. 3 y 4.

[14] Vid. Fundamento de Derecho Tercero. Apartado 1.

[15] Vid. Fundamento de Derecho Tercero. Apartado 2.

[16] Vid. Voto Particular Consideración Jurídica Tercera.

[17] Vid. Antecedente 3.

[18] Vid. Antecedente 7.

[19] Vid. Antecedente 8.

[20] Vid. Antecedente 8 "in fine".

[21] Vid. Fundamento Jurídico 3.

[22] Vid. GALA DURÁN, C.: "La jubilación anticipada del personal con discapacidad", *La Administración Práctica*, núm. 7, 2020; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico", *Aranzadi Social*, núm. 1, 2013; MALDONADO MOLINA, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 476, 2022; ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M.: "La pensión de jubilación de las personas con discapacidad", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 236, 2020; y, ORDOÑEZ CASADO, M.I.: "Jubilación anticipada por discapacidad", *Temas Laborales*, núm. 142, 2018.

[23] Vid. MALDONADO MOLINA, J.A.: "Las jubilaciones anticipadas...", cit. p. 26.

[24] Ibid.

## EL FIN DEL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADO COMO MECANISMO PARA PRIVILEGIAR LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

### The end of the fixed-term contract for specific work or service as a mechanism to privilege employment stability

**Autora:** Carlota M<sup>a</sup> Ruiz González

**Cargo:** Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Extremadura

**Resumen:** La [sentencia del TS 6/2022, de 11 de enero](#), analizada en este comentario, aplica doctrina jurisprudencial, ya consolidada, sobre la validez jurídica del despido objetivo, cuando concurren causas productivas y organizativas, y la empresa en el mismo periodo de tiempo ha procedido a la contratación de trabajadores a través de una ETT, en otro centro de trabajo de distinta localidad pero de la misma provincia, cuyo interés se pone manifiesto, de forma indirecta, con la reforma laboral operada por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, que procede a la supresión del contrato de obra o servicio determinado, modalidad contractual muy utilizada por parte de las empresas en supuestos de contrataciones.

**Palabras clave:** Subcontratación, extinción contractual, estabilidad en el empleo, contrato para obra o servicio determinado, reforma laboral.

**Abstract:** The Judgment of TS 6/2022, of January 11, analyzed in this comment, applies jurisprudential doctrine, already consolidated, on the legal validity of objective dismissal, when there are productive and organizational causes, and the company in the same period of time has proceeded to hire workers through an ETT, in another work center in a different location but in the same province, whose interest is made manifest, indirectly, with the labor reform operated by Royal Decree-Law 32/2021, of December 28, which proceeds to the suppression of the fixed-term contract for specific work or service, a contractual modality widely used by companies in contract cases.

**Keywords:** Outsourcing, contractual termination, employment stability, fixed-term contract for specific work or service, labour reform

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PROBLEMA SUSCITADO
- III. PASAJES DECISIVOS
- IV. COMENTARIO
- V. BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN

Son muchos los años que han transcurrido desde que el Tribunal Supremo viniera a considerar que la vigencia de una contrata podía justificar la suscripción de contratos temporales para obra o servicio determinado, de modo que la finalización de dicho encargo podía dar lugar a su válida terminación con arreglo al art. 49.1.c) ET. Esta permisibilidad no solo contribuía en un grado muy notable al exceso de temporalidad existente en nuestro país, sino que se convertía en un extraordinario instrumento de flexibilidad empresarial y una poderosa invitación a la externalización, permitiendo que las empresas auxiliares pudieran recurrir a contratos de duración determinada para cubrir una necesidad permanente de la empresa principal que, de otro modo, a través de la contratación directa o del recurso a las ETT, no sería posible por no concurrir las notas de la temporalidad<sup>1</sup>.

Este tradicional estado de las cosas se retomada en el año 2018 por una serie de pronunciamientos judiciales, donde se mantiene que la causa propia del contrato de obra o servicio determinado se desvirtúa cuando la contrata ha experimentado novaciones a través de sucesivas ampliaciones o renovaciones, pues en tal caso la autonomía e identidad de la contrata, justificativa de la contratación temporal, se desdibuja al transformarse por sus características de reiteración en una actividad permanente o estructural para la empresa contratante<sup>2</sup>.

En esta línea es significativo el cambio doctrinal que el Pleno de la Sala Cuarta del TS opera el pasado diciembre de 2020<sup>3</sup>, donde argumenta que el carácter excepcional de la actividad a la que el contrato de obra o servicio determinado busca atender, no casa en absoluto con el hecho de que en muchos casos el objeto de la contrata es

"la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa"añadiendo, además, que "la mayor o menor duración del encargo del cliente no puede seguir vinculándose a la nota de temporalidad de este tipo de contrato de trabajo". Asimismo, se advierte que la duración determinada del contrato laboral podría eventualmente justificarse en la medida en que la obra o el servicio "pueda claramente definirse y delimitarse respecto del volumen ordinario o habitual y surgir, precisamente por ello, como un elemento destacado y no permanente respecto del ritmo de la actividad de la empresa".

Esta doctrina se confirma poco después con la [STS 406/2021, 2 de febrero](#)<sup>4</sup>, que añade cierto matiz en cuanto a que corresponderá a la empresa la carga de probar "la concurrencia de los elementos jurídicos y de hecho que pudiera justificar el recurso a esa clase de contrato temporal, en función de las peculiaridades de tales tareas dentro de las que constituyen el objeto habitual y ordinario de su actividad empresarial".

En este contexto se aprueba el Real Decretoley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (convalidado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 3 de febrero)<sup>5</sup>, cuya exposición de motivos ya recoge la pretensión de "corregir de forma decidida" la excesiva temporalidad existente en nuestro mercado de trabajo. El principio de causalidad de la contratación temporal se manifiesta más rotundo en la nueva redacción del art. 15.1 ET<sup>6</sup>, que comienza estableciendo que "el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido" y que de modo concreto exige, para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad, "que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con

la duración prevista". Con ello se pretende evitar "la rutina perniciosa" del recurso a la contratación temporal con fórmulas como la supresión del contrato de obra o servicio determinado, modalidad contractual muy utilizada en los supuestos de contrata, lo que sin duda alguna resalta el interés de potenciar la estabilidad en el empleo mediante fórmulas contractuales como la indefinido ordinario o fijo-discontinuo.

No puede obviarse, tampoco, lo contenido en el art. 15.2 ET, donde se establece que "No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores". Para entender el alcance de este párrafo, es necesario recordar la doctrina jurisprudencial sobre la validez del contrato de obra o servicio determinado vinculado a la duración de una contrata o concesión administrativa, que recoge la sentencia objeto de comentario.

## II. PROBLEMA SUSCITADO

El litigio comienza con la presentación de demanda por parte de un trabajador después de recibir comunicación de extinción de contrato de trabajo el 13 de enero de 2017, al haber finalizado la contrata que su empresa tenía con otra principal. El trabajador prestaba sus servicios desde el 17 de febrero de 2009, primeramente, como puesto a disposición por una ETT, y luego contratado (por tiempo indefinido y a jornada completa) por la empresa demandada.

La extinción tenía la misma fecha que la finalización de la contrata, y se alegaba como causa de despido razones organizativas y de producción. La empresa en el mismo periodo de tiempo procedió a la contratación de trabajadores a través de una ETT para prestar servicios en otro centro de trabajo de la misma provincia, ubicado a 26 km del centro de trabajo al que pertenecía el trabajador despedido.

La sentencia de instancia declara la procedencia del despido. Contra ella se interpone recurso de suplicación cuya cuestión planteada se reduce a determinar si es ajustada a derecho la extinción objetiva del contrato, cuando concurren causas productivas y organizativas, y la empresa en el mismo periodo de tiempo ha procedido a la contratación de trabajadores a través de una ETT para otro centro de trabajo de distinta localidad, pero de la misma provincia.

La Sala de lo Social del [TSJ de Castilla-La Mancha dictó sentencia en fecha 20 de septiembre de 2018 \(recurso 687/2018\)](#) en la que se desestima el recurso del trabajador y confirma la sentencia de instancia. Contra esta resolución jurisdiccional promovió el trabajador recurso de casación para la unificación de doctrina, cuya fundamentación es la misma que la del interpuesto en suplicación, concretamente, el recurrente alega vulneración de los arts. 51 y 52 ET relativos al despido colectivo y a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, en relación con el art. 8 Ley 14/1994 de ETT, que regula los casos en los que las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición, aportándose como sentencia de contraste otro pronunciamiento del mismo [Tribunal dictado el 21 de febrero de 2018 \(recurso 1732/2017\)](#). A continuación, pasa la Sala a examinar la cuestión planteada razonando la desestimación del recurso y confirmando la sentencia recurrida.



### III. PASAJES DECISIVOS

La [STSJ de Castilla-La Mancha, de 20 de septiembre de 2018](#), entiende sin lugar a dudas, recordando jurisprudencia del TS respecto a la validez de la extinción de la contrata como causa productiva y organizativa que justifica la extinción de los contratos de las personas trabajadoras<sup>7</sup>, que la terminación de una contrata constituye una típica causa productiva, que puede justificar la extinción de la relación laboral por causas objetivas, pues la pérdida o disminución de encargos ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratado, y por el ámbito en el que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la disminución de la carga de trabajo entre los trabajadores<sup>8</sup>.

Para llegar a esta conclusión la Sala matiza, en cuanto a la existencia de dos centros de trabajo, que lo decisivo será encontrarnos ante lugares de trabajo plenamente diferenciados, ubicados en localidades distintas, de modo que la terminación de una contrata afecta claramente a los trabajadores adscritos a la misma.

Respecto a la importancia que pudiera tener el que la empresa acudiera a los servicios de una ETT, rechaza que los centros de trabajo no tuvieran autonomía propia por disponer de un solo código de cotización y representación compartida del personal, destacando, como decisivo, la existencia de contratas distintas y de finalización diferenciada, y siendo irrelevante el hecho de que la empresa suscribiera contrataciones temporales, a las que se aluden en la sentencia de instancia, de fecha posterior al despido del demandante, lo que no incide en la calificación –ajustada o no a derecho– de las causas del despido objetivo del actor que prestaba servicios en un centro de trabajo de otra localidad.

Por último, y en lo relativo al eventual deber de la empresa de recolocar al trabajador, acudiendo nuevamente a jurisprudencia en la materia, concluye el Tribunal no desconocer el criterio general seguido en cuanto a no constituir una obligación, siendo un ejemplo claro de este criterio la [STS de 16 de septiembre de 2009 \(recurso 2570/2008\)](#), donde se razona la opción de recolocación como "una facultad de la empleadora de acuerdo con sus disponibilidades y preferencias, que no puede hacerse extensiva de manera indiferenciada a todos los trabajadores despedidos".

Todo lo anterior lleva a considerar ajustado a derecho el despido del trabajador recurrente, y a rechazar su improcedencia, por no haberse infringido el art. 8 LETT que prohíbe acudir a los contratos de puesta a disposición cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa ha amortizado los puestos de trabajo que se pretenden cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los arts. 50, 51 y 52, apartado c) ET, excepto en los supuestos de fuerza mayor. De modo que, si se ha aceptado la autonomía de los dos centros de trabajo a efectos organizativos y productivos, no existe el supuesto que regula el citado precepto.

El Tribunal Supremo, por su parte, comienza su fundamentación jurídica centrando la cuestión controvertida, en concreto, determinar "si es ajustado a derecho un despido objetivo, cuando concurren causas productivas y organizativas, y la empresa en el mismo periodo de tiempo ha procedido a la contratación de trabajadores a través de ETT, en otro centro de trabajo de distinta localidad, pero de la misma provincia". Seguidamente, y tras repasar las tesis expuestas en las sentencias de instancia y suplicación, pasa a comprobar si existe contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada como contraste, concurren-



do las identidades exigidas por el art. 219 LRJS.

El recurrente invoca, de nuevo, la vulneración de los arts. 51 y 52 ET y art. 8 LETT, aduciendo que la empresa había utilizado con mucha frecuencia, antes y después de la extinción del contrato de trabajo, los servicios de la ETT sin hacer esfuerzo alguno por acreditar que el hecho de recurrir a esos servicios respondía a una cuestión o razón concreta, ya que el trabajo que se prestaba era una actividad normal y permanente de la empresa.

A continuación, el Tribunal acude primeramente a la [STS 229/2018, 28 de febrero de 2018, recurso 1731/2016](#), que no acepta como racional la decisión empresarial de proceder a despedir objetivamente por causas productivas –descenso del volumen de ocupación y salidas de productos– cuando consta perfectamente acreditado que, en el mismo período de tiempo, por parte de la empresa, se ha procedido a la contratación de trabajadores a través de ETT. Estas circunstancias, ponen de relieve, la no aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado, pues entre ambas sentencias hay un dato diferente y de suma importancia para la resolución de la cuestión debatida, en concreto, que en el mismo centro de trabajo en el que se produce el despido se producen, también, las contrataciones a través de ETT para categorías y funciones similares a las realizadas por el trabajador despedido.

Esta diferencia marca el sentido de la resolución del recurso, y de los posteriores fundamentos de la Sala, pasando entonces a cuestionar si la pérdida de una contrata constituye una causa justificativa de la extinción del contrato por causa objetiva. Para ello trae a colación varias de sus sentencias que avalan la posibilidad, para hacer frente a la reducción o pérdida de la actividad de servicios en un determinado centro de trabajo y a la finalización de la contrata inicial, de recurrir a

la amortización de los puestos de trabajo, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende<sup>9</sup>.

En último lugar, resta por examinar la proporcionalidad de la medida adoptada, que atendiendo nuevamente a jurisprudencia precedente, concluye en la razonabilidad de la misma, ya que las aludidas causas afectan al funcionamiento de un centro de trabajo de los varios que tiene la empresa y, en consecuencia, se produce la extinción de los contratos de las personas trabajadoras que venían prestando sus servicios<sup>10</sup>. Pues el art. 52.c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni viene obligado antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado a otro puesto vacante de la misma<sup>11</sup>.

Por todo lo razonado, procede a la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina y confirma la sentencia impugnada.

#### IV. COMENTARIO

La sentencia que traemos a comentar no resulta novedosa ni por las circunstancias concurrentes, ni por los fundamentos legales y jurisprudenciales aplicados, basados en considerar ajustado o no a derecho un despido objetivo cuando concurren causas productivas y organizativas (terminación de la contrata) y la empresa en el mismo período de tiempo ha procedido a la contratación de trabajadores a través de una ETT. Sin embargo, el interés nace indirectamente a raíz de la reforma laboral operada a través del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, que procede a la supresión del contrato de

obra o servicio determinado, como vinculación contractual temporal, muy utilizada en el ámbito de las contrata, y que no solo agrava los ciclos económicos, sino que también lastra los aumentos de productividad, aumenta la precariedad y profundiza las brechas sociales, territoriales y de género.

Significativos son al respecto los dos estadios por los que discurre el tratamiento de la cuestión. Por evitar la repetición, se recuerda solo en el segundo de ellos, cuando en diciembre de 2020 el TS decide en Pleno rectificar la doctrina que había mantenido hasta ahora, para dejar de justificar la temporalidad de los contratos de obra o servicio determinados con la mera existencia y duración de la contrata, e imponer la necesaria concurrencia de los elementos típicos previstos en el artículo 15.1 ET, para aceptar la validez de estos contratos, poniendo el acento en la autonomía y sustantividad de la obra o servicio.

Este cambio de doctrina implica que el fin de la contrata ya no operará como una causa automática de extinción del contrato de obra o servicio, sino que previamente habrá que analizar la naturaleza temporal de contrato bajo el prisma, más restrictivo, de los criterios establecidos por el TS.

La batalla de la causalidad en la contratación temporal, no obstante, no termina aquí y sufre un nuevo cambio de paradigma con el RD-Ley 32/2021, donde se procede a la supresión del contrato para obra o servicio determinado, con ello se pretende eliminar de raíz cualquier posibilidad de estipular un contrato de duración determinada por tiempo superior a 6 meses, con la excepción del contrato por sustitución (interinidad), de relevo, formativo, de fomento de empleo y otros especiales, y salvo que el convenio colectivo sectorial aplicable permita una duración mayor de hasta 12 meses. De este modo, se cierra la puerta a la exis-

tencia de una contrata de, por ejemplo, 18 meses, con inicio y fin perfectamente definido, como justificación de una contratación temporal, abocando la norma a la contratación indefinida, con la eventual adopción de las medidas extintivas, suspensivas o modificativas que procedan a la terminación de la misma<sup>12</sup>.

No puede obviarse, tampoco, lo contenido en el art. 15.2 ET, este planteamiento marca un nuevo hito en el tratamiento legal y jurisprudencial de la cuestión controvertida que analizamos, y aunque si bien podrá seguir siendo tomado en consideración para los contratos vigentes a 31 de diciembre de 2021, o los que se hubieran formalizado entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022, es evidente que nuestros tribunales deberán impregnarse de esta nueva razón legal en la resolución de controversias futuras<sup>13</sup>.

En definitiva, concluimos con Gómez Abelleira, que quizás el golpe asestado por el Tribunal Supremo al contrato de obra o servicio determinado es, seguramente, una de las razones que han llevado a su eliminación, siendo esta la medida más importante adoptada por el RD-Ley, y que más va a contribuir a la reducción de la tasa de temporalidad en España.

## V. BIBLIOGRAFÍA

CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El fin del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata (cambio de doctrina)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, núm. 1.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: «Las causas de la contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021», *LABOS. Revista de Derecho del*

*Trabajo y Protección Social*, Universidad Carlos III de Madrid, 2022, vol. 3.

ROJO TORRECILLA, E. (7 de febrero de 2022): «Casos que no deberían llegar a los tribunales tras la aprobación de la reforma laboral. Extinción del contrato por finalización de la contrata», Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales.

---

[1] CAVAS MARTÍNEZ, F.: «El fin del contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata (cambio de doctrina)», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, núm. 1. Consulta en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001182](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001182)

[2] Entre otras, SSTs 457/2018, 27 de abril de 2018, recurso 3926/2015, y 783/2018, 19 de julio de 2018, recurso 823/2017.

[3] Sentencia 1137/2020, 29 de diciembre de 2020, recurso 240/2018.

[4] Recurso 3379/2018.

[5] Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

[6] GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: «Las causas de la contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021», *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Universidad Carlos III de Madrid, 2022, vol. 3, p. 19 y ss. Consulta en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6635>.

[7] Citando a la STS, 30 de junio de 2015, recurso 2769/2014.

[8] STS 14 de junio de 1996, recurso 3099/1995.

[9] SSTs 7 de junio de 2007, recurso 191/2006; 31 de enero de 2008, recurso 1719/2007; 12 de diciembre de 2008, recurso 4555/2007; 16 de septiembre de 2009, recurso 2027/2008; y 16 de mayo de 2011, recurso 2727/2010.

[10] SSTs 21 de junio de 2003, recurso 4454/2002; 19 de marzo de 2002, recurso 1979/2001; y 7 de junio de 2007, recurso 191/2006.

[11] STS 7 de junio de 2007, recurso 191/2006.

[12] Al respecto realiza un comentario minucioso de las novedades GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., cit., p. 19 y ss.

[13] ROJO TORRECILLA, E. (7 de febrero de 2022): «Casos que no deberían llegar a los tribunales tras la aprobación de la reforma laboral. Extinción del contrato por finalización de la contrata». Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. <<http://www.eduardorojotorrecilla.es/search?updated-max=2022-02-11T11:21:00%2B01:00&max-results=5&start=7&by-date=false>>.

## LA REVERSIÓN DE SERVICIOS POR LA ADMINISTRACIÓN DEBE RESPETAR LA FIJEZA LABORAL DEL PERSONAL TRANSFERIDO DESDE LA CONTRATISTA. "INTERPRETACIÓN CONFORME" E INADECUACIÓN DE LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO. COMENTARIO A LA STS (PLENO) 85/2022, RCU. 3781/2020

### The employment stability of the transferred staff from the contractor must be respected by the renewal of services by the administration

**Autor:** Fermín Gallego Moya

**Cargo:** Profesor Ayudante Doctor (acred. Contratado Doctor). Universidad de Murcia

**Resumen:** Las reconocidas carencias que la figura del Indefinido No Fijo (PINF) comporta, se ponen nuevamente de manifiesto con ocasión de un pronunciamiento unánime del Pleno del Tribunal Supremo, según el cual, la absorción por parte de la Administración del servicio público que venía prestando una empresa contratista privada, debe respetar las condiciones contractuales del personal transferido, incluyendo el carácter fijo de sus contratos de trabajo, descartándose así la depauperación que provocaría la conversión de dichos trabajadores en indefinidos no fijos. Conclusión esta que se apoya tanto en la "inalterabilidad" inherente al concepto legal de subrogación, como en la inadecuación de la categoría de Personal Indefinido No Fijo para resolver los eventuales conflictos entre el mantenimiento de aquella fijeza, derivada de la interpretación conforme al Derecho comunitario, y las exigencias constitucionales sobre el respeto de determinados principios en el acceso al empleo público.

**Palabras clave:** Reversión contratos, personal indefinido no fijo, fijeza, principios constitucionales en el acceso al empleo público.

**Abstract:** The well-known shortcomings of the concept of Indefinite Non-Fixed Term Employment are once again highlighted by a unanimous ruling of the Plenary Session of the Supreme Court, according to which the takeover by the administration of the public service previously provided by a contracting company and which must respect the contractual conditions of the transferred staff, incorporating the permanent nature of their employment contracts, thus ruling out the impoverishment that would lead to a kind of conversion of these workers into permanent non-regular workers. This conclusion is based both on the inherent "inalterability" in the legal concept of subrogation, and on the inadequacy of the category of Non-Fixed Permanent Staff to resolve possible conflicts between the maintenance of a permanence agreement and the constitutional requirements on the respect of certain principles in access to public employment.

**Keywords:** Renewal, contracts, non-permanent indefinite staff, permanent, constitutional principles in access to public employment.

## SUMARIO

### I. INTRODUCCIÓN

### II. SÍNTESIS DE ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

1. Transformación del contrato fijo con la contratista en indefinido no fijo para el Ayuntamiento con ocasión de reversión del servicio público de asistencia domiciliaria
2. Reconocimiento en la instancia de la condición de trabajadora fija en aplicación de lo dispuesto en el art. 44 ET
3. Revocación en suplicación basada en la "limitación" de efectos del art. 44 ET en el contexto del empleo público

### III. PLANTEAMIENTO CASACIONAL

1. Recurso de casación unificadora
2. El respeto a las estructuras constitucionales básicas como argumento para la impugnación y oposición al recurso

### IV. RESOLUCIÓN DEL DEBATE QUE APUESTA POR UNA "RELATIVA" FIJEZA

1. El alcance de la subrogación con respecto a la modalidad contractual previa
2. Disfunciones derivadas de la aplicación de la categoría de PINF a estos casos
3. Alcance de la fijeza declarada

### V. REFLEXIÓN FINAL

## I. INTRODUCCIÓN

Con titulares de la prensa generalista como "Regularización Masiva", "Terremoto en la Administración Pública" o "Se abre la puerta a que sean fijos medio millón de trabajadores subrogados por los Ayuntamientos" nos desayunábamos el día siguiente a la publicación de la Sentencia comentada, lo que da una idea de que la misma es importan-

te. Y, en efecto, es una sentencia relevante que destaca las limitaciones de una figura, la del PINF, cuya construcción jurisprudencial no puede resolver todos los conflictos que trascienden sus poco definidos contornos; si bien su trascendencia ha de acotarse. En esencia, lo que viene a establecer es que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo, debe mantenerse tal condición, sin que tal

doctrina ampare supuestos fraudulentos, y siempre en el entendimiento de que tal fijeza no se adquiere incondicionalmente en todo el ámbito de la empleadora, sino que queda funcionalmente limitada al objeto de la transmisión.

## II. SÍNTESIS DE ANTECEDENTES FÁCTICOS Y PROCESALES

### 1. Transformación del contrato fijo con la contratista en indefinido no fijo para el Ayuntamiento con ocasión de reversión del servicio público de asistencia domiciliaria

El supuesto de hecho es sencillo: el Ayuntamiento de Pamplona tenía organizado el Servicio de Asistencia domiciliaria a través de dos empresas: una de carácter público y otra privada, prestando la actora servicios para esta última, como trabajadora familiar especialista, mediante contrato de trabajo a tiempo completo y de duración indefinida. El conflicto surge cuando el Ayuntamiento acuerda asumir directamente la gestión de dicha actividad, notificando a la trabajadora la correspondiente subrogación, mediante escrito en el que se le comunica su integración en la plantilla orgánica como Personal Indefinido No Fijo.

### 2. Reconocimiento en la instancia de la condición de trabajadora fija en aplicación de lo dispuesto en el art. 44 ET

La trabajadora interpone demanda interesando la declaración judicial de ostentar la condición de trabajadora fija del Ayuntamiento de Pamplona, invocando para ello el art. 44, en relación con la doctrina de la [STJUE 13 junio 2019 \(C-317/18\)](#), Asunto Correia Moreira. Pretensión que acoge el

Juzgado de lo Social 3 de Pamplona (Sentencia de 24-07-2020), previa "advertencia" de no estar resolviendo un supuesto de irregularidad en la contratación temporal (a los que el TS aparea la calificación de PINF incluso en supuestos de superación de pruebas de acceso a empleo temporal), sino un fenómeno sucesorio empresarial que reclama la aplicación de un precepto estatutario, el art. 44, que impide que la transmisión operada comporte la modificación de la naturaleza del vínculo laboral; lo contrario –indica– desvirtuaría la estabilidad obtenida en la empresa cedente, contraviniendo lo dispuesto en la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo.

El tradicional y, casi siempre "insalvable", obstáculo representado por los principios de igualdad, mérito y capacidad, es sorteado por el Juez de instancia afirmando que la STJUE invocada por la trabajadora, efectivamente, obliga a conjugar tales principios constitucionales españoles con la "interpretación conforme" del art. 44 ET, sin que, adicionalmente, las previsiones contenidas en la legislación presupuestaria impidan tampoco este resultado, dado que se dirigen al funcionariado, no al personal laboral.

### 3. Revocación en suplicación basada en la "limitación" de efectos del art. 44 ET en el contexto del empleo público

La Sala de lo Social del [TSJ navarro](#), en su [sentencia 226/2020, de 8 de octubre](#), revoca el pronunciamiento de instancia, "limitando" los efectos de un art. 44 ET que, "en modo alguno" estaría permitiendo el mantenimiento de la fijeza de la trabajadora subrogada, pues la misma no habría accedido a aquella previa la superación de algún proceso selectivo en el que primaran los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, circunstancia que conside-

ra determinante para poder aplicar la regla subrogatoria común. Por tanto, a diferencia del órgano unipersonal, la Sala navarra considera idónea la construcción del PINF para compaginar el art. 103.3 CE con las normas laborales comunes, y hace una particular lectura de la doctrina Correia Moreira, destacando que la misma vendría a apostar por el respeto de la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales, de los Estados miembros, como es el caso de los principios de acceso a la función pública.

### III. PLANTEAMIENTO CASACIONAL

#### 1. Recurso de casación unificadora

El recurso de casación unificadora preconiza el mantenimiento del vínculo laboral fijo, sin modificaciones en caso de transmisión, denunciando la infracción del art. 44 ET y del art. 3.1. Directiva 2001/23/CE, al tiempo que considera inaplicable al caso el art. 103.3 CE, en virtud de la doctrina del TJUE contenida en su ya referida [sentencia de 13-06-2019](#). El núcleo de contradicción que fija es determinar "qué efectos se producen en los contratos de trabajo de quienes venían prestando servicios con contrato indefinido por cuenta de una empresa privada, adjudicataria de un servicio, cuando una Administración Pública asume la gestión directa del servicio con las mismas personas que lo venían prestando por cuenta de la adjudicataria; en concreto si el contrato indefinido se modifica en indefinido no fijo, o si se mantiene la fijeza".

La sentencia de contraste es la dictada en fecha 17-10-2013 por el [TSJ Islas Baleares](#)

([Rec. 225/2013](#)), en un supuesto en que las trabajadoras demandantes venían prestando servicios como limpiadoras en un hipódromo de Palma de Mallorca, teniendo reconocida por la mercantil empleadora la condición de trabajadoras fijas; tras producirse la adjudicación del servicio a una entidad del Sector Público, la misma procede a la extinción de sus contratos por amortización de las plazas, considerando la Sala que las trabajadoras eran realmente fijas antes de la subrogación y que tal condición debía ser respetada por la entidad pública, no pudiendo por ello extinguir válidamente los contratos por tal causa.

Para el TS no es obstáculo a la existencia de contradicción que en la referencial se accione por despido en lugar de evaluar una pretensión declarativa, pues el núcleo de la contradicción es si se aplica la condición de PINF a los titulares de contratos laborales fijos en una empresa privada por el hecho de que se subrogue en sus contratos un sujeto del sector público.

#### 2. El respeto a las estructuras constitucionales básicas como argumento para la impugnación y oposición al recurso

Empresa recurrida y Ministerio Fiscal, tras cuestionar la falta de contradicción, apuestan por el acierto del tribunal navarro, al entender que la doctrina del Caso Correia Moreira debe cohonestarse con el respeto a las estructuras constitucionales básicas, representadas por el acceso a la fijeza en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, que eviten el trato discriminatorio con respecto a quienes en tales condiciones accedieron al empleo público.



#### IV. RESOLUCIÓN DEL DEBATE QUE APUESTA POR UNA "RELATIVA" FIJEZA

El TS advierte, en primer lugar, que la cuestión de trasladar la construcción del PINF a los supuestos de "municipalización" aún no ha sido abordada de forma directa. Acto seguido efectúa un repaso por la evolución de su propia doctrina para concluir que, si bien inicialmente la Sala vinculaba el trabajo del PINF a un concreto puesto de trabajo, la figura analizada ha tendido a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del personal fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato); es, por tanto, necesario examinar tanto el motivo por el que se activaría la condición de PINF cuanto las tareas desempeñadas antes de resolver cada caso.

Sobre tal premisa, el TS resuelve el debate en los mismos términos que el Juzgado, partiendo de un doble razonamiento: a) el principal: que tanto el propio concepto de subrogación cuanto su regulación, inclusive al amparo de normas de la Unión Europea, exigen que el nuevo empleador se subroge en las relaciones laborales de carácter fijo sin alterar esa condición; b) el segundo: que la categoría de PINF es inadecuada para resolver los eventuales conflictos entre la anterior conclusión y las exigencias constitucionales sobre acceso al empleo público respetando determinados principios.

##### 1. El alcance de la "subrogación" con respecto a la modalidad contractual previa

Aborda el TS la subrogación desde un triple punto de vista. El primero es el de la im-

sibilidad de fragmentar el conjunto de previsiones inherentes al régimen subrogatorio previsto en el art. 44 ET, ni siquiera cuando la transmisión de la unidad productiva autónoma (algo que aquí se admite de forma pacífica) derive de la norma que pretende parcelar tal regulación y aplicar solo una parte de la misma (en referencia evidente al convenio colectivo; Vid. [STS 873/2018, de 27 de septiembre](#), Rec. 47/2019). Ello obedece a la finalidad del precepto favorecedor de la estabilidad en el empleo, al garantizar que el tipo de vínculo existente conserve sus características, sin alteración, como consecuencia del cambio de empleador.

El segundo prisma desde el que se analiza la cuestión es el alcance de la Directiva 2001/23/CE, aplicable "a empresas tanto públicas como privadas", cuya finalidad: "proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario", impide que aquellos se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión. Desde esta perspectiva, que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho Público no excluye la existencia de la transmisión en los garantistas términos expuestos.

Por último (y esta es una de las consideraciones clave de la sentencia comentada), en lo que respecta a la aplicación de la Doctrina Correia Moreira, el TS viene a "corregir" al Ministerio Fiscal, afirmando que "el respeto a la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros (art. 4.2 TUE) no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito".

## 2. Disfunciones derivadas de la aplicación de la categoría de PINF a estos casos

De "poderosas" califica el TS a las dos razones que desaconsejan aplicar la condición de PINF en el caso analizado. La primera, que la figura en cuestión surge para explicitar las consecuencias derivadas de una previa conducta infractora, imputable al empleador, de manera que la desnaturalización del vínculo temporal que se produce al reconocer la categoría de indefinido, representa una "mejora" de la posición jurídica del trabajador; al contrario, en el caso examinado, en el que no concurre infracción normativa, la alteración y pérdida de fijeza acogida por el TSJ navarro, empeora claramente la posición del trabajador, pues la consecuencia principal del reconocimiento de su condición de PINF es que la plaza desempeñada debe ser convocada a concurso público, debiendo afrontar el riesgo, antes inexistente, de no superar las pruebas de acceso.

La segunda, que la categoría de PINF viene a resolver el conflicto entre dos bloques internos: el de las reglas sobre el acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación; mientras que en el caso de autos, lo que está en juego es la "interpretación conforme" de nuestro ordenamiento para concordar con las exigencias de la primacía del Derecho Comunitario.

## 3. Alcance de la fijeza declarada

No obstante lo anterior, hay que recordar que el mantenimiento de la fijeza solo tiene sentido en el ámbito de la unidad productiva revertida, por lo que no descarta el TS una ulterior y eventual "alteración del alcance" de la fijeza respetada, dado que la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se

transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. La fijeza, por tanto, no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión, todo ello sin perjuicio, además, de que puedan acaecer vicisitudes en la relación laboral ajenas al debate planteado. Por último, a modo de "aviso a navegantes", aclara el TS que la doctrina que ahora unifica no ampara maniobras de incorporación fraudulenta de personal fijo en empresas que se prevea acabarán integrándose en la Administración, pues en tales casos el ordenamiento jurídico activará los resortes necesarios para privar de eficacia a tales maniobras torticeras.

## V. REFLEXIÓN FINAL

La relevancia del texto analizado es concluir que cuando existe transmisión de una unidad productiva autónoma, el ordenamiento jurídico prescribe la subrogación del nuevo empleador en las relaciones laborales preexistentes, sin que sea admisible una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos por el carácter público del último (lo que sucede si a consecuencia de la subrogación se altera la modalidad contractual previa), algo que garantiza la Doctrina comunitaria, que considera contrario al Derecho de la Unión la minoración de derechos derivada de la condición pública del empleador cesionario. Sin que, en este contexto protector de derechos laborales, las previsiones del art. 103.3 CE (acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad) impidan aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva. Por tanto, cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión

de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo, debe mantenerse esa condición, siendo inadecuado aplicar en este caso la categoría de PINF, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/CE.

No obstante, el carácter "relativo" o limitado que apuntamos para esta firmeza deriva del hecho de admitir que ulteriores vicisitudes que desvirtúen la conexión funcional con el objeto traspasado debiliten la fijeza declarada aflorando nuevamente la inestabilidad laboral que se pretendía corregir.

## ¿QUÉ OCURRE SI EL CONVENIO PROVINCIAL DEJA DE ESTAR VIGENTE Y EXISTE UN CONVENIO SECTORIAL NACIONAL?

### What happens if the provincial agreement ceases to be in force and there is a national sectoral agreement?

**Autora:** Isabel Marín Moral

**Cargo:** Abogada. Profesora contratada doctor. Universidad Francisco de Vitoria

**Resumen:** El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre de 2021, de medidas urgentes para la reforma laboral ha realizado cambios en materia de negociación colectiva. La ultraactividad de todos los convenios sin distinción y sin límite de tiempo, así como la eliminación de aplicación del convenio de ámbito superior en caso de cesación de vigencia del de ámbito inferior, supondrá, entre otras cosas, el posible cambio de la doctrina del Tribunal Supremo que se analiza.

**Palabras clave:** Convenio colectivo, ultraactividad.

**Abstract:** Royal Decree-Law 32/2021, of December 28, 2021, on urgent measures for labor reform has made changes in terms of collective bargaining. The ultra-activity of all the agreements without distinction and without a time limit, as well as the elimination of the application of the higher-level agreement in the event of the cessation of validity of the lower-level agreement, will suppose, among other things, the possible change of the Court's doctrine Supreme, that it is analyzed.

**Keywords:** Collective agreement, ultraactivity.

## SUMARIO

- I. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE
- II. LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL CONVENIO PROVINCIAL Y LA APLICACIÓN DEL ESTATAL
- III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO
- IV. SITUACIÓN DESPUÉS DE LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021

## I. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE

La reciente reforma laboral fue aprobada por Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre de 2021, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 313, de 30 de diciembre de 2021, con corrección de errores el día 19 de enero de 2022. Dice el Preámbulo (a modo de exposición de motivos) de que el sistema que se reforma tiene una debilidad que es la "falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables, que se traduce en un incremento de la inseguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras por sus efectos sobre la transparencia competitiva, el normal desarrollo de las relaciones contractuales entre las empresas, incluida la descentralización, y los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo".

Es cierto que el juego entre convenios de ámbito estatal, autonómicos, provinciales y de empresa se antoja en muchos casos como situaciones inciertas, lo que redundaría en perjuicios, bien para el trabajador o para la empresa y que genera litigiosidad.

La reforma laboral de 2012 contemplaba la aplicación preferente del convenio de empresa lo que todo parecía abocar a la muerte de los convenios supraempresariales, si bien, no ha sido así. Por el contrario, se han mantenido estos y se ha puesto en evidencia las grandes dificultades existentes para la negociación de convenios de empresa que, de forma incuestionable, precisan de sindicatos en las mesas de negociación (ya sea a través de delegados sindicales o comités de empresa) y de la propia empresa. Por otro lado, en congruencia con la limitación

temporal de aplicación de los convenios, la reforma de 2012 acudía de forma automática al convenio de ámbito superior cuando el inferior dejaba de estar vigente, con lo que se hacía un claro guiño a los convenios sectoriales autonómicos y nacionales, a los que se les ponía en valor.

Pues bien, la actual reforma laboral viene a matizar las reglas en caso de concurrencia de convenios, de manera que, dice el Preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021: "El sistema de concurrencia de convenios colectivos debe equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, previendo los necesarios contrapesos y cautelas que no distorsionen la capacidad competitiva de las empresas ni reduzcan las condiciones laborales de las personas trabajadoras".

Lo que es innegable es que, como se afirma en el RD-ley "los convenios colectivos son piezas clave en los sistemas democráticos y, también, son elementos fundamentales en la configuración de las dinámicas empresariales y productivas eficientes".

Dos son los cambios en materia de negociación colectiva que incluye el vigente RD-ley 32/2021 y que interesan para este comentario; por un lado, se acuerdan reglas de vigencia de los convenios retomándose la ultraactividad de forma clara; y, por otro, se crea lo que el RD-ley califica "arquitectura de la negociación colectiva".

Estos cambios afectan a la concurrencia de convenios como la del caso resuelve la [sentencia del Tribunal Supremo 857/2021 de 7 de septiembre de 2021](#), en el que un convenio de ámbito inferior deja de tener vigencia, existiendo uno superior, que pasa a sustituirle. Hasta ahora se aplicaba el superior y el inferior dejaba de existir. Sin embargo, la actual reforma laboral no contempla esta

situación de forma expresa en la nueva redacción del art. 86 ET, por lo que habría que estar a la ultraactividad también del convenio de ámbito inferior. Como consecuencia de ello, es muy probable que la doctrina del Tribunal Supremo deba replantearse.

## II. LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL CONVENIO PROVINCIAL Y LA APLICACIÓN DEL ESTATAL

El conflicto que resuelve el Tribunal Supremo en casación para unificación de doctrina a través de [sentencia de 7 de septiembre de 2021](#) parte de los siguientes hechos relevantes:

La empresa que recurre en casación para unificación de doctrina está situada en Getxo, en la provincia de Vizcaya. No tiene convenio de empresa.

Aplicaba a sus trabajadores el convenio estatal de Convenio Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable, Empresas de Servicios de Informática y Estudios de Mercado y de la Opinión Pública (BOE de 4 de abril de 2009) hasta que, en virtud de sentencia de conflicto colectivo, el Juzgado de lo Social n.º 6 de Vizcaya estima la demanda de CCOO y se comienza a aplicar es Convenio Provincial, el Convenio colectivo de oficinas y despachos de Vizcaya.

El convenio provincial se aplica según consta en la sentencia de suplicación porque el Convenio Estatal de Empresas Consultoras había decaído en su vigencia. Sin embargo, consta como hecho probado que tanto en 2013 como en 2017 se mantuvo el proceso de negociación sectorial en el ámbito nacional.

El convenio provincial se aplica a partir de 1 de junio de 2012, según sentencia del Tribunal Superior de Justicia ante el que se impugnó el cambio de convenio acordado en el Juzgado, si bien deja de tener vigencia el día 31/12/2012. La comisión negociadora pactó expresamente la ultraactividad hasta el día 22/12/2013. Por tanto, al no haberse llegado a ningún acuerdo entre las partes, en dicha fecha dejó de aplicarse por la empresa, que retoma la aplicación del convenio estatal.

El convenio estatal, que ya se había venido aplicando antes de la sentencia de conflicto colectivo, se consideraba vivo por la empresa, habida cuenta que las partes negociadoras habían decidido mantener hasta 2017 la negociación y es de aplicación el art. 86.3 ET que dice: "Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia (...)".

Por tanto, inicialmente se aplicaba el convenio estatal, que deja de aplicarse por haber concluido la duración pactada y haber un convenio provincial vigente. Sin embargo, todo se complica cuando el provincial deja también de estar vigente, pero este de forma clara, por decisión expresa de las partes. En este punto la empresa considera que debe aplicarse el estatal y, por su parte, la trabajadora que impugna entiende que aplica el provincial.

La trabajadora que demanda lo hace sobre la base de una reclamación de cantidad por diferencias salariales dimanantes de la aplicación errónea del convenio. Sostiene que deberían pagarle los salarios establecidos en el convenio provincial y no los previstos en el estatal, a pesar de que aquel había perdido vigencia. Las diferencias salariales que solicita respecto del año 2014 ascienden a 8.341,82€ y de enero a marzo de 2015 solicita la cantidad de 1.478,34€ más el pago de intereses del 10%. Por tanto, la trabajadora

costraría más con el convenio provincial que con el estatal.

No consta que haya demanda por la representación de los trabajadores ni sobre el convenio aplicable ni sobre las diferencias salariales.

Este conflicto personal se dirime por el Juzgado de lo Social dando la razón a la trabajadora y Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ante el que la empresa recurre en suplicación, sostiene el mismo criterio en la sentencia que se impugna en casación para unificación de doctrina.

La cuestión controvertida es determinar qué salario debe aplicarse a partir de que el convenio colectivo provincial que regía las relaciones entre las partes pierde su vigencia habiéndose pactado por las partes negociadoras el límite temporal de la ultraactividad y estando el estatal en negociación. Para ello, la empresa interpone recurso de casación para unificación de doctrina por infracción del art. 86.3 ET.

### III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tras la valoración de la sentencia de contraste, que hace expresa referencia al mismo caso que se plantea, si bien desde una demanda de conflicto colectivo y no de reclamación de salarios, el Tribunal Supremo da la razón a la empresa recurrente, casando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, considerando que el convenio de ámbito inferior que deja de estar vigente cede ante el convenio de ámbito superior.

Aplica el Tribunal Supremo su doctrina de la sentencia [STS –pleno– de 5 de junio de 2018, Rcd. 427/2017](#), que "dejó clarificado

que existiendo convenio de ámbito superior, el mismo resulta de aplicación, de manera que las condiciones laborales de un Convenio Colectivo fenecido, cuando ha transcurrido un año desde la terminación y no se ha acordado un nuevo convenio, no continúan rigiendo las relaciones laborales de los incluidos en su ámbito de aplicación que deben regirse por el contenido del convenio colectivo de ámbito superior".

Este criterio se basa de forma clara en lo que establecía el ET en su redacción dada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que era lo siguiente "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación".

Por tanto, se daba una solución desde la propia ley para casos como el enjuiciado y así, de forma práctica, cuando la negociación en un ámbito inferior no había sido posible, pero, por el contrario, sí existía convenio de ámbito superior, entraba directamente a aplicarse el convenio superior por sustitución. De esta forma, como bien dice el Tribunal Supremo, "no se implanta el derecho del trabajador y empresa a seguir de forma indefinida con un convenio colectivo que ya no está vigente si existe un convenio de ámbito superior que sí lo está".

En consecuencia, el convenio inferior no vigente dejaba de existir y, en palabras del Tribunal Supremo, se produce "su total desaparición del ordenamiento jurídico por decaimiento de su vigencia y completa sustitución por el de sector".



#### IV. SITUACIÓN DESPUÉS DE LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021

La solución dada por el Tribunal Supremo posiblemente no podrá ser mantenida a partir de la reforma laboral del Real Decreto-ley 32/2021 que ha modificado el art. 86.3ET y, entre otras cosas, ha suprimido el párrafo siguiente: "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación".

Esa aplicación del convenio de ámbito superior no se podrá imponer toda vez que, por un lado, los convenios de forma automática quedan prorrogados (ultraactividad) por lo que un convenio provincial como el analizado seguiría siendo vigente, salvo pacto en contrario y, por tanto, los trabajadores tendrían derecho al cobro de las cantidades pactadas en el convenio provincial.

Por otro lado, se elimina la posibilidad de aplicar el convenio superior, salvo que expresamente se pacte, por lo que en lugar de favorecer la negociación sectorial (y entendemos que sobre todo la estatal) se va a permitir que los convenios de ámbitos inferiores se mantengan. Por tanto, no parece que la supresión del párrafo mencionado sea una forma de potenciar la negociación sectorial nacional aunque sí permita la adaptación de las condiciones a las empresas en ámbitos inferiores, que es una de las finalidades de la reforma laboral.

Ante casos como el tratado donde un convenio deja de tener vigencia por el transcurso del tiempo para el que fue negociado, las partes negociadoras deberían haber gestionado sus diferencias por la vía de la mediación a través de los procedimientos regulados en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 ET o, en su caso haberse sometido a arbitraje. Es relevante recordar que estos procedimientos ya existían antes de la reforma laboral. Pues bien, en mediación los acuerdos pueden demorarse años o incluso no llegarse a su adopción nunca y si no hay acuerdo se mantiene la vigencia del convenio, por lo que, desde un punto de vista estrictamente práctico, la solución de la nueva normativa puede fomentar el inmovilismo de los convenios pactados de ámbito inferior (por una u otra parte legitimada para negociar, según interés). Esto supondrá un estancamiento de los derechos de los trabajadores que se contemplan en el convenio en ultraactividad y que se irán aproximando progresivamente, con el paso del tiempo, a los negociados en el convenio superior. De esta forma, el convenio sectorial estatal está llamado a jugar un papel incuestionable en la regulación de materias como son los salarios.

Por otro lado, la indefinida negociación en el ámbito inferior tendrá un costo empresarial incuestionable y creará hartazgo en los trabajadores, que lo que quieren es tener un convenio colectivo a tiempo. Esto podría propiciar que al final se aplique, en casos equivalentes al tratado en la sentencia, el convenio superior por acuerdo de las partes.

## EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO Y EL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE DESPIDO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE ENERO DE 2022

### The discontinuous fixed contract and the expiry period of the dismissal action. Regarding the judgement of the supreme court of January 20, 2022

**Autor:** José Antonio Buendía Jiménez

**Cargo:** Magistrado del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Alicante

**Resumen:** La sentencia que sirve de excusa a esta letras ha puesto de actualidad la siempre controvertida figura del fijo discontinuo que ha ocupado la atención del TS en numerosas ocasiones en temas tales como la propia determinación de la existencia de este tipo de vínculo, la forma de cómputo del período de prestación de servicios a efectos de la indemnización por despido, la forma del cálculo del complemento por antigüedad, la creación del indefinido no fijo discontinuo. En esta ocasión sobre esta institución, que ha sido reciente de una importante reforma por parte del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre ampliando notablemente su ámbito objetivo de cobertura, se plantea un peculiar problema cual es el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de despido en el supuesto del fijo discontinuo en situación de IT que no es llamado al trabajo. En concreto cual debe ser el *dies a quo* del cómputo de dicho plazo, controversia que es resuelta por el Alto Tribunal apreciando la existencia de caducidad de la acción.

**Palabras clave:** Despido, fijo discontinuo, situación de IT, falta llamamiento. *dies a quo*, caducidad.

**Abstract:** The sentence that serves as an excuse for these letters has brought up to date the always controversial figure of the fixed discontinuous that has occupied the attention of the TS on numerous occasions on issues such as the very determination of the existence of this type of link, the form of computation of the period of provision of services for the purposes of compensation for dismissal, the method of calculating the complement for seniority, the creation of the indefinite non-fixed-discontinuous. On this occasion about this institution, which has recently undergone an important reform by RD-Law 32/2021, of December 28, significantly expanding its objective scope of coverage, a peculiar problem arises, which is the calculation of the term for the exercise of the action of dismissal in the event of the fixed-discontinuous IT situation that is not called to work. Specifically, what should be the *dies a quo* of the computation of said term, a controversy that is resolved by the High Court appreciating the existence of expiration of the action.

**Keywords:** Dismissal, fixed-discontinuous, IT situation, lack of appeal, *dies a quo*, expiration.

## SUMARIO

- I. EL SUPUESTO DE HECHO
- II. LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA Y DE SUPPLICACIÓN
- III. LA REGULACIÓN LEGAL VIGENTE AL MOMENTO DEL PRESUNTO DESPIDO
- IV. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL RD-LEY 32/2021
- V. LA DOCTRINA EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA
  1. PUNTO DE PARTIDA
  2. LOS PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES DEL TS SOBRE CADUCIDAD Y FIJOS DISCONTINUOS
  3. LA CONCLUSIÓN DEL TS EN EL CASO ENJUICIADO
- VI. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN FINAL

### I. EL SUPUESTO DE HECHO

I. La trabajadora demandante prestó servicio para un colegio a través de distintos contratos temporales, suscritos en fraude de ley, el último para obra o servicio determinado para el curso escolar 2016-2017, iniciado el 1-9-2016 y finalizado el 30-6-2017.

Durante la vigencia de este contrato, la actora inicia el 13-9-2016 proceso de IT hasta el 20-2-2018, solicitando el 1-3-2018 su reincorporación al trabajo a lo que responde la empresa negando la condición de fija discontinua y entendiendo que el vínculo estaba extinguido desde el 30-6-2017. Ante esta respuesta la trabajadora ejercita la acción de despido, presentado papeleta de conciliación del 15-3-2018 y, tras el acto de conciliación

celebrado el 5-4-2018, presentó demanda por despido.

### II. LAS SENTENCIAS DE INSTANCIA Y DE SUPPLICACIÓN

El Juzgado de lo Social n.º 5 de A Coruña, mediante sentencia de fecha 4-6-2018, desestimó la demanda de la trabajadora apreciando la caducidad de la acción de despido, sentencia que fue revocada por el [TSJ de Galicia, sentencia de 27-2-2019](#) cuyo fallo era del siguiente tenor "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado ..... actuando en nombre y representación de Dª .... contra la sentencia de fecha cuatro

de junio de dos mil dieciocho dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de A Coruña a en autos 213/2018 seguidos a instancia de la recurrente contra el COLEGIO .... declaramos la nulidad de la sentencia de instancia por lo que reponemos las actuaciones al momento previo al dictado de la sentencia para que la Juez que conoció del acto del juicio oral dicte nueva resolución desestimando la excepción de caducidad invocada y entrando a resolver sobre el fondo del asunto".

### III. LA REGULACIÓN LEGAL VIGENTE AL MOMENTO DEL PRESUNTO DESPIDO

El art. 59.3 ET dispone que "el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos".

El art. 103.1 LRJS dispone que "el trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional".

El art. 16.2 ET establece que "Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción social, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

### IV. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL RD-LEY 32/2021

Sin olvidar que las modificaciones introducidas en el art. 16 ET por el art. 1º del RD-Ley 32/2021 no entrarán en vigor hasta el 30-3-2022, cabe reseñar que, en lo que ahora interesa, el citado precepto modifica la regulación anterior y dispone, en el último inciso del n.º 3 del citado art. que "las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen".

Lo anterior parece poner en cuestión que el modo de reclamar frente al incumplimiento de la obligación de llamamiento sea el ejercicio de la acción de despido, lo que a su vez incide en la idea de que la falta de llamamiento no supone decisión empresarial rupturista sino suspensiva de la relación laboral del trabajador fijo discontinuo.

Y ello no es algo baladí, pues tiene una notable influencia en la medida en que se sino se considera roto el contrato por la falta de llamamiento, el empresario podrá volver a llamar al fijo discontinuo en cualquier momento, sin que esta pueda alegar que se ha producido una ruptura unilateral por parte del empresario y que este no puede recomponer unilateralmente el contrato de trabajo.

Si se entiende que no hay ruptura por la preterición en el orden de llamamiento podrá llamar al fijo discontinuo, incluso aunque ya se hubiera producido la demanda y la falta de atención de ese llamamiento se consideraría una baja voluntaria al no existir una ruptura de la relación laboral previa.

## V. LA DOCTRINA EN UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

### 1. Punto de partida

La Sala parte de la consideración de que el instituto de la caducidad, al estar vinculado al de seguridad jurídica de quien debe sufrir las consecuencias del éxito de la acción a la que se vincula, debe ser apreciada de forma razonada y no arbitraria de manera que se eludan excesivos formalismos que lleven a una desproporción entre los fines preservados y los intereses sacrificados.

Por ello, el instituto de la caducidad sirve al principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 CE, por lo que las normas que establecen determinados plazos para la caducidad de las acciones, transcurridos los cuales estas desaparecen del tráfico jurídico, no pueden ser entendidas con un valor intrascendente, dada su repercusión en el tráfico jurídico.

Lo que ha llevado al Alto Tribunal a considerar que para apreciar la caducidad es necesario que la empresa manifieste su voluntad extintiva mediante una conducta inequívoca, expresada mediante actos claros y concluyentes, sin que pueda atribuirse este efecto a actuaciones ambiguas, pues la caducidad es una medida excepcional del ordenamiento jurídico que protege el interés general derivado de la pronta certidumbre de determinadas situaciones de pendencia que, por su propia naturaleza, no pueden ser objeto de interpretaciones extensivas, no favorecer a quienes, con incumplimiento del principio de buena fe que debe presidir la relación entre las partes del contrato de trabajo, generan una situación de inseguridad de la que no pueden luego prevalerse (SSTS de 10-5-2015 y 22-1-1987).

### 2. Los pronunciamientos anteriores del TS sobre caducidad y fijos discontinuos

1. La [STS de 8-6-1992](#): Estando el fijo discontinuo en situación de IT y siendo esta causa de suspensión del contrato de trabajo, solo a partir del alta médica se inicia el cómputo del plazo de caducidad.

2. La [STS de 28-7-1995](#): La falta de alta en SS al trabajador en IT que no atiende el llamamiento por estar en esta situación no constituye despido.

3. La [STS de 27-3-2002](#): En caso de contratos fraudulentos de obra o servicio por curso escolar, que en realidad son fijos discontinuos, la empresa está obligada a llamar a los trabajadores al inicio del curso escolar y de no hacerlo el plazo de caducidad comienza a computarse desde que no fueron llamadas al inicio del nuevo curso escolar y no desde que finalizó el curso anterior. No sigue esta doctrina la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27-1-2022 que fija el *dies a quo* del plazo de caducidad en el día en que quedó extinguido el contrato temporal reputado fraudulento.

4. La [STS de 16-10-2013](#): En caso de contratos fraudulentos en el que la empresa tiene por extinguido el contrato, la impugnación del cese, alegando la condición de fija, debe impugnarse en los 20 días siguientes al cese.

5. La [STS de 14-7-2016](#): En ella se afirma que la situación de los trabajadores fijos discontinuos en situación de IT que se mantiene cuando se inicia una nueva actividad con nuevos llamamientos, y en la que se dice que aunque el trabajador se encontrara enfermo, ello no exime de la obligación de llamamiento a la empresa quien de realizarlo, deber proceder a dar de alta al trabajador sin perjuicio de cursar seguidamente la baja por Incapacidad Temporal,

pudiendo de esta manera proceder a contratar interinamente a otra persona para que desempeñe el puesto de trabajo del enfermo si por conveniente lo tuviere a través del oportuno contrato de interinidad. En definitiva, deben ser llamados los trabajadores en situación de incapacidad temporal, momento a partir del cual la empresa debe asumir la obligación de colaboración con la Seguridad Social, si bien la reincorporación efectiva al trabajo se producirá a partir del alta médica.

### 3. La conclusión del TS en el caso enjuiciado

El TS partiendo de que a pesar de estar suspendido el contrato por la situación de IT (art. 45.1 c) ET), dicha suspensión solo afecta a las obligaciones de las partes en relación con la prestación de servicio y pago de salarios, sin embargo, ello no exonera a la empresa de retomar la relación laboral y así cumplir con sus obligaciones en materia de Seguridad Social cuando el trabajador está la situación de IT. Por ello, si la empresa no procede al llamamiento incurre en incumplimiento a partir del cual el trabajador puede reclamar, iniciándose el cómputo del plazo de caducidad.

Para el Alto Tribunal este incumplimiento debe entenderse cómo una manifestación inequívoca de la voluntad destructiva del empresario, de forma que siendo claro el precepto el trabajador puede demandar desde la falta de llamamiento sin esperar al alta médica.

La sala considera caducada la acción de despido porque dicho plazo debe computarse desde que el trabajador tiene conocimiento que no ha sido llamado al inicio del curso escolar.

## VI. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN FINAL

La sentencia que aquí se glosa, sienta una doctrina en mi opinión cuestionable y parte de una premisa que creo que no se ajusta a la realidad, siendo muy cuestionable que toda falta de llamamiento supone una manifestación inequívoca de la voluntad empresarial de tener por extinguido el contrato de trabajo.

Este punto de partida, con importantes consecuencias, en cuanto a las consecuencias de la declaración que se efectúe en el procedimiento por despido, parece que puede sufrir un cambio radical tras la nueva redacción dada al último inciso del n.º 3 del art. 16 ET al disponer que "las personas fijas-discontinuas podrán ejercer las acciones que procedan en caso de incumplimientos relacionados con el llamamiento, iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de este o desde el momento en que la conociesen".

Como puede advertirse la norma que entrará en vigor el 30-3-2022 ya no remite de forma expresa al proceso por despido para impugnar la falta de llamamiento, lo que podría llevar a pensar que a partir de entonces, no toda falta de llamamiento va a suponer la existencia de un despido y que la acción de despido no será la única que podrá ser ejercitada por el fijo discontinuo.

O mucho estoy yo equivocado o esta nueva redacción puede suponer la necesidad de que por el TS se lleve a cabo un replanteamiento de lo que hasta ahora parecían axiomas incuestionables, de modo que todo lo dicho y escrito hasta ahora sobre las consecuencias de la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos pueda entenderse que ha perdido virtualidad, fundamentalmente porque los criterios jurisprudenciales no resulten aplicables al nuevo ámbito objetivo de

la figura del fijo discontinuo tal y como la reforma de 2021 lo ha diseñado, lo que puede ser un extraordinario caldo de cultivo para el aumento de la litigiosidad y el aumento de la inseguridad jurídica, si finalmente como aquí se vaticina, la reforma no es casual, ni irrelevante, sino que supone un cambio radical en el modo y manera en el que los fijos discontinuos debe atacar la falta de llamamiento.

En fin, el tiempo y los Altos Tribunales, dirán la verdadera relevancia del cambio normativo y los profesionales abrirán nuevos campos de debate que cada uno resolverá de la mejor manera posible.

No me queda sino llamar la atención sobre el dato de que en los hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 5 de A Coruña, que no consta que fueran modificados en sede de suplicación, no se declara probado cuando la trabajadora tuvo conocimiento de la falta de llamamiento, lo que visto el criterio de la sentencia del TS (el plazo de caducidad se inicia en el momento en el que el trabajador, aunque se encuentre en IT, conoce que no ha sido llamado para el siguiente curso escolar, me lleva a preguntarme ¿cuál fue ese día?.



## UN PASO CRUCIAL EN LA JIBARIZACIÓN DE LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO EN EL EMPLEO PÚBLICO.

### COMENTARIO A LA STS 4328/2021, DE 16 DE NOVIEMBRE

#### A crucial step in the jibarization of the non permanent public employee on an open-ended contract in the public sector.

#### Comment to Sentence 4328/2021, 16th november

**Autor:** Martín Godino

**Cargo:** Doctor en Derecho. Socio Director de Sagardoy Abogados

**Resumen:** La declaración judicial de que la contratación de una persona trabajadora por una entidad pública ha sido fraudulenta no conlleva en todo caso, y automáticamente, la consecuencia de que la relación entre las partes es indefinida no fija, sino que habrá que analizar si la persona afectada había superado o no un proceso selectivo de acceso al empleo público en el que se hayan respetado efectivamente los principios de igualdad, mérito y capacidad, en cuyo caso la naturaleza del contrato entre las partes será la de fijo ordinario y no la de indefinido no fijo.

**Palabras clave:** Empleo público, sociedad mercantil estatal, contrato fijo, contrato indefinido no fijo, principios de igualdad, mérito y capacidad.

**Abstract:** The judicial declaration that the hiring of an employee by a public entity has been fraudulent does not automatically lead to the declaration that the relationship between the parties is indefinite term, but rather it will be necessary to analyze whether or not the person concerned passed a selective process of access to public employment in which the principles of equality, merit and capacity have been effectively respected, in which case the nature of the contract between the parties will be that of an ordinary permanent contract and not a non- permanent on an open-ended contract.

**Keywords:** Public employment, state-owned commercial company, permanent contract, non-permanent on an open-ended contract, principles of equality, merit and capacity.

## SUMARIO

- I. ANTECEDENTES ESENCIALES DEL CASO
- II. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA
- III. LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA Y SUS POSIBLES EFECTOS FUTUROS

## I. ANTECEDENTES ESENCIALES DEL CASO

La trabajadora demandante, en proceso de impugnación de despido, había estado contratada como técnico administrativo en el área comercial por AENA, sociedad mercantil estatal, a través de diversos contratos temporales de interinidad y de relevo, en un periodo de tiempo total, aunque con interrupciones, de prácticamente diez años, periodo en el que la trabajadora desempeñó siempre las mismas funciones y en el mismo puesto de trabajo, según se declara probado en la Sentencia de instancia y ha quedado incólume en todo el curso del proceso judicial.

El último contrato temporal de interinidad, cuya extinción provoca la demanda por despido, se había formalizado para ocupar un puesto hasta su cobertura definitiva por provisión interna. Producida la adjudicación de la plaza a otra persona, se comunicó a la demandante en el proceso la extinción de su contrato de interinidad, decisión contra la que se acciona en el proceso.

La Sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Elche el 20 de mayo de 2018, consideró que la contratación temporal había sido fraudulenta, calificación que no es objeto ya de discusión ni en suplicación ni en casación, y en consecuencia declaró la extinción del contrato como despido improcedente, calificación que tampoco se altera ya en todo el recorrido judicial.

Pero hay dos circunstancias en el proceso judicial que, sin traslado inmediato al resultado del mismo, puesto que no se discute ni el carácter fraudulento de la contratación temporal sucesiva ni tampoco la calificación del acto extintivo, dan lugar a un muy relevante debate y a la doctrina que fija la Sentencia que es objeto de comentario.

La primera circunstancia es que la Sentencia de instancia considera que el vínculo de la trabajadora con la entidad pública ha de calificarse de fijo o indefinido ordinario, y no indefinido no fijo, porque a su juicio no son aplicables a una sociedad mercantil estatal los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público que establece el artículo 103 CE y, en su desarrollo, el artículo 55 del EBEP. Y la segunda, la que realmente permite a la Sala del Tribunal Supremo introducir una doctrina novedosa, es el hecho de que la demandante había concurrido a una convocatoria de plazas fijas en la propia entidad pública y había superado el proceso de selección, aunque no había obtenido plaza, quedando en una bolsa de candidatos en reserva, prevista en el convenio colectivo de AENA, en virtud del cual esa bolsa se utilizaría para futuras contrataciones fijas o temporales mientras estuviera vigente, estableciéndose un plazo de vigencia de cinco años, periodo no transcurrido cuando la actora finalizó su vinculación con la entidad pública por extinción del último contrato de interinidad.

La Sentencia de instancia fue recurrida en suplicación tanto por la actora como por AENA, pero fue confirmada íntegramente por el [TSJ de la Comunidad Valenciana en Sentencia de 16 de abril de 2019](#), manteniendo los pronunciamientos del Fallo y también la calificación de la relación que mantenía la demandante con la entidad pública. Es importante reseñar que en el recurso de suplicación de AENA ya se combatía la declaración de que la relación laboral entre las partes había devenido, por el carácter fraudulento de la contratación temporal, en una relación de naturaleza indefinida o fija, pero el motivo fue desestimado porque la Sala del TSJ entendió que los principios de igualdad, mérito y capacidad no resultaban de aplicación a AENA, al no estar afectada por la previsión en tal sentido del EBEP. Es esta la Sentencia recurrida en casación para la unificación de

doctrina por AENA, invocando como sentencia contradictoria la del [TSJ de Canarias \(sede de Tenerife\)](#) de 26 de junio de 2018.

## II. LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA

La Sentencia identifica con precisión, en el primer párrafo del primer fundamento jurídico, el objeto del debate, que luego sin embargo será más amplio, para apreciar la contradicción. Y señala que se trata de *determinar si el personal temporal, cuya relación ha sido calificada de fraudulenta, debe ser considerado como indefinido no fijo al prestar servicios en AENA.*

Para resolver el debate sobre la naturaleza jurídica de la relación entre las partes, indefinida ordinaria o indefinida no fija, se acepta que la Sentencia recurrida y la Sentencia invocada como de contraste llegan a conclusiones distintas ante hechos y fundamentos sustancialmente iguales, por entender la primera que el EBEP no es aplicable a una sociedad mercantil estatal como AENA y considerar la segunda, dictada a propósito de la misma entidad pública, que sí está afectada por las previsiones del citado Estatuto en lo que se refiere a la necesidad de observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad exigidos en el artículo 55 del mismo.

La Sentencia resuelve el debate apelando a su propia doctrina más reciente, que puede considerarse plenamente consolidada desde la [Sentencia de 10 de septiembre de 2020](#), luego reproducida en muchas otras posteriores que se citan ahora en la Sentencia comentada. Se reitera que el caso de las sociedades mercantiles estatales ha de aplicarse el artículo 55 del EBEP, por aplicación de la remisión contenida al mismo en la Disposición Adicional Primera del propio Estatuto.

Se recuerda así que *el tenor literal de la citada D.A. 1ª del EBEP indica que al referirse a las 'entidades del sector público estatal' no se limita las 'entidades de derecho público' mencionadas en el artículo 2 (porque) en caso contrario la reiterada D.A. 1ª no tendría ningún contenido porque las entidades de derecho público ya están incluidas en su ámbito de aplicación conforme al artículo 2 EBEP. Esta última dicción faculta la afirmación de que, también en el sector societario en que nos encontramos, opera la necesaria concurrencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad para el acceso al empleo público (concepto más amplio que el de función pública), tal y como dispone el artículo 55 EBEP al desarrollar las directrices del texto constitucional –artículo 103 CE– que fija los mérito y capacidad, y el sumatorio de su artículo 14, a fin de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades.*

Doctrina correcta de la que se deriva que cuando dichos principios no se han observado, la naturaleza jurídica de la relación entre las partes, cuando se ha producido contratación irregular, ha de ser la de indefinida no fija, *con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice*, conclusión que es además coherente con lo que dispone el propio convenio de AENA, en cuyos artículos 23.3 y 24.1 establece que el ingreso del personal lo será siempre respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Como la Sentencia recurrida no contiene la doctrina correcta, puesto que había considerado que no eran aplicables los principios de acceso al empleo público a la entidad demandada, y en consecuencia había calificado la relación como fija, se casa la Sentencia y se pasa por el Tribunal a resolver el debate planteado en suplicación.

Y es aquí donde, siendo interesante todo lo anterior, aborda un análisis que es el que

justifica la elección de esta Sentencia para su comentario. Superada la existencia de contradicción y resuelto que los principios que se proclaman en los artículos 103 CE y 55 EBEP son aplicables a AENA, se aborda en la Sentencia si realmente estos principios se habían cumplido en el caso de la actora, cuestión que no se había resuelto en suplicación porque la Sentencia del TSJ, como la de instancia, había concluido que no lo eran, pero que sí se había planteado en la impugnación del recurso de suplicación formulada por la representación letrada de la trabajadora, que sostenía que en su caso tales principios se habían cumplido plenamente.

Esta combinación de factores, entre los que no es menor la importancia y utilidad de la impugnación del recurso de suplicación para plantear cuestiones que se han rechazado en la instancia aunque la sentencia haya resultado favorable a quien las formuló, lo que demuestra pericia del Letrado de la parte actora, permite a la Sala abordar una cuestión que raramente se plantea pero que puede ser frecuente en el ámbito del empleo público. En efecto, la parte actora sostiene que debía ser considerada fija, y no indefinida no fija, porque en ella concurrían ya los requisitos de superación y acreditación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, afirmación que se sostiene en el hecho de que había superado un proceso selectivo para plazas fijas en la entidad pública, aunque no hubiera obtenido plaza y se la hubiera dejado asignada a una bolsa de empleo de candidatos aprobados pero sin plaza.

Pues bien, la Sentencia considera efectivamente que *la actora, en la prestación de servicios que ha mantenido con la demandada, ya ha pasado por un proceso de selección, acorde con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, que fue superado, aunque sin obtener plaza. Siendo ello así, y respondiendo ese proceso al acceso a plaza de la categoría profesional y nivel profesional que venía osten-*

*tando, puede decirse que la demandante ha adquirido la condición de fija en la demandada ya que la figura del indefinido no fijo, como se ha dicho por esta Sala, persigue salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiriera la condición de trabajo fijo en el puesto que venía desempeñando, al margen de aquellos principios, lo que en el caso de la demandante no sucede ya que esos principios se han respetado al haber participado en una convocatoria externa para cobertura de plazas fijas, de manera que ha sido debidamente valorada, superando el proceso selectivo, sin que el hecho de no haber obtenido plaza obste para tener por cumplidas aquellas exigencias constitucionales.*

Con tal razonamiento, la Sentencia termina desestimando el recurso de casación para la unificación de doctrina y confirmando la Sentencia de suplicación, aunque por razones y fundamentos distintos a los acogidos por la misma.

### III. LA TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA Y SUS POSIBLES EFECTOS FUTUROS

La doctrina de la Sentencia es de gran trascendencia, y seguramente producirá un cambio de perspectiva en el análisis de los casos similares que puedan plantearse en el ámbito del empleo público. La conclusión de que el uso de la contratación temporal en el ámbito del empleo público pueda calificarse de fraudulenta, lo que no ha sido infrecuente lamentablemente en los últimos años y puede incrementarse con la aplicación del nuevo marco más restrictivo de contratación laboral que se deriva del Real Decreto Ley 32/2021 y de la Ley 20/2021, ambas de 28 de diciembre, ya no podrá ser el final del ra-

zonamiento judicial para calificar la naturaleza jurídica de la relación de quien ha estado vinculado a una administración o entidad pública mediante contratos temporales calificados de fraudulentos, porque no siempre la conclusión, como hasta ahora había ocurrido, será que estaremos ante una relación indefinida no fija.

Será necesario ahora, por el contrario, en atención a la importantísima doctrina de la Sentencia comentada, que, una vez constatada la naturaleza fraudulenta de la contratación temporal, se analice si la persona trabajadora afectada ha superado un proceso selectivo en el que se hayan garantizado los principios de igualdad, mérito y capacidad, aunque de dicho proceso no se haya derivado la adjudicación de una plaza fija. Porque en tal caso la relación laboral de quien ha superado dicho proceso será la de fijo ordinario y no indefinido no fijo.

Es verdad que la Sentencia, consciente de la importancia del salto cualitativo que supone, aclara que no será suficiente haber superado cualquier proceso de selección, invocando y respetando con ello la doctrina sentada en la precedente Sentencia de 5 de octubre de 2021, que había negado que la superación de un proceso de selección para el acceso a necesidades de contratación temporal, que parece había consistido en entrevistas y revisión de CV, fuera suficiente para considerar respetados aquellos principios constitucionales. Queda en el aire la respuesta a la solución que se hubiera adoptado si, aun tratándose de un proceso de selección para vacantes de naturaleza temporal, se hubiera tratado de un proceso en el que pudieran considerarse suficientemente respetados, en atención a la naturaleza de los criterios de selección y pruebas desarrolladas, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, porque en tal caso es posible, y sostenible, que igualmente habría de considerarse que la vinculación de tal

persona con la entidad pública, si la contratación temporal se considera fraudulenta, es la que corresponde al personal fijo ordinario y no la propia del indefinido no fijo.

En todo caso es incuestionable que la doctrina de la Sentencia obliga a una evaluación más precisa y específica del supuesto de hecho, de manera que la declaración de que en los supuestos de contratación temporal irregular la persona afectada será siempre considerada indefinida no fija ya no puede ser un automatismo acrítico, sino que será necesario indagar si se ha producido realmente un acceso también irregular o, a pesar del carácter fraudulento de la contratación, el proceso para el acceso al puesto se ha realizado con observancia de los criterios de igualdad, mérito y capacidad.

Esta reducción en el campo de juego de la figura del indefinido no fijo se ha visto completada por otra Sentencia posterior de la propia Sala Cuarta del [Tribunal Supremo, la de 28 de enero de 2022](#), que ha señalado que en el caso de reversión de un servicio público al amparo del artículo 44 ET las personas que prestaban servicios en el adjudicatario de dicho servicio antes de la reversión con contrato fijo se incorporan también como personal fijo a la Administración Pública, aunque condiciona tal declaración a que el trabajador siga prestando sus servicios en la unidad productiva objeto de transmisión y permanezca la incertidumbre sobre las consecuencias jurídicas de un futuro cambio en la unidad productiva a la que se encuentra adscrita la persona trabajadora.

En todo caso, doctrina importante la de la Sentencia que es objeto de comentario y, en nuestra opinión, saludable reducción con ella del desmesurado ámbito de juego de la figura del indefinido no fijo en el empleo público.



## **SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LA ÚLTIMA REFORMA LEGAL FRENTE A LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TJUE (A PROPÓSITO DE LA STJUE 13/01/2022, ASUNTO C-282/19, "GILDA-UNAMS")**

### **On the effectiveness of the last legal reform in the light of recent case-law of the European Court of Justice (Concerning STJUE 13/01/2022, case C-282/19, "Gilda-Unams")**

**Autora:** Rosa M<sup>a</sup> González De Patto

**Cargo:** Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

**Resumen:** La reciente sentencia del TJUE de 13 de enero de 2022 retoma la interpretación de la cláusula 5 del Acuerdo marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, sobre contratos de duración determinada, a propósito, una vez más, de un litigio relativo a contratación temporal abusiva en el sector público, en la que aborda la espinosa cuestión de la adecuación de las medidas de Derecho interno de los Estados para combatir el abuso y el alcance del principio de interpretación conforme. Aunque esta sentencia no resulta especialmente innovadora, contiene apuntes de interés respecto a la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de una interpretación conforme, incluida la que implique la inaplicación de normas internas impeditivas de la estabilidad en el empleo. Por otra parte, dado que ha sido dictada en un contexto de recientes reformas legislativas en nuestro país para combatir el empleo temporal abusivo en las Administraciones Públicas, propicia el análisis crítico de la efectividad de estas medidas reformistas a la luz de las pautas interpretativas del TJUE.

**Palabras clave:** Empleo público temporal, abuso, jurisprudencia TJUE, reforma legislativa.

**Abstract:** The recent judgment of the Supreme Court of 13/01/22, retakes the interpretation of the clause 5 of the framework agreement annex to the Directive 1999/70/CE, of 28th of June, about fixed-term contracts, regarding, once again, a dispute relating to abusive temporary contracts in the Public sector, in which addresses the problematic issue of the adequacy of the national law measures legislated by the member States to combat the abuse, as well as the feasibility of judicial interpretations, compatible with the Community rule. Although this pronouncement is not particularly innovative, contains some observations of interest in regard to the obligation of the national courts to adopt an interpretation in accordance with the Directive, that imply the non-application of internal regulations precluding the stability in the employment. On the other hand, since it has been laid down in a context of recent legislative reforms in our country with the aim to fight the abusive temporary employment in the Public Administration, fosters a critical analysis of this reformist norms' effectiveness in the light of the interpretation guidelines set by the Court of Justice European.

**Keywords:** Employment public temporary, abuse, ECJ jurisprudence, legislative reform.

## SUMARIO

- I. ANTECEDENTES DEL CASO
- II. DOCTRINA
- III. VALORACIÓN CRÍTICA
- IV. LA DUALIDAD EN LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA POR LAS SALAS SOCIAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO
- V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS REFORMISTAS CONTRA EL EMPLEO TEMPORAL ABUSIVO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA LEY 20/21, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

### I. ANTECEDENTES DEL CASO

La [sentencia del TJUE de 13 enero 2022](#) viene a dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Ordinario de Nápoles, con ocasión del conflicto suscitado por varios profesores de religión católica de la enseñanza pública vinculados por contratos anuales prolongados durante largo tiempo, que demandan a la Administración educativa con la pretensión de su conversión en trabajadores indefinidos, o, en su defecto, una indemnización reparadora del daño causado por la inestabilidad prolongada en el empleo y la imposibilidad de acogerse al procedimiento de regulación/estabilización convocado, a diferencia del profesorado de otras materias.

En el litigio principal concurren, por tanto, dos cuestiones controvertidas. En primer lugar, por un lado, la tacha de discriminación por

razones religiosas en base a la diferencia de trato entre los profesores de religión católica y el resto de las disciplinas, con invocación de la Directiva 2000/78/CE de 27 de diciembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Y en segundo lugar, la denuncia de abuso en la contratación temporal sucesiva de los profesores de religión, conforme a la interpretación de la Cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/, habida cuenta de que la legislación especial italiana aplicable prohíbe la conversión en indefinidos de los contratos temporales de este profesorado (y del resto del profesorado del sector de la enseñanza no universitaria), mientras que las normas generales destinadas a sancionar el recurso abusivo a una sucesión de contratos de duración determinada en el ámbito de las relaciones laborales, prevén la conversión automática en contrato indefinido cuando la relación laboral sobrepase un determinado plazo temporal; de modo que, por aquélla



razón no son aplicables al sector de la enseñanza no universitaria y, específicamente, a los profesores de religión católica.

Así las cosas, el Tribunal Ordinario de Nápoles, ante el que se sustancia el litigio principal, eleva petición prejudicial al TJUE para que este dilucide si la diferencia de trato de los profesores constituye una discriminación por razón de religión, en el sentido del artículo 21 de la CDFUE y de la Directiva antidiscriminatoria 2000/78, y, por otra parte, si el ordenamiento jurídico italiano, en base a esa normativa especial prohibitiva, carece de medidas alternativas a la conversión en contratos indefinidos, en los términos de la mencionada cláusula 5º de la Directiva 1999/70, que resulten adecuadas para la tutela de los demandantes frente a la contratación temporal abusiva.

## II. DOCTRINA

En lo concerniente a la primera cuestión, el TJUE (apartado 63) rechaza que se trate de un supuesto de discriminación por motivos de religión, ya que la diferencia de trato entre el profesorado de religión católica y el profesorado de otras materias, "no se basa en la religión, sino que se refiere únicamente al régimen aplicable a la relación laboral".

Descartada la discriminación, la controversia se reduce a determinar si el ordenamiento jurídico italiano cuenta con un sistema de protección suficiente y adecuado que prevenga, y en su caso sancione, de forma eficaz el uso abusivo de la contratación laboral temporal del profesorado de religión católica. A partir de ahí, la sentencia recuerda que la cláusula 5 de la Directiva recoge unas disposiciones protectoras mínimas frente a la

contratación temporal sucesiva, dejando un margen de apreciación a los Estados para acoger alguna/s de las previstas con carácter ejemplificativo, o bien optar por otras medidas alternativas si bien con el condicionante mínimo de ser proporcionadas y efectivas para prevenir y sancionar la contratación temporal abusiva.

En definitiva, pues, el TJUE reitera una vez más (apartado 83), como lo hiciera en el caso IMIDRA (STJUE 24-06-21), que es obligación del Estado miembro establecer dichas medidas y garantizar su efectividad, insistiendo en que, por un lado, la mentada obligación no incluye necesariamente la transformación de los contratos de duración determinada en contratos fijos, y, por otro lado, en que el juicio de apreciación de su existencia o no en el ordenamiento jurídico interno corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Lo que sí corresponde dilucidar al Tribunal europeo es si concurren en el caso "razones objetivas" que justifiquen excepcionalmente la contratación de duración determinada sucesiva, y aquí lo hace rechazando las invocadas por el Gobierno italiano: a) el necesario juicio de idoneidad diocesano de los candidatos y b) la flexibilidad organizativa requerida en la contratación de estos docentes. En cuanto al juicio de idoneidad de la diócesis sobre el candidato, presupuesto para su contratación (derivado del concordato entre la República Italiana y la Santa Sede), no es motivo suficiente, según el TJUE, porque también opera para los profesores de la misma materia con contrato indefinido. Tampoco se acepta que la flexibilidad organizativa requerida para adaptar el contingente de profesores de la enseñanza pública de religión católica (de carácter optativo) al número de estudiantes solicitantes de la misma deba proyectarse en la duración del vínculo contractual y sirva de fundamento de la contratación anual su-

cesiva, cuando, por lo general, el objeto de estos contratos son necesidades docentes permanentes dentro de la actividad normal del sector de la enseñanza pública (apartado 110).

Conforme a este argumentario, la sentencia considera que la cláusula 5 de la Directiva resulta contraria a una normativa como la italiana que excluye a los profesores de religión católica de los centros de enseñanza pública de la aplicación de las normas generales que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada (apartado 125). Pero el TJUE va más allá, de modo que, aun ratificando la competencia del tribunal nacional para ponderar la suficiencia del Derecho interno en la sanción adecuada de la temporalidad abusiva, así como su obligación de efectuar una "interpretación conforme" para garantizar el efecto útil de la Directiva, sugiere una solución en este sentido. En efecto, sin llegar aquí a la contundencia de la doctrina Agios Nikolaos, la sentencia de 13 de enero 2022 (apartado 119), propone que, dado que la normativa italiana cuenta con "normas de régimen general aplicables a los contratos de trabajo que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, previendo su recalificación automática en contratos de duración indefinida cuando la relación laboral sobrepase una determinada duración"; así como el reconocimiento, en su caso, de una indemnización por el perjuicio causado por tal sucesión, su aplicación al litigio principal, al amparo del principio de "interpretación conforme"; "podría" constituir una medida preventiva y disuasoria del abuso, animando al tribunal nacional a inaplicar la norma interna especial prohibitiva de la transformación en favor de la norma general acorde con la comunitaria.

### III. VALORACIÓN CRÍTICA

Pese a no aportar nuevos criterios y soluciones interpretativas que refuercen el control de la temporalidad abusiva en el sector público, la sentencia comentada incluye apuntes de interés respecto a la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de efectuar una interpretación conforme a la Directiva, incluida, como en sucede en este caso, la que implique la inaplicación de normas internas contrarias al efecto útil de la Directiva y el recurso a otras vigentes acordes con la norma comunitaria, aunque sin llegar en este punto a la contundencia de la doctrina Agios Nikolaos, en referencia a normas constitucionales.

A propósito de la mencionada doctrina Agios Nikolaos, recuérdese que la [STJUE 11 de febrero 2021 \(C-760/18\)](#), resolvió una cuestión prejudicial de un tribunal heleno relativa a la virtualidad de una modificación constitucional (art. 103.8 de la Constitución griega) que incorpora una prohibición de convertir los contratos de duración determinada del personal del sector público en contratos por tiempo indefinido, evitando así que los tribunales nacionales puedan aplicar una norma general anterior como «medida legal equivalente», para recalificar los contratos de trabajo de duración determinada como contratos indefinidos. Respecto a esta regla constitucional prohibitiva, el TJUE dictaminó entonces que la obligación de "interpretación conforme" que incumbe a los tribunales nacionales, "incluye la apreciación de si pueden aplicarse (...) las disposiciones de una normativa nacional anterior, pero todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, *aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público*".

No se pronuncia tampoco la sentencia GILDA sobre la figura del indefinido no fijo (PINF), como sí lo hiciera la importante [sentencia TJUE de 19 marzo de 2020 \(asuntos acumulados Sánchez Ruiz \(C-103/18\) y Fernández Álvarez y otras \(C-429/18\)\)](#), que, como se sabe, cuestionó su idoneidad como medida de Derecho interno para garantizar el efecto útil de la Directiva 1999/70 respecto al abuso de la contratación temporal sucesiva de los empleados públicos, postura que luego rectificó la posterior sentencia IMIDRA ([STJUE 3 de junio 2021, C-726/19](#)), abriendo la puerta de nuevo a su adecuación contra dicho abuso, en una nueva muestra del sendero errático por el que a veces discurre el Tribunal de Luxemburgo en esta materia.

#### IV. LA DUALIDAD EN LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA POR LAS SALAS SOCIAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como se dijo al comienzo, la sentencia de 12 de enero 2022, asunto GILDA, no es particularmente innovadora en esta materia, reiterando en lo básico la doctrina de la importante [STJUE de 3 de junio de 2021 \(asunto C-726/19, IMIDRA\)](#) que, recuérdese, indujo un cambio de calado de la jurisprudencia de la Sala Social de nuestro [Tribunal Supremo \(STS \(Pleno\) 649/2021, de 28 de junio 2021 \(rec. 3263/2019\)\)](#), que puede resumirse así: por un lado, la atribución de la condición de personal indefinido no fijo (PINF) a quienes estén en situación de temporalidad interina, no justificada, durante un periodo superior a tres años (ex art. 70 EBEP); y, por otro, el rechazo a que razones exclusivamente económicas o presupuestarias puedan justificar la demora de la Administración empleadora, más allá de ese plazo, en las convocatorias de OEP, de modo tal que, pese a la licitud

originaria de la contratación temporal, su prolongación excesiva amparada en dichos motivos deviene fraudulenta implicando la conversión en PINF, que, en caso de cese por no superación del postrero proceso selectivo para la cobertura definitiva de la vacante, ostenta el derecho a una indemnización equivalente a la del despido objetivo.

Sin embargo, la recepción de la jurisprudencia comunitaria efectuada por la Sala Social del Tribunal Supremo (TS) no es pacífica, siendo cuestionada por la doctrina judicial y científica su adecuación a las prescripciones del TJUE. Así, han sido muchas las resoluciones de instancia y de suplicación del orden jurisdiccional social que han descartado la conversión en PINF en los supuestos de contratación temporal sucesiva fraudulenta de asalariados públicos, optando por reconocerles, sin matices, la condición de fijos, salvando el condicionante constitucional de los principios de igualdad, mérito y capacidad en acceso a las AAPP (arts. 23 y 103 CE) con la superación previa por los afectados de pruebas selectivas, aunque fuesen para empleos temporales ([STSJ de Madrid de 21 de julio de 2021](#), [STSJ Cataluña 17 de noviembre de 2021](#), [SJS n.º 2, Granada, 31 de mayo de 2021](#), entre las más recientes).

Ante el embate de la doctrina de suplicación, la jurisprudencia unificadora de del TS-IV ha modulado su doctrina, manteniendo con carácter general su criterio contrario a la firmeza y la opción por el reconocimiento de la condición de PINF en los supuestos en que el proceso de selección superado por el demandante conducía a la *cobertura temporal* de una plaza y la contratación temporal devenida del mismo incurra en fraude de ley, por tratarse de puesto de trabajo estructural en la actividad ordinaria de la Administración convocante ([SSTS \(4\) 24 de noviembre 2021 \(rec. 2341/2020; rec. 4279/2020; rec. 4280/2020\)](#); [STS 25 de noviembre 2021 \(rec. 2337/2020\)](#), esta última con dos Votos

Particulares: uno favorable a la declaración de fijeza y el otro postulando la petición de decisión prejudicial al TJUE, por las dudas que suscita ahora la adecuación de este criterio a la jurisprudencia comunitaria. En el mismo sentido se ha pronunciado la más reciente STS 1 y 2 de diciembre 2021 ([rec. 1723/2020](#); [rec. 4279/2020](#)).

Como contrapunto, el TS matiza su postura y admite la pretensión de conversión en contratos fijos de los temporales abusivos en los supuestos de superación previa del demandante de un proceso selectivo *a plaza de carácter fijo* aunque sin obtención de plaza, por entender que esta circunstancia da cumplimiento a las exigencias constitucionales ex art. 103 CE ([STS 16 de noviembre 2021 \(rec. 3245/2019\)](#), caso AENA).

Contrariamente a la Sala IV, la Sala III del TS es la que se ha posicionado en términos más inmovilistas y alejados de la jurisprudencia comunitaria (en sintonía, por cierto, con la tendencia mayoritaria de los TSJ del mismo orden jurisdiccional), manteniéndose enrocada en la solución negativa no solo a la fijeza del funcionariado y personal estatutario interinos afectados por nombramiento/s sucesivos de larga duración (abusivos), sino descartando también la importación al ámbito administrativo de la figura laboral del PINF, amén del rechazo incondicional al reconocimiento del derecho a una indemnización tasada por cese tras la cobertura por funcionarios de carrera del puesto ocupado interinamente. Con estas premisas, la consecuencia jurídica resultante del abuso de la interinidad se reduce a la declaración de nulidad de los ceses desde su fecha, al ser constitutivos de fraude de ley y abuso de derecho (ex arts. 6.4 y 7.2 CC), el derecho de los afectados a la readmisión en sus puestos de trabajo (temporales) hasta que las plazas se provean por el procedimiento legalmente establecido para la cobertura definitiva y fija de las vacantes, y admitiendo como úni-

ca reparación de los perjuicios del abuso una indemnización genérica de daños, haciendo recaer la carga de la prueba de los mismos en el personal interino en lugar de en la Administración incumplidora (SSTS-III de [30 de noviembre 2021 \(rec. 6302/2018\)](#) y de [20 de diciembre de 2021 \(rec. 2489/2019\)](#), por citar las más recientes).

## V. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MEDIDAS REFORMISTAS CONTRA EL EMPLEO TEMPORAL ABUSIVO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA LEY 20/21, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

En este contexto de dualidad en la tutela jurisdiccional frente a la temporalidad abusiva de los empleados públicos protagonizado por las Salas III y IV del TS, resulta oportuno atender ahora, siquiera brevemente, al alcance y efectividad de las últimas medidas de reforma legislativa aprobadas para combatir el exceso de temporalidad en el sector público, en particular, las modificaciones introducidas en el TREBEP por la Ley 20/21, de 28 de diciembre, para dilucidar si resultan adecuadas para prevenir y sancionar el abuso, en el sentido de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE.

El legislador reformista deja claro en la EM que el propósito de la norma es atender a la doctrina del TJUE en esta materia, a partir de los precedentes a los que se ha hecho referencia *ut supra*, mediante la implantación de medidas efectivas que eviten y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad en el sector público, tanto en lo concerniente a funcionarios interinos cuanto al personal laboral temporal.

Como primera consideración respecto del ámbito de su aplicación temporal, precisar que las nuevas medidas restrictivas de la temporalidad en el empleo público solo son aplicables *ad futurum*, esto es, a los empleados públicos de nuevo ingreso a partir de la entrada en vigor de la norma (DT 2ª), y en lo concerniente al ámbito subjetivo, no comprende en un principio al personal del sector de la enseñanza pública ni al personal estatutario del Sistema Nacional de Salud, para los que su aplicación se pospone un año con el objeto de efectuar la adaptación de la legislación específica que les atañe (DF 2 Ley 20/21), y ello, pese a tratarse de los dos sectores con más prevalencia de temporalidad abusiva.

En cuanto a los primeros, funcionarios interinos, la estrategia legal antiabuso se basa en cuatro medidas. En primer lugar, se concretan y tasan los supuestos en los que cabe el nombramiento de interinos, incluyendo la cobertura de vacante (art. 10.1 TREBEP). En segundo lugar, se reformula el plazo temporal de la interinidad cifrado en un máximo de tres años ex art. 10.1.a) (con la salvedad de la excepción prevista en el art. 10.4), agotado el cual la plaza habrá de ser provista, como norma general, por un funcionario de carrera y con ello se producirá el cese del interino; igual límite temporal se impone a los nombramientos vinculados a la ejecución de programas de carácter temporal, que tampoco podrán tener una duración superior a tres años, ampliable un año más por las leyes de Función Pública autonómicas (artículo 10.1.b) TREBEP), para evitar con ello el desempeño interino de puestos de trabajo de carácter permanente o estructural. En cuanto a la interinidad por vacante, conviene atender a la conexión entre el art. 10.1.a) y el apartado 4 del mismo precepto, en el que se establece, como se ha dicho, una excepción al plazo de tres años de duración de la interinidad, que permite al personal funcionario interino permanecer en la plaza más allá de

dicho límite en caso de que se haya publicado la correspondiente convocatoria del proceso selectivo para la cobertura definitiva de la misma por funcionario de carrera dentro del citado plazo de tres años contados desde la fecha de su nombramiento y siempre que esta sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el artículo 70 del TREBEP. En este supuesto excepcional, podrá conservar el puesto durante el desarrollo del proceso selectivo y hasta la resolución de la convocatoria con la correspondiente provisión de la plaza por funcionario de carrera, momento en que se producirá el cese sin derecho a compensación económica (art. 10.4, párrafo 3º TREBEP). Asimismo, podrá continuar en el puesto, en el caso de quedar desierto el proceso selectivo convocado en tiempo, circunstancia que permitirá un nuevo nombramiento de personal interino (art. 10.4, párrafo 2º TREBEP).

En tercer lugar, el legislador concreta y objetiva las causas de cese de los interinos que no conllevan derecho a indemnización extintiva, incluido el de los interinos por vacante acaecido dentro del plazo máximo general de duración de la interinidad (art. 10.3 TREBEP). Y en cuarto lugar, se establece una indemnización tasada por cese para los casos en que este se produzca con incumplimiento de los plazos máximos de permanencia en situación de interinidad, de cuantía equivalente a 20 días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades (DA 17.4 TREBEP), esto es, en los mismos términos de la que viene reconociendo nuestra jurisprudencia casacional social al PINF en caso de cese por cobertura reglamentaria o amortización de la vacante.

Pues bien, aunque en apariencia las medidas reformistas refuerzan las restricciones a las posibilidades de empleo abusivo de los funcionarios interinos, el bloque normativo sus-



cita, vía interpretativa, inquietantes dudas sobre la existencia de indeseables resquicios al abuso prohibido por del Derecho y la jurisprudencia europeas.

Así, no determina la Ley cuál es la consecuencia jurídica para el funcionario interino de la falta o demora por parte de la Administración empleadora de la convocatoria de la OEP (que en principio debería ser anual, ex art. 70.2 TREBEP, y ejecutarse en un plazo máximo de tres años conforme al art. 70.1 in fine). Repárese que en tal caso estaríamos extramuros de la excepción recogida en el art. 10.4, parrf. 3º TREBEP, que permite la prolongación de interinidad más allá de su duración máxima, hasta que se resuelva el proceso selectivo que haya sido convocado y resuelto con cobertura de vacante dentro del plazo previsto en el art. 70.1. En este escenario, se abren dos hipótesis: una, el cese no indemnizado del interino al cumplimiento del plazo de tres años de duración máxima de la interinidad ex art. 10.1.a) TREBEP; y una segunda: su cese indemnizado por incumplimiento de la duración máxima legal, al amparo de la DA 17. 4 TREBEP, en los mismos términos que la jurisprudencia unificadora del TS establece para el PINF. Así las cosas, parece claro que cuando menos la primera hipótesis se opondría a la jurisprudencia comunitaria antiabuso en el empleo público temporal.

Por otra parte, se plantea una segunda cuestión problemática: en el escenario que define el párrafo 2º del art. 10.4 TREBEP –proceso selectivo para la cobertura definitiva de vacante por funcionario de carrera que resulte desierto–, la solución legal es un "nuevo nombramiento", sin aclarar si debe tratarse de una nueva persona distinta al que venía cubriendo la vacante o podría ser el mismo. En la primera hipótesis, se estaría facilitando una indeseable rotación de interinos en el mismo puesto, y en la segunda, la permanencia del mismo interino en la plaza sobre

la base de un nuevo nombramiento, ¿podría prolongarse la relación de interinidad por periodos sucesivos de tres años cuando los sucesivos procesos selectivos para la cobertura de la vacante por funcionario de carrera resultaran desiertos? La cuestión no es baladí, ya que la hipótesis de sucesión de nuevos nombramientos, que la norma no descarta expresamente, colisionaría igualmente con la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70 y la jurisprudencia del TJUE interpretativa de la misma. Por lo demás, la no conformidad con la norma comunitaria no parece que pudiera salvarse con la mera indemnización extintiva prevista en la nueva DA 17.4 TREBEP (20 días/año) para el caso de cese posterior del interino, siempre que se entendiera que en tal supuesto estaríamos ante un incumplimiento del plazo máximo de permanencia ex art. 10. 1. a) TREBEP.

En lo atinente al personal laboral, se añade un nuevo apartado 3 al artículo 11 TREBEP, para garantizar que los procedimientos de selección sean públicos y se rijan en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. Además, en el caso de los asalariados temporales, su contratación deberá estar justificada por razones expresamente acreditadas de necesidad y urgencia. Como en el caso de los funcionarios, la medida para combatir la temporalidad de este contingente es la previsión de una indemnización por cese de 20 días/año vinculada al "incumplimiento de los plazos máximos de permanencia" previstos legalmente (DA 17. 5 TREBEP), sin perjuicio de la que pueda corresponderle conforme a la legislación laboral.

La referencia a este tope temporal como causa de devengo de la indemnización extintiva remite necesariamente, en este caso, a la duración máxima establecida en el TR-LET para la modalidad contractual de que se trate: formativo, circunstancias de la producción, sustitución o cobertura de vacante, supuesto este último en el que, en ausencia

de previsión estatutaria al respecto cuando se trate de empleados públicos, habrá que vincular a la establecida en el art. 70.1 EBEP, tal como ha establecido la última doctrina del TS-IV ([STS 649/21 de 28 de junio 2021](#)). Por otro lado, todo apunta a que tiene una finalidad compensadora o reparadora del cese del asalariado público derivado de la cobertura reglamentaria del puesto o de su amortización extemporáneas, coincidiendo así con la de la figura del PINF, porque de ser otro el motivo del cese, seguramente habría que estar a la de despido improcedente. La identidad de razón del régimen protector en uno y otro caso, quizá conlleve al desplazamiento de la figura del PINF creada jurisprudencialmente para paliar la precariedad del personal asalariado de la AP.

La incorporación por el legislador de esta nueva indemnización extintiva por cese extemporáneo del personal interino (funcionario y laboral) conduce a dos reflexiones. En primer lugar, deja vislumbrar la desconfianza del propio legislador en el cumplimiento por parte de las AAPP de los plazos máximos legales de convocatoria y ejecución de los procesos selectivos para la cobertura de vacantes, una desconfianza que no sería infundada teniendo en cuenta que con mandatos más restrictivos al respecto de la legislación precedente (antiguos arts. 10.4 y 10.1 a), en relación con el art. 70.2 TREBEP, la tasa de interinidad estructural en el sector público ha alcanzado el 30%, según reconoce el propio legislador en la EM de la Ley 20/21, lo que, en definitiva, hace previsible el mantenimiento de bolsas de temporalidad indeseables en el empleo público.

Por otra parte, ¿es suficiente? Cabe recordar que a la luz de la doctrina de las sentencias

Santoro y Rossato ([STJUE de 7 de marzo de 2018, asunto C-494/16](#), y [STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-494/17](#), respectivamente), el reconocimiento legal de este tipo de indemnización objetiva y tasada sería una medida adecuada pero no suficiente para combatir la temporalidad abusiva en el sentido de la cláusula 5 de la Directiva, ya que, según el TJUE, habría de ir acompañada de dos medidas complementarias: a) la *restitutio in integrum*, mediante una indemnización adicional no tasada, reparadora del perjuicio derivado de las oportunidades de empleo perdidas, y b) sanciones disuasorias efectivas a la Administración empleadora.

Pues bien, respecto a esta última exigencia señalada por el TJUE, cabría pensar que la nueva DA 17. 1 y 2 TREBEP cumple con dicho requerimiento al imputar a las Administraciones empleadoras la responsabilidad derivada de cualquier irregularidad en el nombramiento o contratación de personal interino, pero, bien mirado, se trata de un régimen de responsabilidad indeterminado ya que no se concreta su contenido ni alcance (disciplinario, patrimonial, ¿penal?), remitiendo al respecto de forma genérica a otra normativa específica que tampoco aclara o precisa el legislador.

Conforme a la línea argumental y referencias hasta aquí desgranadas, existen razones para concluir que las nuevas medidas de reforma del empleo público dirigidas a combatir el exceso y abuso de la temporalidad adolecen de inconcreciones y carencias que cuestionan su plena efectividad y adaptación a la jurisprudencia comunitaria interpretativa de la cláusula 5 de Directiva 1999/70, de 28 de junio.



## COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL) NÚM. 4199/2021, DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2021, RCU NÚM. 3330/2019, SOBRE EL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN UN SUPUESTO DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS

**Comment on the Supreme court judgement (social chamber) number 4199/2021, november 11, 2021, appeal number 3330/2019, on collective agreement applicable on contracts and subcontracts for works and services**

**Autora:** Sara Alcázar Ortiz

**Cargo:** Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

**Resumen:** La determinación del convenio colectivo aplicable centra la cuestión de este asunto. En un supuesto de contratas de obras y servicios de la propia actividad se cuestiona si el convenio colectivo aplicable es el convenio colectivo sectorial que se aplica a la empresa contratista o el convenio colectivo sectorial que se aplica a la empresa principal. La determinación del convenio colectivo aplicable se basa en el tenor del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores (aún no reformado) y la doctrina jurisprudencial al respecto. El convenio colectivo aplicable será el convenio colectivo sectorial de la empresa contratista o subcontratista.

**Palabras clave:** Contratas y subcontratas de obras y servicios, convenio colectivo aplicable, reforma laboral.

**Abstract:** The determination of the applicable collective agreement lies at the heart of this issue. In the case of works and services contracts for the activity itself, it is questionable whether the applicable collective agreement is the sectoral collective agreement applicable to the contractor or the sectoral collective agreement applicable to the principal undertaking. The determination of the applicable collective agreement is based on the wording of article 42 of the Workers' Statute (as yet unamended) and the relevant case law. The applicable collective agreement shall be the sectoral collective agreement of the contractor or subcontractor.

**Keywords:** Contracts and subcontracts for works and services, applicable collective agreement, labour reform.

## SUMARIO

- I. SOBRE LOS MOTIVOS DEL RECURSO
- II. SUPUESTO DE HECHO QUE SE PLANTEA
- III. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS DE LA PROPIA ACTIVIDAD: NORMATIVA DE DERECHO ESPAÑOL, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE Y NORMATIVA TRAS EL REAL DECRETO-LEY 32/2021
- IV. EL FALLO DE LA SENTENCIA

### I. SOBRE LOS MOTIVOS DEL RECURSO

La sentencia que se comenta<sup>1</sup> resuelve los dos recursos de casación para unificación de doctrina interpuestos por una parte por la trabajadora de una empresa multiservicios y, por otra parte, por dicha empresa, Sherco al Detalle, S.L., contra la [sentencia de 22 de mayo de 2019 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, en el recurso de suplicación n.º 1117/2018](#), formulado frente la sentencia de 4 de septiembre de 2017, citada en los Autos 665/2016-RF, por el Juzgado de lo Social n.º 11 (Refuerzo) de Sevilla, seguidos a instancia de la trabajadora, contra Sherco al Detalle, S.L. y Sherco Staff Hotel ETT, sobre despido y reclamación de cantidad.

La sentencia del JS n.º 11 de Sevilla de 4 de septiembre de 2017 estimó parcialmente la demanda interpuesta por la trabajadora, declarando no la nulidad solicitada sino la improcedencia del despido de la misma por parte de Sherco al Detalle, S.L. con fecha de

efectos 11 de junio de 2016, condenando a esta a estar y pasar por dicha declaración, condenándola además al abono a la trabajadora de 8.069,39 euros en concepto de retribuciones pendientes de satisfacer, más el 10% de interés por mora. Por otra parte, absolvía a Sherco Staff Hotel ETT de todos los pedimentos contenidos en la demanda origen de las actuaciones.

Interpuestos sendos recursos de suplicación por la trabajadora y la empresa Sherco al Detalle, S.L. contra la citada [sentencia, la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, se pronunció en sentencia de 22 de mayo de 2019](#) en la que falla la estimación en parte el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora frente a la sentencia del JS n.º 11 de Sevilla de 4 de septiembre de 2017, revocándola en parte en el sentido de fijar la cuantía de la indemnización por despido en 2.539,02 euros y los eventuales salarios de tramitación (de haber optado la empresa por la readmisión) en 38,47 euros, y la cantidad objeto de condena en 10.917 euros más el 10% de interés por mora, man-

teniendo sus restantes pronunciamientos. Asimismo, desestima el recurso de suplicación interpuesto por Sherco al Detalle, S.L. contra dicha sentencia.

Contra la sentencia dictada en suplicación se formalizaron recursos de casación para la unificación de doctrina; por una parte por la trabajadora, alegando contradicción entre la [sentencia recurrida y la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013 \(RCUD 928/2012\)](#), y, por otra parte, por la empresa Sherco al Detalle, S.L., alegando contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia del [Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de 15 de octubre de 2015 \(RCUD 1059/2015\)](#).

Las cuestiones planteadas en los recursos de casación para unificación de doctrina son, en el interpuesto por la trabajadora, si el despido (que se declaró improcedente por la sentencia recurrida) ha de ser declarado nulo por vulneración de la garantía de indemnidad, y, en el interpuesto por la empresa Sherco al Detalle, S.L., si el convenio colectivo aplicable ha de ser el de limpieza o el de hostelería de la provincia de Sevilla.

## II. SUPUESTO DE HECHO QUE SE PLANTEA

La trabajadora, D<sup>a</sup> Amelia, prestó servicios para la empresa Sherco al Detalle, S.L. en el hotel NH Plaza de Armas de Sevilla, desde el 12 de junio de 2014, a través de contrato para la formación y el aprendizaje, haciendo constar la actividad laboral de limpiadora, con categoría profesional de camarera de piso. A dicha relación laboral se le aplicaba el convenio colectivo de hostelería de Sevilla. El convenio colectivo de la empresa Sherco al Detalle, S.L. fue declarado nulo.

La trabajadora presentó el 5 de mayo de 2016 papeleta de conciliación de reclamación de cantidad contra las empresas Sherco al Detalle, S.L. y Sherco Staff Hotel ETT, siendo celebrado el acto de conciliación el 14 de junio de 2016 con el resultado de sin avenencia.

La empresa Sherco al Detalle, S.L. remitió escrito a la trabajadora el 25 de mayo de 2016 comunicándole la extinción de su contrato de trabajo recogiendo como causa la finalización de la duración de la prórroga del contrato, con fecha de efectos 11 de junio de 2016.

La empresa Sherco al Detalle, S.L. tenía como objeto social servicios de limpieza de edificios, locales, oficinas y toda clase de inmuebles, hostelería, restauración y externalización de tales servicios. Por su parte, Sherco Staff Hotel ETT tenía como objeto social la actividad de trabajo temporal.

La trabajadora tenía pendiente de recibir diferencias salariales de los años 2014, 2015 y 2016 y las vacaciones del último año laboral.

Dicha trabajadora no ostenta ni ha ostentado la condición de delegada de personal, miembro del comité de empresa ni delegada sindical.

## III. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS DE LA PROPIA ACTIVIDAD: NORMATIVA DE DERECHO ESPAÑOL, DOCTRINA JURISPRUDENCIAL APLICABLE Y NORMATIVA TRAS EL REAL DECRETO-LEY 32/2021

Como se ha señalado, la empresa Sherco al Detalle, S.L. recurre en casación para la unificación de doctrina la sentencia de la Sala de

lo Social del [TSJ de Andalucía, sede Sevilla, de 22 de mayo de 2019](#) solicitando que se declare que el convenio colectivo aplicable es de del sector de limpieza de Sevilla y que la categoría profesional de la trabajadora es la de limpiadora conforme a este convenio colectivo. El recurso denuncia la infracción del artículo 37.1 CE, en relación con los artículos 82.3, 83.1 y 84.1 ET, del artículo 3 del convenio colectivo de hostelería de Sevilla (BOP de Sevilla de 21 de agosto de 2015), del artículo 4 del acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de la hostelería (BO de 21 de mayo de 2015) y de los artículos 3 y 4 del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla (BOP Sevilla de 23 de diciembre de 2016).

La trabajadora interpone asimismo recurso de casación para la unificación de doctrina solicitando la declaración de nulidad del despido. El recurso denuncia la infracción del artículo 24.1 CE y del artículo 55.5 ET, en relación con la garantía de indemnidad, e invoca como sentencia de contraste la STS de 4 de marzo de 2013.

En cuanto al recurso de la empresa, el TS entiende que sí que hay contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia referencial, pues en esta última también la empresa demandada despidió a una trabajadora que llevaba a cabo funciones de limpieza de las habitaciones de un hotel que había contratado con aquella empresa el servicio de limpieza. Así, la sentencia de referencia, confirmando la sentencia de instancia, declaró que el convenio colectivo que resultaba de aplicación era el de limpieza de edificios y locales de la provincia de Granada y no el convenio provincial de hostelería, siendo que, por el contrario, la sentencia recurrida en el supuesto que nos ocupa consideró que el convenio colectivo aplicable era el provincial de hostelería y no el provincial de limpieza.

En cuanto al recurso de la trabajadora, el TS considera que no existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, argumentando que en el caso de la sentencia de contraste "no solo constaba que el cese –por no renovación– se hacía como respuesta inmediata a una reclamación sobre la naturaleza del vínculo que unía a las partes, sino que la pretensión tenía la apariencia de estar plenamente justificada, habiéndose limitado la Administración demandada a invocar –como justificación del cese– la llegada del término pactado en el último contrato, pero sin tan siquiera argumentar ni acreditar que había finalizado la obra o servicio contratado, que es lo que ciertamente justificaba la medida extintiva adoptada". En cambio, continúa argumentando el TS, en la sentencia recurrida "cuando se extinguió el contrato sí había finalizado la prórroga del contrato para la formación y el aprendizaje, mientras que en la de contraste no había finalizado en tal momento la obra o servicio objeto del contrato y, como advierte el Ministerio Fiscal, la actividad desarrollada por la trabajadora continuó y tuvo que ser asumida por otros trabajadores".

Por todo ello, se desestima el recurso interpuesto por la trabajadora y se examina solo el fondo del recurso interpuesto por la empresa Sherco al Detalle, S.L.

La subcontratación de obras y servicios, nos recuerda el TS, "es una actividad lícita que cuenta con respaldo legal y constitucional", regulada en el artículo 42 ET, y, como afirma la [STS 250/2020, de 12 de marzo de 2020 \(rec. 209/2018\)](#), en la regulación del artículo 42 ET "el legislador no ha incluido, entre las obligaciones informativas de la empresa principal y de la contratista o subcontratista, la identificación del convenio colectivo aplicable", afirmando asimismo que "el legislador ha optado, hasta ahora, por no intervenir sobre el convenio colectivo aplicable en la regulación legal de la subcontratación de obras

o servicios de la propia actividad del empresario principal, mientras que ha intervenido activamente en otros supuestos, como en las empresas de trabajo temporal (...). Finalmente, la [STS 250/2020](#) señala que "consecuentemente el silencio del legislador en esta materia con plena conciencia de que las actividades y servicios contratados o subcontratados corresponden a la propia actividad del empresario principal, cuya utilización se apoya en el contenido esencial de la libertad de empresa, permite concluir que las contrataciones 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". Estas eran las consideraciones a la luz de la redacción del artículo 42 ET en el momento en que se dictó la sentencia, si bien hemos de señalar la actual redacción y, en concreto, el apartado 6 de dicho artículo, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

El TS señala que en el caso que nos ocupa, a los efectos del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, "el vigente artículo 42 ET no obliga a que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratados directamente por la empresa principal, ni tampoco obliga a las empresas subcontratistas a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, aun cuando realicen obras o servicios propios de la actividad de dicha empresa principal". Así, el TS entiende que el convenio colectivo aplicable en el supuesto que se le plantea es el sectorial de limpieza de la provincia de Sevilla y no el sectorial de hostelería de la provincia de Sevilla.

Pues bien, tras la reforma laboral introducida por el Real Decreto-ley 32/2021, el actual artículo 42 en su apartado 6 señala que "El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84". Esto es, ahora ya el legislador ha dejado claro cuál es el convenio aplicable, recogiendo seguramente lo que ya venía acogiendo la doctrina jurisprudencial al respecto, sin dejar lugar a dudas, y, si aplicásemos en el supuesto de la sentencia comentada la actual redacción del artículo 42.6 ET llegaríamos a la misma conclusión que llegó el TS en la misma: la aplicación del convenio del sector de limpieza de la provincia de Sevilla, que es el sector de actividad desarrollado en la contrata.

#### IV. EL FALLO DE LA SENTENCIA

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, el TS señala que "conforme a nuestra jurisprudencia, a los trabajadores de la empresa subcontratista se les tendrá que aplicar el convenio colectivo aplicable a la empresa contratista o subcontratista; convenio que, en principio, no será el mismo que se aplique a los trabajadores contratados directamente por –nuestro caso– una empresa hotelera". Por lo tanto, concluye que "el convenio colectivo aplicable será no el aplicable a la empresa hotelera principal y a los trabajadores por ella directamente contratados, sino el que resulte de aplicación a la empresa contratista o subcontratista", por lo tanto "el conve-

nio colectivo de trabajo de ámbito provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Sevilla 2016-2020 (BOP Sevilla, 23 de diciembre de 2016)".

Por lo tanto, el fallo de la sentencia es del siguiente tenor:

1. Se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora, D<sup>a</sup> Amelia, y se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Sherco al Detalle, S.L.

2. Se casa y anula la sentencia de la Sala de lo Social del [Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, de 22 de mayo de 2019 \(rec. 1117/2018\)](#) y, resolviendo el de-

bate de suplicación, se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y se estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la empresa Sherco al Detalle, S.L., revocando parcialmente la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 11 (Reforzo) de 4 de septiembre de 2017 (Autos 665/2016-RF), declarando que el convenio colectivo aplicable es el de limpieza de edificios y locales de Sevilla con las consecuencias económicas correspondientes, y confirmando la sentencia de dicho Juzgado de lo Social en todo lo demás.

---

[1] [STS 4199/2021](#) (ECLI:ES:TS:2021:4199) (ID CENDOJ: 28079140012021101016).



## ► Criterios interpretativos relevantes

### Relevant interpretative criteria

**Autor:** Juan Ignacio Del Valle De Joz

**Cargo:** Letrado de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor asociado UCM

**Autor:** Alberto Llorente Álvarez

**Cargo:** Letrado de la Seguridad Social. Doctor en Derecho. Profesor asociado UCM

### SUMARIO

- I. **CRITERIO TÉCNICO 104/2021, SOBRE ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PSICOSOCIALES**
  1. El control de la gestión preventiva de los riesgos psicosociales
  2. La protección de los trabajadores ante la exposición a riesgos psicosociales
  3. El control de las medidas de protección por los daños a la salud debidos a la exposición a riesgos psicosociales
  
- II. **CRITERIOS DE GESTIÓN 33/2021 Y 34/2021 DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021, SOBRE SOLICITUD Y PAGO DE PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y A LOS MENORES DE EDAD**
  1. Criterio 33/2021. Personas con discapacidad. Solicitud y pago de prestaciones del sistema de la Seguridad Social
    - 1.1. *Prevalencia de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria establecidas por la propia persona con discapacidad frente a las medidas judiciales*
    - 1.2. *Guarda de hecho*
    - 1.3. *Entidad pública*
    - 1.4. *Curatela*
    - 1.5. *Defensor judicial*
    - 1.6. *Período transitorio*
  2. Criterio 34/2001. Solicitud y pago de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social a los menores de edad
    - 2.1. *Patria potestad*
    - 2.2. *Tutela*
    - 2.3. *Guarda de hecho*
    - 2.4. *Defensor judicial del menor*
    - 2.5. *Menores emancipados y menores que han obtenido judicialmente la mayor edad*

## I. CRITERIO TÉCNICO 104/2021, SOBRE ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PSICOSOCIALES

<[https://www.mites.gob.es/Itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Criterios\\_tecnicos/CT\\_104\\_21.pdf](https://www.mites.gob.es/Itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_104_21.pdf)>

El Criterio Técnico 104/2021 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) tiene por objeto, como se recoge en su parte expositiva, adaptar al marco legal vigente en España y las atribuciones y competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española el contenido de los "Principios de actuación para los inspectores de trabajo con respecto a la diversidad, en particular con respecto a la edad, el género y otras características demográficas" y la "Guía para valorar la calidad de las evaluaciones de riesgo y gestión de la prevención con respecto a la prevención de los riesgos psicosociales", documentos elaborados en el año 2018 por el Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo (Senior Labour Inspectors Committee [SLIC], órgano asesor de la Comisión Europea en materias de seguridad y salud en el trabajo).

El Criterio Técnico se estructura en torno a las tres actuaciones inspectoras más frecuentes en esta materia, que son las referidas a las actuaciones de control de la gestión preventiva de los riesgos psicosociales de acuerdo con las disposiciones básicas de la Ley 35/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y la normativa de desarrollo, las actuaciones inspectoras motivadas por las denuncias de los trabajadores sobre la exposición real a estos riesgos y la aplicación armónica y coherente de las disposiciones de la LPRL y los derechos laborales básicos del art. 4 del Estatuto de los Trabajadores y las actuaciones sobre daños a la salud y accidentes de trabajo motivados por dicha exposición y la aplicación

de la LPRL y la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

### 1. El control de la gestión preventiva de los riesgos psicosociales

En relación con el control de la gestión preventiva de los riesgos psicosociales, el Criterio Técnico define los factores psicosociales como las condiciones de trabajo o características del mismo relacionadas con la organización, el contenido del trabajo y la realización de la tarea, y que tienen la capacidad de afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador como al desarrollo del trabajo. Los factores de riesgo psicosocial serían las condiciones de trabajo (factores psicosociales) que, por una configuración deficiente o un diseño inadecuado, presentan la probabilidad de afectar negativamente a la salud y el bienestar del trabajador. El Criterio Técnico ofrece una clasificación de los factores psicosociales (contenido y características del trabajo, carga y ritmo de trabajo, tiempo de trabajo, participación y control, cultura de organización, ambiente y equipos de trabajo, relaciones personales en el trabajo, rol en la organización, desarrollo profesional e interacción vida personal-trabajo) y de los correspondientes factores de riesgo psicosocial asociados a cada uno de ellos. Finalmente, considera como riesgos psicosociales aquellos hechos, acontecimientos, situaciones o estados que son consecuencia de la organización del trabajo y tienen una alta probabilidad de afectar negativamente a la salud del trabajador, señalando como los más reconocidos, entre otros, el estrés, la violencia y el acoso en el trabajo.

El Criterio Técnico pone de relieve que, como regla general, la evaluación de los riesgos psicosociales se rige por las mismas reglas que el resto de los riesgos laborales y, por lo tanto la dirección de la empresa debe estar implicada en su realización y los trabajadores

deben ser consultados sobre la misma, debe cubrir la totalidad de los puestos de trabajo, puesto que los factores psicosociales están presentes en todos ellos, incluyendo dentro de estos puestos los ocupados por personal de ETT en la empresa usuaria, debiendo ser las exigencias de capacitación de los técnicos que realizan la evaluación las mismas que rigen para el resto de disciplinas preventivas.

A estos efectos, se señala que la gestión de los riesgos psicosociales presenta algunas particularidades relacionadas, en primer lugar, con la identificación y valoración de los factores de riesgo, toda vez que la identificación de qué factores psicosociales deben ser considerados como factores de riesgo no puede hacerse a simple vista o de un modo intuitivo, salvo eventualmente en algunos aspectos puntuales o parciales y que serían inseparables del resto de la evaluación como, por ejemplo, podría ser la presencia de un trabajo a turnos. Para los factores psicosociales que después de seguir un método o procedimiento no se hayan valorado como factores de riesgo, la empresa tendrá la obligación de adoptar medidas periódicas de control para verificar que se mantengan en esos parámetros y en cambio, para los factores que se han valorado en niveles de riesgo, la empresa estará obligada a valorar su probabilidad y a tomar medidas para evitarlos o reducirlos, bien sea de forma inmediata o incluyendo las mismas en la planificación de medidas preventivas.

Respecto a las particularidades en la aplicación de medidas preventivas, se expone que todos los factores de riesgo psicosocial que se hayan identificado y evaluado han de ir acompañados de medidas preventivas para afrontarlos dentro de la planificación general de actuaciones preventivas del mismo modo que se hace respecto a los demás riesgos laborales, debiendo ser consultados los delegados de prevención de forma previa a su determinación. Estas medidas pue-

den ser medidas organizativas o primarias, dirigidas al foco u origen del problema para tratar de eliminar o reducir el factor de riesgo o proporcionar más recursos, medidas de afrontamiento o secundarias, dirigidas a que el trabajador pueda adquirir prácticas y conocimientos suficientes para afrontar los factores de riesgo psicosocial a los que está expuesto mediante acciones de información y formación, desarrollo y aplicación de procedimientos o protocolos, etc. y medidas de rehabilitación o terciarias, dirigidas a la recuperación y rehabilitación de los trabajadores que hayan sufrido daños en la salud derivados de la exposición a riesgos psicosociales. Corresponde a la dirección de la empresa asumir la responsabilidad de decidir las medidas preventivas concretas y específicas que se deben aplicar ante los factores de riesgo psicosocial que han sido identificados, estando asesorada en esta labor por el servicio de prevención o el trabajador designado y previa consulta a los delegados de prevención y siendo esencial e imprescindible para la gestión de los riesgos psicosociales que la empresa haga un seguimiento de las medidas planificadas, que se verifique su cumplimiento y se evalúe su eficacia.

Conforme al Criterio Técnico, la evaluación de riesgos psicosociales puede poner de manifiesto la existencia de condiciones discriminatorias para ciertos colectivos de trabajadores. En lo que se refiere a la igualdad por razón de sexo, los resultados de la evaluación pueden determinar el contenido de las medidas previstas con carácter general para todas las empresas, como la promoción de condiciones de trabajo que eviten el acoso, la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas y la realización de campañas informativas o acciones de formación, y las previstas en los casos en que la empresa deba realizar un Plan de Igualdad. Y, en lo que se refiere al resto de las causas de discriminación (edad, discapacidad, origen y trabajo temporal) la empresa debe aplicar, con la de-

bida diligencia, las medidas que puedan proceder para garantizar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación de estos colectivos.

En el Criterio Técnico se dan orientaciones de cara a desarrollar las actuaciones inspectoras, las cuales pueden requerir de una o varias fases en función del grado de cumplimiento de las obligaciones legales por la empresa. Y, al final de la actuación inspectora, se ha de valorar si la gestión de la prevención de riesgos psicosociales, y en su caso de las medidas sobre igualdad, es o no conforme con lo establecido en la legislación vigente y comunicárselo a la empresa y los delegados de prevención. Cuando se observen deficiencias, se han de adoptar las medidas de requerimiento y, en su caso, de inicio del procedimiento sancionador que procedan, si bien, como criterio orientativo general, se puede entender que el incumplimiento absoluto de todas las obligaciones de gestión de los riesgos psicosociales puede dar lugar al inicio del procedimiento sancionador, sin perjuicio de efectuar el correspondiente requerimiento de subsanación (art. 11.2 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo), mientras que el incumplimiento parcial de las obligaciones, puede dar lugar al requerimiento para la adopción de medidas correctoras dentro de un plazo concreto (art. 43 LPLR), sin iniciar procedimiento sancionador. En todo caso, se ha de tener en cuenta lo previsto en el art. 49 LISOS, que permite advertir o aconsejar en vez de iniciar un procedimiento sancionador, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen y siempre que no se deriven daños ni perjuicios directos a los trabajadores afectados por el incumplimiento.

## 2. La protección de los trabajadores ante la exposición a riesgos psicosociales

El Criterio Técnico expone que las denuncias que se plantean ante la ITSS por presunta exposición de los trabajadores a riesgos psicosociales suelen ir en su mayor parte referidas a posibles conductas de acoso moral o psicológico, siendo las situaciones más típicas las de estrés laboral sin que se haya comprobado una vulneración del derecho a la consideración debida a la dignidad de uno o varios trabajadores, las de violencia y acoso en el trabajo, las de estrés laboral relativos a la ordenación del tiempo de trabajo y la desconexión digital y las de estrés no ligado al trabajo (cuando las causas no están relacionadas con la organización y entorno del trabajo).

Los conceptos básicos en esta materia, según el Criterio Técnico, son los de estrés laboral (conjunto de reacciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y del comportamiento a ciertos aspectos adversos o nocivos del contenido, la organización o el entorno de trabajo; es un estado que se caracteriza por altos niveles de excitación y angustia, con la frecuente sensación de no poder hacer frente a la situación) y el burnout (estado de estrés crónico que se caracteriza por la falta de realización personal en el trabajo, el agotamiento emocional y la despersonalización – en el caso del trato o servicios a personas– o el cinismo).

Respecto a las actuaciones ante el estrés laboral, sin que se haya comprobado una vulneración del derecho a la consideración debida a la dignidad de uno o varios trabajadores, el Criterio Técnico indica que la empresa tiene el deber de actuar en garantía de la seguridad y salud de los trabajadores en cuanto tenga conocimiento de situaciones de estrés laboral y su falta de acción puede determinar su responsabilidad, debiendo estar las medidas que se dicten

centradas en la resolución del caso, teniendo que desarrollar la empresa una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva y revisando la evaluación de riesgos cuando haya detectado que tales medidas de prevención adoptadas puedan ser inadecuadas o insuficientes. En este sentido, se indica que la particularidad de la responsabilidad de la empresa ante una situación sobrevenida de estrés laboral es que la misma no se puede determinar por el mero surgimiento de dicha situación (si es que esta no se conociera ya como resultado de la evaluación de riesgos) o por la mera inadecuación de las medidas adoptadas para afrontarla (ya que estas no están predeterminadas en ningún caso), sino por la falta de diligencia debida del empresario bien por la omisión del deber de adoptar medidas ante el conocimiento de dicha situación (con el análisis previo de la misma), bien por no hacer un seguimiento de su aplicación efectiva o bien por omitir la aplicación de cualquier medida alternativa ante su falta de resultado eficaz.

Para las situaciones de violencia y acoso en el trabajo el Criterio Técnico declara aplicable el Criterio Técnico 69/2009 sobre Acoso y Violencia en el Trabajo, afirmando que todavía no hay suficientes avances en la jurisprudencia de los tribunales respecto al establecimiento de un concepto unívoco de acoso laboral y al hecho cierto de que puede estar próxima la ratificación y aplicación del Convenio 190 de la OIT sobre Violencia y Acoso en el Trabajo, lo cual implicaría la aprobación de una regulación legal en esta materia. Asimismo, se declara aplicable el Criterio Técnico 87/2011 sobre prevención del riesgo de atraco en los lugares de trabajo, señalando que también se encuentra comprendido dentro del ámbito de los riesgos psicosociales, en particular de aquellos que derivan de la violencia en el entorno de trabajo y que, teniendo en cuenta la particularidad y especialidad de su contenido, se ha considerado

conveniente que el mismo también permanezca en su estado vigente.

Tratándose de la actuación ante situaciones de estrés laboral que supongan la vulneración de derechos que afecten al tiempo de trabajo y la desconexión digital, el Criterio Técnico expone que, cuando los horarios de trabajo son muy prolongados, se organiza el trabajo en horario nocturno o a turnos rotatorios que abarcan las 24 horas, o los trabajadores están en régimen de teletrabajo fuera de los límites de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, o tienen que estar en disponibilidad fuera de las horas de trabajo ordinario, se puede producir también una situación de posible vulneración simultánea de varios derechos laborales, básicamente el de integridad física (art. 4.c) ET y art. 14.2 LPRL) motivado por el estrés, la fatiga y los trastornos del sueño que pueden resultar de estas situaciones y en el caso del derecho a la desconexión también se puede producir una vulneración más específica del derecho al respeto a su intimidad (art. 4.2.e) y 20 bis ET y art. 88.1 LO 3/2018).

En cuanto a las actuaciones ante situaciones de estrés no ligado al trabajo, el Criterio Técnico expone que, en los casos en que la razón desencadenante del estrés no proceda del medio laboral, se trata de un fenómeno de estrés no ligado al trabajo, que puede tratarse de conflictos entre trabajadores cuya causa u origen sean ajenos a la relación laboral, o bien de conductas desviadas o carentes de lógica por parte de personas de la propia empresa o de otras empresas que comparten el mismo lugar de trabajo. Por ejemplo, la disputa entre compañeros de trabajo por un accidente de tráfico o conflicto familiar, o por comportamientos derivados de una patología psiquiátrica. En estos casos la empresa está obligada a adoptar las medidas que procedan para garantizar los derechos de los trabajadores que se puedan ver afectados

como consecuencia de estas conductas; por ejemplo, medidas como la reordenación de horarios de entrada y salida al trabajo o los cambios de ubicación del lugar en el que se desarrollan las tareas para procurar un distanciamiento social de los trabajadores afectados. En todo caso, dichas medidas quedan fuera del ámbito de la gestión de los riesgos psicosociales.

El Criterio Técnico se refiere también a las actuaciones específicas sobre riesgos psicosociales del personal funcionario de las Administraciones públicas.

Por lo que se refiere a las medidas que derivan de la actuación inspectora, el Criterio Técnico diferencia, a efectos de delimitación de las infracciones que pueden apreciarse, entre aquellas situaciones en las que solo resulta de aplicación la LPRL de aquellas otras en las que también se viola por acción u omisión el derecho a la consideración debida a la dignidad, siendo entonces de aplicación preferente el art. 4.2.e) del ET. A estos efectos, se recogen orientaciones respecto a los preceptos de aplicación en distintos supuestos.

También existe la posibilidad, conforme al Criterio Técnico, de que el Inspector/a actuante dicte una orden de paralización de las actividades del trabajador cuando compruebe que la inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales implica, a su juicio, un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores" (art. 44 LPRL), lo cual exigirá que se obtengan elementos de juicio suficientes para estimar la existencia cierta de un riesgo grave e inminente para la salud de la persona afectada, teniendo, en su caso, en cuenta la situación vulnerable de esta, si la empresa no adopta con carácter inmediato medidas que puedan impedirlo o evitarlo.

Asimismo, como señala el Criterio Técnico, las situaciones de riesgo psicosocial, y más

especialmente conductas de acoso y violencia en el trabajo, pueden dar lugar a hechos constitutivos de ilícito penal, como ocurre en los supuestos de lesiones (art. 147 CP) que abarca tanto las físicas como las de carácter psíquico, atentado contra la integridad moral que incluye expresamente a las conductas de grave acoso laboral (art. 173 CP) y acoso sexual (art. 184 CP). En estos casos, según el Criterio Técnico, el Inspector o Inspectora actuante debe extender el Acta de Infracción por los hechos que haya constatado, y el contenido de dicha Acta debe ser comunicada al Ministerio Fiscal en el caso de que se aprecie la posible concurrencia de hechos presuntamente delictivos.

### **3. El control de las medidas de protección por los daños a la salud debidos a la exposición a riesgos psicosociales**

En último lugar, el Criterio Técnico se ocupa de las actuaciones inspectoras ante supuestos en que la salud del trabajador haya sido dañada como consecuencia de la exposición a riesgos psicosociales, identificando como actuaciones más típicas las relativas a la investigación de los daños a la salud, tengan o no la condición previa de su reconocimiento como accidentes laborales, la vigilancia de la salud de las personas afectadas, que debe comprender la vigilancia de la salud mental, y las condiciones en las que se produce la vuelta al trabajo y el examen de compatibilidad y adaptación al mismo después de haber sufrido algún tipo de acontecimiento traumático que se manifiesta especialmente en los casos de violencia física y psicológica de cualquier clase en el llamado síndrome de estrés postraumático.

Como conceptos básicos, el Criterio Técnico describe los trastornos emocionales (reacciones de ansiedad y depresión, sentimientos de desesperanza y desamparo y el síndrome de estrés postraumático que se pro-



duce como respuesta a una vivencia angustiosa abrumadora), los trastornos cognitivos (cuando a los trabajadores les resulta difícil concentrarse, sintetizar elementos, aprender, ser creativos o tomar decisiones), los trastornos fisiológicos (aumento de la tensión arterial, reducción del tiempo de coagulación sanguínea, frecuencia cardíaca que puede aumentar o hacerse irregular, tensión muscular (con su correspondiente rigidez de la nuca, dolor de cabeza y de hombros, o hiperacidez gástrica) y los trastornos conductuales (recurso al tabaco, alcohol o drogas, bulimia o anorexia, conductas agresivas o violentas, adicción al trabajo, las llamadas tecnoadicciones, tecnofobias, etc).

El Criterio Técnico afirma que, cuando el empresario conozca o razonablemente sospeche que un daño a la salud del trabajador/a puede deberse a un factor de riesgo psicosocial en el trabajo, tiene el deber de llevar a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de acuerdo con lo previsto en el art. 16.3. LPRL. Asimismo, la empresa está obligada en los casos de una baja prolongada a ofrecer la vigilancia de la salud al trabajador/a afectado y excepcionalmente a realizar un reconocimiento obligatorio en los supuestos del art. 22.1. LPRL para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Una vez realizada la vigilancia de la salud, la empresa tiene la obligación de adscribir a los trabajadores a puestos de trabajo que sean compatibles con sus características personales y estado psicofísico sobrevenido, ya sea de forma permanente o transitoria (art. 25.1. LPRL).

Como consecuencia de la actuación inspectora, la Inspección de Trabajo podrá informar al INSS sobre la relación de causalidad entre los factores de riesgo psicosocial presentes en el trabajo y la enfermedad que sufre la persona trabajadora, lo cual puede llevarse a cabo como consecuencia de la petición de informe de la entidad gestora en el curso del procedimiento de determinación de contingencia o bien dicho procedimiento se puede instar de oficio por la propia Inspección.

Asimismo, si la Entidad Gestora o los órganos jurisdiccionales hubieran reconocido que la enfermedad que padece el trabajador es consecuencia de su exposición a riesgos psicosociales y se trata de un accidente laboral, la Inspección puede investigar las causas del accidente y determinar la posible ausencia de medidas preventivas que hubieran podido motivarlo. Esto puede dar lugar al inicio de un expediente sancionador en el orden social y a la propuesta de recargo de prestaciones de la seguridad social conforme al art. 164 de la LGSS.

## **II. CRITERIOS DE GESTIÓN 33/2021 Y 34/2021 DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN Y ASISTENCIA JURÍDICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2021, SOBRE SOLICITUD Y PAGO DE PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y A LOS MENORES DE EDAD**

Estos Criterios abordan la cuestión relativa a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, o menores de edad, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la

que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

### **1. Criterio 33/2021. Personas con discapacidad. Solicitud y pago de prestaciones del sistema de la Seguridad Social**

<<http://www.seg-social.es/descarga/100100>>

El Criterio 33/2021 se refiere a la competencia para solicitar y percibir prestaciones de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021. La entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha introducido numerosas modificaciones en el Código Civil (CC) impulsando el cambio del sistema vigente hasta ahora, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. A este respecto, entre las medidas más destacadas cabe mencionar la eliminación de: la tutela, la prórroga de la patria potestad de los hijos que hubiesen sido incapacitados y alcanzasen la mayoría de edad, la patria potestad rehabilitada y la incapacitación judicial.

Teniendo ello en cuenta, el Criterio establece las siguientes pautas de actuación:

#### ***1.1. Prevalencia de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria establecidas por la propia persona con discapacidad frente a las medidas judiciales***

Como señala el Criterio, la persona con discapacidad está legitimada para solicitar y percibir el pago de la prestación en igual-

dad de condiciones que los demás beneficiarios del sistema de la Seguridad Social, aun cuando para atender sus deseos, voluntad y preferencias se haga valer de medidas de apoyo voluntario que le permitan desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola y facilitando que pueda expresar sus preferencias.

La persona con discapacidad, asimismo, en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que pueden dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica, puede, como medida de apoyo voluntario, designar a otra persona para que actúe en su nombre (poder de representación). Las medidas de apoyo relativas a su persona o bienes podrán también preverse o acordarse mediante escritura pública (art. 255 del CC).

#### ***1.2. Guarda de hecho***

El guardador de hecho constituye una medida informal de apoyo, que no requiere acudir a la vía judicial y puede utilizarse incluso existiendo medidas voluntarias o judiciales, si estas no se están aplicando eficazmente (art. 263 del CC); en todo caso, será necesario acreditar la pertinencia de esta medida informal de apoyo.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 264 del CC, el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad. Excepcionalmente, será posible realizar el pago de la prestación al guardador de hecho si este está autorizado judicialmente y la resolución judicial comprende ese acto –pago de la pensión– como medida de apoyo que requiere la asistencia del guardador.

Conforme al Criterio, esa condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad, certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición.

### **1.3. Entidad pública**

En el caso de que la persona con discapacidad carezca de un guardador de hecho, pero se encuentre en una situación que, de forma urgente, precise de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, las medidas de apoyo podrán prestarse de forma provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esa función (art. 253 del CC). En este supuesto, la entidad pública podrá solicitar la prestación de la Seguridad Social, que se ingresará en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad, siendo necesario ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de 24 horas.

### **1.4. Curatela**

El curador (persona física o jurídica) nombrado por la autoridad judicial en un procedimiento judicial de provisión de apoyos podrá asumir la representación de la persona con discapacidad con la extensión que se determine por resolución judicial motivada, siendo necesario atender a la resolución judicial para determinar los actos concretos, como las solicitudes de prestaciones, en los que el curador puede asumir la representación de la persona con discapacidad. Salvo que en la resolución judicial se especifique lo contrario, el pago de la prestación se efectuará en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad. No obstante, conforme a lo dispuesto en el art. 287 del CC, el curador que ejerza

funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para renunciar a los derechos que puedan corresponderle.

En todo caso, la existencia de un curador no impedirá que la persona con discapacidad pueda valerse de otra medida de apoyo voluntaria que se considere suficiente para solicitar las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

### **1.5. Defensor judicial**

Con carácter temporal, hasta que cese la causa por la que el curador o el guardador no pueden prestar apoyo a la persona con discapacidad o hasta que se resuelva el conflicto de intereses entre la misma y la que le presta apoyo, el defensor judicial, nombrado por la autoridad judicial, está legitimado para solicitar la pensión (art. 295 del CC), la cual se ingresará en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad.

### **1.6. Periodo transitorio**

El Criterio recoge las previsiones que se establecen en las disposiciones transitorias de la Ley 8/2021 para la adaptación de las medidas que existían con anterioridad en esta materia, las cuales parten de que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (el día 3 de septiembre de 2021) las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedaron sin efecto.

Como recoge el Criterio, los tutores, curadores (con excepción de los curadores de los declarados pródigos), y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de la Ley 8/2021 a partir de su entrada en vigor. Teniendo en cuenta

que con la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, se eliminan del ámbito de la discapacidad la tutela, la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada y la prodigalidad, las disposiciones transitorias señalan que a los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos y que quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta (la cual prevé que las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, para adaptarlas a esta; cuando no se produzca dicha solicitud la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años). Igualmente, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta de la ley.

## **2. Criterio 34/2001. Solicitud y pago de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social a los menores de edad**

<<http://www.seg-social.es/descarga/100101>>

En cuanto a la representación de los menores de edad, son numerosas las modificaciones que Ley 8/2021 introduce. La LGSS determina en el art. 224.3 a quién debe abonarse la pensión y la prestación de orfandad, disponiendo que se abonarán a quien

tenga a su cargo a los beneficiarios según determinación reglamentaria. El desarrollo reglamentario se encuentra en el art. 11 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, que establece la pensión de orfandad (y la prestación de orfandad) se abonará, en el caso de beneficiarios menores de dieciocho años, a quienes los tengan a su cargo, en tanto cumplan la obligación de mantenerlos y educarlos; cuando la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, constate que el huérfano se encuentra en situación de desamparo por incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, la entidad gestora adoptará las medidas oportunas para que la pensión se abone a quien quede atribuida la guarda del menor, en los términos previstos en el CC.

Para determinar quién se considera que tiene a cargo al menor, el Criterio establece las siguientes previsiones:

### **2.1. Patria potestad**

Con carácter general, el titular de la patria potestad solicitará las prestaciones de la Seguridad Social que al menor correspondan y a él se le abonará la prestación.

### **2.2. Tutela**

Con la Ley 8/2021 la tutela se configura como una institución de protección de menores, desapareciendo en el caso de las personas con discapacidad mayores de edad. En defecto de la patria potestad –que podrá darse en supuestos de filiación no determinada; supuestos de fallecimiento de am-

bos progenitores; en caso de privación de la patria potestad de ambos progenitores por sentencia; supuestos de exclusión (como por ejemplo, por existir imposibilidad de percibir prestaciones de muerte y supervivencia por motivos de violencia de género); así como por ausencia–, los menores de edad no emancipados quedan sujetos a tutela –tutela ordinaria–.

En aquellos casos de menores declarados en situación de desamparo conforme a lo dispuesto en el art. 172.1.2 del CC, la tutela la ejercerá la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores –tutela administrativa–. En tales supuestos la entidad pública a la que corresponda la tutela del menor deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, la cual se realizará mediante el acogimiento familiar por parte de la persona que determine la entidad. En caso de que el acogimiento familiar no sea posible o conveniente para el interés del menor, la guarda se realizará mediante el acogimiento residencial, que se ejercerá por el director o responsable del centro donde esté acogido el menor. Además, la entidad pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el art. 175 CC y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción.

Por tanto, el tutor solicitará y a él se le abonará la prestación que corresponda al menor. En aquellos casos en los que, conforme a lo mencionado anteriormente, exista una resolución de acogimiento, la persona que tenga acogido al menor podrá solicitar y serle abonada la prestación que a aquel le corresponda.

### **2.3. Guarda de hecho**

El supuesto de la guarda de hecho plantea el problema de que, al tratarse de una medida informal de apoyo, no se establece la necesidad de que quede anotada en el Registro Civil. En estos casos, podrá acreditarse mediante certificado o testimonio del letrado de la Administración de Justicia en base al artículo 145.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (porque puede certificar que en un determinado acto una persona ha actuado como guardador de hecho). Es necesario en todo caso aportar certificado de empadronamiento o documentación que acredite la convivencia con el menor, sin perjuicio de que se aporten otros documentos como el libro de familia mediante el que se acredite la relación de parentesco.

Es posible que el guardador de hecho solicite la prestación en nombre del menor sin necesidad de que intervenga el juez; en todo caso, el pago de la prestación deberá hacerse a quien ostente la representación legal del menor. No obstante, podrá abonarse la pensión al guardador de hecho cuando acredite que ha iniciado los trámites para constituir la tutela o el acogimiento. Asimismo, será posible abonar la prestación al guardador de hecho en el caso de que esté autorizado judicialmente y la resolución judicial comprenda expresamente ese acto de pago de la pensión correspondiente al menor (art. 264 del CC en relación con el art. 238 del CC).

### **2.4. Defensor judicial del menor**

En aquellos casos en los que existe conflicto de intereses entre el menor y su representante legal o en los que existe una imposibilidad por la que de forma temporal el tutor no desempeña sus funciones, el defensor judicial del menor se ocupa provisional y temporalmente del menor hasta que cese la causa determinante del conflicto o se designe otra

persona (arts. 235 y 236 del CC). En estos casos, el juez fija la extensión y límites del defensor judicial. Por tanto, de manera provisional, en los casos excepcionales en los que el representante legal del menor no pueda solicitar la prestación por parte del menor, podrá solicitarla y serle abonada al defensor judicial cuando esté autorizado judicialmente y la resolución judicial comprenda esos actos de solicitud y pago de la prestación al defensor judicial.

### ***2.5. Menores emancipados y menores que han obtenido judicialmente la mayor edad***

Conforme al art. 247 del CC, los menores emancipados y los menores que han obtenido judicialmente la mayor edad están habilitados para regir su persona y sus bienes como si fueran mayores (salvo para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario va-

lor, para los que requerirán "asistencia paterna"). Por tanto, no es necesario que estén sometidos a ninguna institución de guarda legal, esto es, ni a la patria potestad ni a la tutela. En consecuencia, pueden solicitar y percibir en su cuenta bancaria las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.

Téngase en cuenta que, como todos los criterios del INSS, la información que contienen los aquí recogidos se ha elaborado teniendo en cuenta la legislación vigente en la fecha de los mismos y se presta en virtud del derecho previsto en el artículo 53.f), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar), advirtiéndose que dicha información no produce más efectos que los puramente ilustrativos y de orientación.



## ► Contenidos llamativos

### NOVEDADES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

#### LA RECUPERACIÓN DEL PROTAGONISMO DE LOS ACUERDOS Y CONVENIOS COLECTIVOS DE ESTRUCTURA, TRAS EL RD-L 32/2021

**Autor:** Bernardo García Rodríguez

**Cargo:** Abogado laboralista UGT. Profesor asociado URJC

#### SUMARIO

- I. CONVENIO COLECTIVO DE RESTAURACIÓN COLECTIVA (BOE 14-5-2021)
- II. CONVENIO COLECTIVO PARA LAS CAJAS Y ENTIDADES FINANCIERAS DE CRÉDITO (BOE 3-12-2020)
- III. CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO ESTATAL DEL SECTOR DE CONTACT CENTER
- IV. CONVENIO COLECTIVO GENERAL DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN
- V. CONVENIO COLECTIVO GENERAL DE LA INDUSTRIA QUÍMICA (BOE 19-7-2021)
- VI. CONVENIO ESTATAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS AUXILIARES DE INFORMACIÓN, RECEPCIÓN, CONTROL DE ACCESOS Y COMPROBACIÓN DE INSTALACIONES (BOE 17-9-2021)

El artículo 84 ET establece el régimen legal de la concurrencia de convenios, pero debe recordarse que resulta supletorio al régimen establecido en los acuerdos o convenios colectivos de estructura de la negociación colectiva, que regulen la resolución de conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.2 ET.

Ello supone que antes de acudir en su caso a las reglas de concurrencia establecidas en el artículo 84 ET, debe determinarse si resulta aplicable un acuerdo interprofesional o un convenio o acuerdo colectivo sectorial de ámbito estatal o autonómico, de los previstos en el artículo 83.2 ET, cuyas reglas de concurrencia serán las que deberán tenerse presentes para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

La única limitación legal al establecimiento de reglas de concurrencia en los referidos acuerdos interprofesionales o convenios o acuerdos colectivos sectoriales estatales o autonómicos de estructura, se contiene en el artículo 84.2 ET, que prevé de manera expresa que la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, en los términos y condiciones establecidas en dicho precepto legal, no puede ser dispuesta por tales acuerdos o convenios colectivos de estructura.

La modificación del artículo 84.2 ET mediante el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, que suprime la prioridad aplicativa del convenio colectivo en materia salarial, supone el reforzamiento del papel de los acuerdos y convenios colectivos de estructura previstos en el artículo 83.2 ET, que a partir de ahora podrán determinar que el salario que fije el convenio de empresa será el aplicable, siempre y cuando mejore su cuantía en relación al fijado en el convenio colectivo sectorial de referencia, resolviendo de esta manera mu-

chas de las dudas que la regla legal de concurrencia de convenios puede provocar.

Relevantes convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, establecen reglas de resolución de conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, que resultan de aplicación con carácter preferente a las contenidas en el artículo 84 ET, salvo la referida a la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en relación a las materias contenidas en el artículo 84.2 ET, pero que se ha visto sustancialmente disminuida por la modificación legal derivada del RDL 32/2021, que excluye de las mismas la relativa a la cuantía del salario base y los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.

Se recoge a continuación una selección de regulaciones convencionales sobre estructura, contenidas en vigentes convenios colectivos estatales sectoriales, que resultarían de aplicación en supuestos de concurrencia de convenios en su propio ámbito, y cuya característica común es el establecimiento de la regla de aplicación de la regulación del convenio colectivo sectorial, como contenido mínimo, que en su caso puede ser mejorada en interés de las personas trabajadoras por el convenio colectivo de ámbito de empresa, pero sin que este pueda contener regulaciones peyorativas en relación a las establecidas en el ámbito sectorial. Estos convenios colectivos de estructura, aún vigentes antes de la reforma del artículo 84.2 ET por el RDL 33/2021, al establecer reglas de concurrencia específicas pero redactadas tomando como referencia el precepto legal, una vez reformado este, el alcance de aquellas se expande en relación a la materia salarial, que junto a la jornada de trabajo, podrían considerarse las condiciones nucleares de la relación laboral.

## I. CONVENIO COLECTIVO DE RESTAURACIÓN COLECTIVA (BOE 14-5-2021)

Artículo 9. Prelación de normas. Las relaciones laborales de trabajadoras/es y empresas incluidas en su ámbito funcional se regirán por las siguientes normas convencionales:

1.º Por lo dispuesto por el Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería vigente, esto es, en la actualidad el V ALEH y en un futuro el que pueda, en su caso, sustituirlo.

2.º Por las condiciones fijadas entre las partes en el presente convenio colectivo marco sectorial, con carácter normativo u obligacional, siendo prioritario en las materias concretas tratadas en el presente ámbito negocial. En el caso de una eventual regulación complementaria sobre las materias del ALEH, operaran con preferencia, de forma aclaratoria o suplementaria para el presente ámbito funcional, salvo que las mismas fueren en su totalidad regulación imperativamente reservada en el vigente ALEH. Todo ello, con respeto a lo regulado en el artículo 84.2 ET.

En desarrollo de los artículos 83 y 84 ET, las partes firmantes del presente convenio coinciden en la necesidad de potenciar y dar valor al Convenio Colectivo Sectorial como fórmula de estabilidad, homogeneidad y herramienta competitiva que permita el establecimiento de unas condiciones laborales homogéneas acordes con las necesidades económicas y sociales en cada momento. El Convenio Colectivo Estatal de Restauración Colectiva cuenta con una naturaleza de acuerdo marco que establece la estructura de la negociación colectiva del sector y las reglas de concurrencia de los convenios colectivos en el mismo; e incorpora la regulación de condiciones de trabajo, considerando las regulaciones vigentes contenidas en los convenios colectivos de ámbito territorial menor al estatal. En virtud del artículo 84.4

ET, las materias recogidas y desarrolladas en el presente Convenio Colectivo, son materias reservadas exclusivamente a este ámbito.

En este sentido el presente Convenio Colectivo del Sector de Colectividades será de aplicación a todo el territorio del Estado, con independencia de que se hallen o no cubiertos los ámbitos de negociación colectiva territorial, en las comunidades autónomas, en las provincias o ámbito empresarial, previéndose las reglas de aplicación que correspondan cuando pudiera presentarse supuesto de concurrencia, con el fin de garantizar la vocación estatal, sin exclusión de ningún territorio de su ámbito de aplicación.

Las organizaciones firmantes determinan que no se podrán crear nuevos ámbitos autonómicos, salvo acuerdo en el seno de la Comisión paritaria de este Convenio.

Este Convenio será por tanto el marco de aplicación obligatoria para todas las empresas respecto de aquellas materias que no hayan sido reservadas como prioritarias para el convenio de empresa según el artículo 84.2 ET, o hayan sido remitidas por el propio Convenio Sectorial a la negociación para acuerdo, pacto o convenio en el ámbito de empresa.

La negociación de convenios de empresa en el sector no debe cumplir, por tanto, un papel desestabilizador ni debe pretender utilizar dicho ámbito como elemento o fórmula para rebajar las condiciones laborales.

Siendo así, las organizaciones patronales y sociales firmantes del presente convenio colectivo, se comprometen a no fomentar ni admitir las prácticas citadas que tengan como único propósito rebajar las condiciones laborales sectoriales, en concreto, en las materias en las que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa.

## II. CONVENIO COLECTIVO PARA LAS CAJAS Y ENTIDADES FINANCIERAS DE CRÉDITO (BOE 3-12-2020)

Artículo 7. Derecho necesario y negociación en ámbitos inferiores.

1. Como regla general, las regulaciones contenidas en el presente Convenio tienen el carácter de norma mínima de derecho necesario.

2. No obstante lo anterior no tendrán el carácter de norma mínima de derecho necesario aquellas regulaciones en las que el propio Convenio establece expresamente la disponibilidad de las mismas. En este sentido, se consideran materias disponibles por Convenio Colectivo de Empresa o Acuerdo de Empresa con más del 50% de la representación de los trabajadores y trabajadoras (en adelante RLT), las siguientes:

– Los distintos sistemas de promoción profesional: experiencia (artículos 25 y 26), capacitación (artículo 27) y clasificación de oficinas (Capítulo XI).

– Previsión social complementaria (Capítulo IX).

– Ayudas, préstamos y anticipos (Capítulo VIII).

– Complemento de residencia (artículo 48).

– Las materias a las que se refiere el artículo 84.2 del ET.

No obstante, la cuantía del salario base y de los complementos salariales incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa establecidos en el presente Convenio colectivo, únicamente serán disponibles por Convenio colectivo de empresa negociado por quienes reúnan los requisitos

de legitimación de los artículos 87 y 88 del ET. En este caso, la eventual modificación posterior de la regulación establecida en el Convenio o Acuerdo de empresa, seguirá el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los convenios colectivos estatutarios.

Cuando mediante Convenio colectivo de empresa o acuerdo de empresa con más del 50% de la RLT en la empresa se haya pactado una regulación sobre alguna de estas materias, se presumirá que la misma sustituye a la establecida sobre la misma materia en el presente Convenio colectivo, salvo que se establezca expresamente el carácter complementario de aquella regulación de ámbito empresarial.

3. Por el contrario, se consideran materias cuya regulación queda reservada al ámbito sectorial estatal, y, en consecuencia, no modificables mediante Convenio o acuerdo colectivo de ámbito inferior, las siguientes:

– Clasificación profesional, sin perjuicio de su adaptación en el ámbito de la empresa.

– Periodo de prueba.

– Modalidades de contratación, sin perjuicio de su adaptación en el ámbito de la empresa.

– Ordenación jurídica de faltas y sanciones

– Normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales.

4. Se mantendrán las condiciones, pactos o acuerdos colectivos vigentes en las Entidades en todo lo que no se oponga o sea incompatible respecto a lo establecido en el presente Convenio Colectivo, sin perjuicio de que, en su caso, pudiera ser aplicable lo dispuesto en el artículo 26.5 del ET.

### III. CONVENIO COLECTIVO DE ÁMBITO ESTATAL DEL SECTOR DE CONTACT CENTER

Artículo 4. *Convenios de ámbitos inferiores.*

Las partes que suscriben el presente Convenio adquieren el compromiso de no negociar Convenios Colectivos de Empresa o Convenios sectoriales de ámbito inferior.

Como regla general las materias contenidas en el presente Convenio tienen el carácter de norma mínima de derecho necesario, salvo en aquellas materias en las que exista remisión a otros ámbitos de negociación, y en cuyos supuestos habrá que estar al carácter, contenidos y alcance con que esté contemplada su remisión.

En las materias en que así se establezca de forma expresa, el presente Convenio, y en atención a su singular naturaleza, tendrá el carácter de norma exclusiva y excluyente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 84.2 del E.T.

Tienen la consideración de materias no negociables, en todo caso: el ámbito funcional; el ámbito personal; las modalidades de contratación; el periodo de prueba; los grupos y niveles profesionales; la ordenación jurídica de faltas y sanciones; las normas mínimas en materia de seguridad y salud en el trabajo, y la movilidad geográfica.

Dentro del marco laboral establecido en el E.T., y en el presente Convenio, las organizaciones firmantes consideran de interés el desarrollo que, en los ámbitos de las Comunidades Autónomas, pueda llevarse a cabo en las materias relativas a calendario laboral, idioma y utilización de los sistemas autonómicos para la solución extrajudicial de conflictos colectivos laborales.

### IV. CONVENIO COLECTIVO GENERAL DEL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

Artículo 11. *Estructura de la negociación colectiva del sector.*

En virtud del presente Convenio y de conformidad con los artículos 83.2 y 84.2 del E.T., la estructura de la negociación colectiva en el sector de la construcción se articula en los siguientes niveles sustantivos de convenio:

a) Convenio General del Sector de la Construcción: establece la estructura de la negociación colectiva en el sector y su contenido regula las condiciones generales de trabajo a aplicar en todo el ámbito sectorial y con la vigencia que en el propio Convenio se establece buscando una homogeneización de las condiciones laborales de los trabajadores, facilitando su movilidad y protegiendo la unidad de mercado.

b) Acuerdos Sectoriales: los acuerdos sectoriales de carácter estatal que se negocien con posterioridad a la entrada en vigor de este Convenio General se integrarán automáticamente como capítulos orgánicamente constitutivos del mismo, previa intervención de la Comisión Paritaria del Sector. Estos acuerdos podrán tener por objeto, entre otras materias, las siguientes:

- La aplicación concreta en el sector de acuerdos interconfederales.
- Cualesquiera otras materias que las partes acuerden.

Las materias reguladas en los Acuerdos Sectoriales tendrán la misma prioridad aplicativa que corresponda de acuerdo con los criterios determinados en el artículo 13 del presente Convenio.

c) Convenios Colectivos Provinciales o, en su caso, de Comunidad Autónoma y de ámbito inferior: serán de renovación periódica y tienen por objeto desarrollar las materias propias de su respectivo ámbito de negociación así como aplicar en él los contenidos del presente Convenio y, en su caso, de los acuerdos de ámbito sectorial nacional que se puedan producir durante la vigencia del Convenio General.

*Artículo 12. Articulación de la negociación colectiva.*

1. En desarrollo de los artículos 83 y 84 del E.T. así como en cumplimiento de lo previsto en la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, se establecen los criterios en base a los que queda fijada la articulación de la negociación colectiva en el sector:

a) Las materias contenidas en el presente Convenio tendrán prioridad aplicativa sobre cualesquiera otras disposiciones, salvo en aquellas en las que exista remisión a otros ámbitos de negociación. En estos supuestos habrá que estar al carácter, contenidos y alcance con que esté contemplada la remisión.

b) En aquellas materias en que así se establece expresamente, el presente Convenio tendrá carácter de norma exclusiva, en atención a su singular naturaleza. A estos efectos se enumeran a continuación las materias que no podrán ser negociadas en ámbitos inferiores, quedando como aspectos reservados de forma exclusiva a la negociación de ámbito estatal la totalidad de artículos comprendidos en el correspondiente Libro, Título y Capítulo siguientes:

– Inaplicación de condiciones de trabajo: Libro I, Título Preliminar, Capítulo III, artículos 14 al 17.

– Condiciones generales de prestación de trabajo: Libro I, Título I, Capítulos I al XII, artículos 18 al 103.

– Contratación: Libro I, Título I, Capítulo II, artículos 22 al 25. – Subcontratación: Libro I, Título I, Capítulo II, artículo 26. – Subrogación: Libro I, Título I, Capítulo II, artículo 27 y la disposición adicional quinta. – Clasificación profesional, grupos y áreas funcionales: Libro I, Título I, Capítulo III,

artículo 28. – Productividad y/o tablas de rendimientos de alcance nacional: Libro I, Título I,

Capítulo V, artículos 37 al 45. – Conceptos, estructura y cuantía de las percepciones económicas e incrementos, tanto las salariales como las no salariales, salvo las percepciones no cuantificadas numérica o porcentualmente en el presente Convenio: Libro I, Título I, Capítulo VII, artículos 47 al 66.

– Modificaciones de las condiciones de trabajo: Libro I, Título I, Capítulo VII y VIII, artículos 47 al 73.

– Régimen de indemnizaciones: Libro I, Título I, Capítulo VII, artículo 65. – Jornada anual y descansos: Libro I, Título I, Capítulo VIII, artículos 67 a 71. – Vacaciones anuales, licencias y permisos: Libro I, Título I, Capítulo VIII, artículos 72 y 73. – Movilidad geográfica y funcional: Libro I, Título I, Capítulo IX y X, artículos 74 al 88. – Suspensión, extinción de la relación laboral: Libro I, Título I, Capítulo XI, artículos 89 al 95. – Jubilación: Libro I, Título I, Capítulo XI, artículo 96.

– Condiciones básicas del régimen disciplinario: Libro I, Título I, Capítulo XII, artículos 97 al 103.

– Cuota a la Fundación Laboral de la Construcción: Libro I, Título V, artículo 115.



– Órganos de representación de los trabajadores en la empresa: Libro I, Título II, artículos 104 al 106.

– Disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo: Libro II, Títulos IV, Capítulos I al VII y Título V, artículos 161 al 230.

– Información y formación en seguridad y salud: Libro II, Título III, Capítulos I al IV, artículos 135 al 147.

– Acreditación de la formación y Tarjeta Profesional de la Construcción: Libro II, Título III, Capítulo IV, Secciones I a IV, artículos 148 al 160.

– Órgano Paritario para la Prevención en la Construcción: Libro II, Título I, Capítulos I al V, artículos 117 al 133.

2. Las representaciones sindicales y empresariales firmantes expresan su voluntad de que este Convenio General constituya referencia eficaz para establecer las relaciones laborales en todo el sector de la construcción. A tal fin establecen que los ámbitos inferiores al estatal se deberán remitir a este Convenio General en todas las materias aquí reguladas, así como en calidad de derecho supletorio en el caso de que se alcancen convenios o acuerdos de ámbito inferior, conformes a los términos y requisitos del artículo 84.2 del E.T.. Y todo ello dado el carácter de norma prevalente dotada de prioridad aplicativa absoluta que las partes le confieren al presente Convenio.

3. De acuerdo con el artículo 84.3 del E.T. las partes firmantes establecen que en el ámbito de una Comunidad Autónoma no podrán negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en el presente Convenio de ámbito estatal.

4. En lo que respecta a la negociación colectiva de ámbito provincial o, en su caso, au-

tonómico son materias específicas de esta concertación colectiva las siguientes:

a. El contenido obligacional de los convenios.

b. La concreción cuantitativa de las percepciones económicas no cuantificadas numérica o porcentualmente en el presente Convenio.

c. La distribución de la jornada anual de trabajo efectivo y su regulación en cuanto a horarios y calendarios.

d. e. f. Periodo de prueba.

Desarrollo del régimen disciplinario. Concreción de todas aquellas medidas de flexibilidad en la empresa, tanto funcional como geográfica, no establecidas expresamente en el presente Convenio.

g. Aplicar en su respectivo ámbito los contenidos de los acuerdos de ámbito sectorial nacional que se puedan producir durante la vigencia del presente Convenio.

h. Cualesquiera otras materias no reguladas por los convenios de ámbito superior.

i. Cualesquiera otras materias remitidas por los convenios de ámbito superior a los de ámbito inferior.

5. Los Convenios de ámbito provincial o, en su caso, autonómicos serán prevalentes y por lo tanto gozarán de prioridad aplicativa sobre los convenios de ámbito inferior, y ello respecto de las materias específicamente citadas anteriormente, y de las acordadas en su ámbito.

6. Todo lo señalado en los apartados anteriores se establece sin perjuicio de lo establecido en el artículo 84.1 y 2 del ET.

### Artículo 13. *Reglas de concurrencia.*

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 83 y 84 del E.T., los supuestos de concurrencia entre los convenios de distinto ámbito se resolverán aplicando las siguientes reglas o principios:

- a) Principio de jerarquía: será unidad preferente de negociación la de ámbito estatal, por lo que toda concurrencia conflictiva entre esta y la de ámbitos inferiores se resolverá con sujeción al contenido material acordado en el presente Convenio General, sin perjuicio del respeto a las normas de derecho necesario establecidas en la legislación vigente en cada momento, y específicamente en lo establecido en el artículo 84.2 del ET. En cualquier caso y sobre la base de lo establecido en el artículo 84.4 del ET, resulta preferente para el Sector de la Construcción lo negociado en el ámbito estatal en el presente Convenio.
- b) Principio de seguridad: los convenios de ámbito provincial que estén en vigor cuando inicie su eficacia el presente Convenio General mantendrán su vigencia en todo su contenido hasta la conclusión de su ámbito temporal, debiendo acogerse, en la siguiente negociación, a lo contenido en el Convenio General, sin perjuicio de que por acuerdo de las partes decidieran acogerse con anterioridad a las nuevas condiciones definidas en este Convenio.
- c) Principios de complementariedad y subsidiariedad: el Convenio General del Sector complementa los contenidos de los convenios de ámbito inferior, siendo además derecho supletorio en todo lo no previsto expresamente en los mismos.
- d) Principio de territorialidad: será de aplicación el convenio provincial o, en su caso, autonómico, vigente en el lugar de prestación efectiva de los servicios.

## V. CONVENIO COLECTIVO GENERAL DE LA INDUSTRIA QUÍMICA (BOE 19-7-2021)

Artículo 1. *Ámbito funcional y Estructura de la Negociación Colectiva en el Sector.*

1.2 Estructura de la Negociación Colectiva en el Sector.

El presente Convenio Colectivo ha sido negociado al amparo del artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores y articula la negociación colectiva en el sector de la Industria Química a través de la estructura negociadora siguiente:

- a) Convenio Colectivo nacional de rama de actividad: El actual Convenio General de la Industria Química en su XX edición que es de aplicación directa a las empresas que se encuentran dentro de su ámbito funcional, con independencia de que se encuentren o no afiliadas a FEIQUE o alguna de sus asociaciones territoriales o subsectoriales dada su naturaleza jurídica de Convenio Colectivo de eficacia general y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2) siguiente respecto de la autonomía de los Convenios de empresa.
- b) Convenios Colectivos de empresa o centro de trabajo: si los hubiere.
- c) Convenios Colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominalmente identificadas.
- d) Pactos de aplicación del CGIQ: Aplican en la empresa o, en su caso, centro de trabajo, lo dispuesto en el Convenio Colectivo General, desarrollando lo dispuesto en este último en base a la Disposición Adicional Cuarta, y se ocupan de las materias que sean propias de la empresa o del centro de trabajo, sometiéndose en todo caso a lo dispuesto en aquél con respecto a la jerarquía normativa

establecida en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. Estos Pactos deberán incluir, como parte de su contenido, las partes que lo conciertan y su vigencia.

En base a lo anterior se establecen los siguientes criterios:

1. En relación con los pactos de aplicación del Convenio General de la Industria Química:

A tenor de lo anterior, este Convenio Colectivo y los pactos de aplicación mantienen entre ellos una relación de subordinación y dependencia de los segundos respecto del primero no pudiendo los pactos de aplicación modificar las materias no disponibles del Convenio General, salvo lo indicado en la letra d) anterior.

2. Convenios de empresa:

2.1 Los Convenios Colectivos de empresa o centro, registrados ante la autoridad laboral competente, son autónomos en sí mismos, salvo que sus firmantes acuerden la supletoriedad del presente Convenio Colectivo o la remisión de determinadas materias a lo dispuesto en este y en cuyo caso se estará a lo que sobre el particular se acuerde en dichos Convenios de empresa.

No obstante, lo anterior, las representaciones sindicales y empresariales expresan su voluntad de que este Convenio constituya referencia eficaz para establecer las relaciones laborales en toda la industria química. A tal fin propondrán que las empresas con Convenio propio se remitan a este Convenio Colectivo en materias aquí reguladas, así como en calidad de derecho supletorio. Estimularán además la adhesión a este de dichos Convenios de Empresa a través de los pactos que concluyan en el marco de sus respectivos ámbitos las representaciones de las personas trabajadoras y de las empresas.

2.2 Las empresas de nueva creación incluidas dentro del ámbito funcional del presente Convenio Colectivo estarán afectadas por el mismo hasta la entrada en vigor del que, en su caso, pudiesen negociar con los representantes de las personas trabajadoras. Se exceptúan de este principio aquellas empresas que se creen a partir de la segregación de otras en las que estuviere en vigor un Convenio Colectivo en los términos del apartado 2.1 anterior y, en cuyo caso, se estará a lo que acuerden las partes.

2.3 Las empresas, centros de trabajo, grupos de empresas y pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas afectadas en la actualidad por el presente Convenio Colectivo, cuando así lo acuerden los sujetos legitimados para ello, podrán desvincularse de la aplicación del mismo mediante el siguiente procedimiento:

a) Para el comienzo de la negociación ambas partes (empresa y representación de las personas trabajadoras) deberán acordar su conformidad con el inicio de la misma o, en su caso, motivar su negativa.

b) Previamente al inicio del proceso de negociación del Convenio Colectivo propio, la dirección de la empresa y la representación de las personas trabajadoras lo comunicarán a la Comisión Mixta a los solos efectos de su conocimiento.

c) Durante el período de negociación será de aplicación el presente Convenio Colectivo.

d) Una vez finalizado el proceso de negociación, la dirección de la empresa y la representación de las personas trabajadoras comunicarán a la Comisión Mixta el acuerdo alcanzado. En el supuesto de que no se alcanzase un acuerdo con respecto al contenido del Convenio Colectivo propio, se mantendrá la aplicación del presente Convenio Colectivo.

e) Sin perjuicio de la prioridad aplicativa establecida en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, la regulación establecida en el presente Convenio Colectivo servirá como contenido mínimo sobre la que pudiera establecerse en ámbitos inferiores en las siguientes materias:

1. Salarios mínimos garantizados.
2. Jornada máxima anual.
3. Clasificación Profesional.
4. Régimen disciplinario.
5. Normas de medio ambiente y seguridad y salud laboral.
6. Sistemas de mediación y arbitraje para la solución de conflictos.

f) Por otro lado, el presente Convenio Colectivo tendrá la consideración de derecho supletorio respecto de todas aquellas materias no específicamente reguladas en el Convenio Colectivo propio.

2.4. Disposiciones comunes para pactos de adhesión y de articulación, en relación con la Disposición Adicional Cuarta del presente Convenio Colectivo.

Se remitirá a la Comisión Mixta descentralizada correspondiente al ámbito de la empresa copia de dichos Pactos de Adhesión, así como de los de articulación y aplicación que desarrollen lo previsto en la Disposición Adicional Cuarta, a fin de que tales órganos paritarios ejerzan las funciones previstas en el Capítulo XV. En el supuesto de no estar aún creada la Comisión Mixta descentralizada correspondiente, se remitirán a la Comisión Mixta Central.

Sin perjuicio de las competencias reconocidas legalmente a los Comités de Empre-

sa y/o Delegados de Personal, los Pactos de Adhesión, así como los de articulación y aplicación señalados en el apartado anterior y que pudieran suscribirse, serán negociados preferentemente por las Direcciones de las Empresas con las Secciones Sindicales, si las hubiere, de los sindicatos firmantes de este Convenio, en aplicación de las previsiones del artículo 6.3.b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y 87.1 del Estatuto de los Trabajadores, en particular allí donde conjuntamente ostenten la mayoría absoluta de los representantes de las personas trabajadoras elegidos en las elecciones de empresa a órganos unitarios de representación.

3. En relación con los Convenios sectoriales de ámbito geográfico o funcional inferior al General:

La articulación negocial en la Industria Química no contempla Convenios de ámbito superior al de empresa e inferior al Convenio General de rama de actividad, pero para las unidades negociadoras que existiesen en dicho ámbito, el Convenio General será de preceptiva y obligatoria aplicación en las siguientes materias, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84 y en relación con el ya mencionado 83.2 del Estatuto de los Trabajadores:

- a) Salarios Mínimos Garantizados.
- b) Jornada máxima anual y su distribución.
- c) Periodo de prueba.
- d) Modalidades de contratación.
- e) Grupos Profesionales y régimen de clasificación profesional.
- f) Régimen disciplinario.

g) Normas mínimas en materia de medio ambiente y seguridad y salud en el trabajo.

h) Movilidad geográfica.

En materia de Salarios Mínimos Garantizados será de aplicación lo dispuesto en el artículo 31 del presente Convenio en el sentido de que deberán ser computados la totalidad de conceptos retributivos a percibir por las personas trabajadoras en cada empresa en actividad normal o habitual en trabajos no medidos, con las únicas excepciones de la antigüedad, el plus de turnicidad, nocturnidad y complemento de puesto de trabajo.

## **VI. CONVENIO ESTATAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS AUXILIARES DE INFORMACIÓN, RECEPCIÓN, CONTROL DE ACCESOS Y COMPROBACIÓN DE INSTALACIONES (BOE 17-9-2021):**

Artículo 54. Concurrencia de Convenios.

El presente Convenio Colectivo regula las relaciones laborales entre las empresas comprendidas en el ámbito funcional definido en

el artículo 3 y todas sus personas trabajadoras.

No obstante los criterios de prioridad aplicativa vigentes en cada momento respecto de los Convenios Colectivos de Empresa, en virtud de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, o norma que lo sustituya, el presente Convenio Colectivo, a salvo del citado mandato legal, gozará de prioridad aplicativa, con carácter de derecho mínimo necesario, en las materias de organización, jornada máxima y tiempo de trabajo, descanso semanal, vacaciones, jubilación, estructura retributiva y salarios, licencias y excedencias, movilidad funcional, derechos sindicales y formación, e incluso modalidades de contratación y régimen disciplinario.

De acuerdo con lo pactado, las partes acuerdan expresamente que, a partir de la entrada en vigor del presente Convenio Colectivo, no podrán pactarse en los ámbitos previstos en el artículo 84.3 y 4 del actualmente vigente Estatuto de los Trabajadores, materias objeto de negociación en ese Convenio.

Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores.

## ► Novedades divulgación digital

### DIVULGACIÓN CIENTÍFICA DIGITAL

#### Digital scientific divulgation

**Autora:** M. Begoña García Gil

**Cargo:** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

#### “REFORMA LABORAL 2021”

En el ámbito de la divulgación científica digital es un referente el Blog de Eduardo Rojo, bajo el título [EL NUEVO Y CAMBIANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES](#) se abordan todas las materias novedosas referidas al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como no podía ser de otra manera, de la misma forma que en las anteriores reformas, se ha ido analizando la última reforma laboral, de hecho, el 26 de diciembre del 2021 tuvimos la oportunidad de tener a nuestra disposición una entrada denominada: “[Reforma laboral 2021. Texto comparado de la normativa vigente y del acuerdo alcanzado el 22 de diciembre](#)”.

Con la etiqueta “Reforma laboral” ha desarrollado un importante bloque de entradas dedicadas a esta nueva reforma desde la perspectiva doctrinal y analítica del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Todas son absolutamente interesantes, tanto por la perspectiva de sus reflexiones como por la conexión con otros estudios importantes en cada uno de los aspectos que sobre la reforma se tratan por el catedrático.

Estas entradas del blog van desde [el debate sobre la reforma laboral llega esta semana al Congreso. Proposición no de ley de UP](#) allá por septiembre del 2021, o bien [las líneas de actuación de la ITSS](#), hasta las más actuales de marzo del presente año como: [Tras el RDL 32/2021, siguen aprobándose normas laborales y hay que saber buscarlas en aquellas de contenido no específicamente laboral. A propósito de los RDL 1, 2 y 3 de 2022 y la Ley 4/2022](#). O bien la entrada de 7 de marzo: [Flexibilidad interna: ERTES y Mecanismo RED](#). Nuevas y antiguas reflexiones, y nuevas aportaciones doctrinales.

El material que se pone a nuestra disposición es un material actual, dinámico, preciso y, desde luego, de gran aplicación práctica tanto para profesionales como para el mundo académico en toda su composición.



## ► Las otras revistas

### EL TRABAJO DE PLATAFORMAS EN LAS REVISTAS INTERNACIONALES

**Autor:** Daniel Pérez Del Prado

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

El debate sobre el trabajo en plataformas tiene sin lugar a dudas una trascendencia internacional clara, no solo porque los problemas con la laboralidad de quienes prestan servicios para ellas afectan a numerosísimos ordenamientos jurídicos nacionales, sino porque revisten también un impacto transfronterizo claro, como lo demuestra el hecho de que la Unión Europea haya decidido regular la materia a través de la conocida propuesta de directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el de trabajo en plataformas digitales.

De ahí que este sea un asunto de claro interés para la doctrina científica internacional desde ambas perspectivas, desde la comparada y en lo que respecta al Derecho social europeo. Por lo que hace a la primera, encontramos dos aproximaciones diferentes, la que se centra en la evolución jurisprudencial y situación normativa de la regulación del trabajo en plataformas en los distintos países y los que abordan una aproximación más abstracta desarrollada sobre la base de esos sistemas normativos nacionales.

Comenzando por esta segunda aproximación, la *Revista Internacional del Trabajo* de-

dicó un número monográfico al “Futuro del Trabajo” (Vol. 159, Issue 1, 2020), en el que podemos encontrar varios estudios relativos al trabajo en plataformas, aunque sin traducción al español. En concreto, cabe destacar el artículo de Johnston “[Labour geographies of the platform economy: Understanding collective organizing strategies in the context of digitally mediated work](#)”, que analiza las “geografías” de la acción colectiva en la economía de plataforma, distinguiendo entre las características espaciales únicas asociadas con el trabajo basado en un lugar físico y el trabajo en plataformas, para examinar las estrategias divergentes de organización colectiva desarrolladas en uno y otro ámbito; y el escrito por Aloisi y de Stefano con el título “[Regulation and the future of work: The employment relationship as an innovation facilitator](#)” y que se centra en la viabilidad de la relación laboral como instrumento jurídico para regular las nuevas formas de empleo.

Por su parte, la *International Journal of Comparative Labour and Industrial Relations* dedicó un número especial (Vol. 34, Issue 4, 2018) al concepto de “trabajo estandarizado”, con atención a varios estudios de casos naciona-

les o comparados. Este el número especial reúne documentos presentados o inspirados en workshop celebrado en la Universidad de Maastricht en diciembre de 2016. En particular, en relación al trabajo en plataformas, destaca el artículo de Blackham, [“‘We are All Entrepreneurs Now’: Options and New Approaches for Adapting Equality Law for the ‘Gig Economy’”](#). En él se aborda el análisis del impacto del trabajo en plataformas desde una perspectiva muy relevante desde un punto de vista práctico, el del Derecho antidiscriminatorio. En particular, se lleva a efecto un estudio comparado entre el Reino Unido y Australia para concluir que la mera extensión de los esquemas existentes en materia de igualdad y no discriminación a las nuevas formas de trabajo no es suficiente para hacer frente a los cambios que están experimentando los mercados de trabajo, siendo necesario repensar y re teorizar el papel y el propósito del Derecho antidiscriminatorio.

En esta misma revista, nos encontramos también con el artículo de Todolí titulado [“The End of the Subordinate Worker? Collaborative Economy, On-Demand Economy, Gig Economy, and the Crowdworkers’ Need for Protection”](#) (Vol. 33, Issue 2, 2017). El objeto de este artículo es revisar los elementos comunes del trabajo de plataformas y la regulación laboral clásica, poniendo de relieve los instrumentos jurídicos que pueden seguir siendo útiles para la regulación de esta nueva forma de prestación de servicios.

Una aproximación similar encontramos en [“Some Reflections on the ‘Personal Scope’ of Collective Labour Law”](#), publicado por Freland y Kounturis en la *Industrial Law Journal* (Vol. 46, Issue 1, 2017). El artículo se centra en el alcance subjetivo o relacional del Derecho del Trabajo, abogando por un enfoque más inclusivo que sea capaz de cubrir los nuevos escenarios de diferenciación entre

“trabajo” y “capital” en el contexto de la economía de plataformas e, incluso, más allá de esta. La misma línea sigue también, aunque basándose principalmente en la jurisprudencia y añadiendo al caso del Reino Unido los de España y Alemania, Perulli en su artículo [“The legal and jurisprudential evolution of the notion of employee”](#), publicado en la *European Labour Law Journal* (Vol. 11, Issue 2, 2020)

Por su parte, en *The Economic and Labour Relations Review* también podemos encontrar un número monográfico dedicado a la economía de plataformas (Vol. 28, Issue 3, 2017). En él se recogen los resultados del simposio organizado por el Centro para el futuro del Trabajo en el marco del 15<sup>a</sup> Congreso de la Sociedad Australiana de Economistas Heterodoxos en la Universidad de Nueva Gales del Sur. En concreto, cuatro son los trabajos destacados, que en conjunto abordan el estudio desde una perspectiva interdisciplinar:

En primer lugar, [“The resurgence of gig work: Historical and theoretical perspectives”](#), escrito por Stanford y que tiene como propósito conocer mejor la gama completa de fuerzas que impulsan los cambios en la organización del trabajo y el rechazo de la suposición de que están determinadas tecnológicamente y, por lo tanto, son inevitables, lo que permite formular mejores respuestas normativas y políticas frente al aumento del trabajo en plataforma. En segundo lugar, de la mano de Lewchuk, [“Precarious jobs: Where are they, and how do they affect well-being?”](#) nos adentra en el impacto que las actuales condiciones de trabajo en la economía de plataformas tiene sobre el bienestar y las relaciones sociales, incluyendo la salud, el bienestar del hogar y la participación de la comunidad. Por último, Stewart y Stanford muestran en [“Regulating work in the gig economy: What are the options?”](#) los pros y contras de hasta cinco

alternativas distintas para la regulación del trabajo en plataformas.

Asimismo, es significativo el número especial de la *Comparative Labor Law & Policy Journal* (Vol. 37, No. 3, 2016) que, como señala su editorial «tiene como objetivo proporcionar una visión general analítica integral del trabajo en la gig-economy y probar la validez de varios supuestos que subyacen al debate general» (la traducción es mía). En concreto, los artículos incluidos en él tienen su origen el seminario especial realizado en la Wharton School de la Universidad de Pensilvania en noviembre de 2015, si bien algunos de ellos ya habían sido discutidos durante dos sesiones especiales de la IV Conferencia de Regulación para el Trabajo Decente, organizada por la OIT, en Ginebra, en julio de 2015.

Se trata de un número íntegramente interdisciplinar, pues los artículos cubren aspectos jurídicos, económicos, empresariales, informáticos y sociológicos clave del trabajo en plataformas. En el ámbito netamente jurídico, encontramos los trabajos de Aloisi, "Commoditized Workers: Case Study Research on Labor Law Issues Arising from a Set of "On-Demand/Gig Economy" Platforms"; Cherry, "Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work"; Prassl and Risak, "Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork"; y de Stefano, "The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the "Gig Economy" .

Más recientemente esta misma revista ha lanzado otro número especial aunque con un objeto algo más amplio, pues trasciende el de las plataformas para alcanzar el de la automatización y la inteligencia artificial (Vol. 41, No. 1, 2022). Apostando de nuevo por la interdisciplinariedad, las contribuciones se centran en los retos tecnológicos,

económicos, sociológicos y jurídicos que la inteligencia artificial en general y los algoritmos en particular están planteando. Los artículos jurídicos vienen de la mano de Aloisi y Gramano, "Artificial Intelligence is Watching You at Work: Digital Surveillance, Employee Monitoring, and Regulatory Issues in the EU Context"; Adams-Prassl, "What if Your Boss was an Algorithm? Economic Incentives, Legal Challenges, and the Rise of Artificial Intelligence at Work"; Armaroli y Dagnino, "A Seat at the Table: Negotiating Data Processing in the Workplace"; Cherry, "Job Automation in the 1960s: A Discourse Ahead of its Time (And for Our Time)" ; Hendrickx, "Privacy 4.0 at Work: Regulating Employment, Technology, and Automation"; y de Stefano, "Negotiating the Algorithm": Automation, Artificial Intelligence, and Labor Protection".

Pero, como hemos señalado, el análisis del trabajo en plataformas también se ha llevado a efecto en un plano más cercano, abordando la concreta situación en diversos países. Tal es el caso del artículo de Bagari y Sagmeister con el título "[Economic dependence and parental protection: A comparative analysis of Austrian and Slovenian labour and social security rights of economically dependent self-employed parents](#)", publicado en la *European Labour Law Journal*, en el número monográfico a que nos referiremos más adelante (Vol. 13, Issue 1, 2022). Se trata de un análisis comparativo entre Eslovenia y Austria, distinguiendo entre empleados y autónomos económicamente dependientes en esta área específica y apuntando hacia los desafíos para el campo más amplio de los derechos laborales y sociales.

En el Reino Unido el debate en torno al trabajo en plataformas ha alcanzado también una notoriedad importante. Muestra de ello fueron los tres artículos que abordaron el tema en la *Industrial Law Journal* (Vol. 50, Issue 4, 2021). El primero de ellos, elaborado

por Whiteside con el título "[Before the Gig Economy: UK Employment Policy and the Casual Labour Question](#)", expone cómo llegó a construirse la comprensión actual de los contratos de trabajo "tradicionales" o "regulares" y por qué el "trabajo bajo demanda" se entiende como "irregular"; es decir, como una forma desviada de las normas laborales establecidas. Por su parte, Novitz nos introduce con su "[Gig Work as a Manifestation of Short-Termism: Crafting a Sustainable Regulatory Agenda](#)" en las incongruencias entre el desarrollo del trabajo de plataformas y el trabajo sostenible y cómo esto conduce necesariamente a una reforma holística de la normativa laboral que promueva «la solidaridad colectiva y la acción a través de las fronteras geográficas y temporales, al tiempo que atraviese los límites doctrinales, para hacer que el trabajo informal (tal como lo conocemos ahora) sea una cosa del pasado» (la traducción es mía). Por último, "[Trade Unions and Platform Workers in the UK: Worker Representation in the Shadow of the Law](#)", elaborado por Berolini y Dukes, aborda desde una perspectiva sociológica la respuesta de los sindicatos a la aparición y crecimiento del trabajo en plataformas.

Desde el mismo modelo, el de common law, y la misma revista, Doherty y Franca utilizan el ejemplo irlandés en "[Solving the 'Gig-saw'? Collective Rights and Platform Work](#)" (Vol. 49, Issue 3, 2020) para abordar el tema mucho menos discutido de cómo puede funcionar la negociación colectiva en la economía de plataforma y el papel de los actores del Derecho Laboral Colectivo, en particular de los interlocutores sociales. El artículo argumenta que mediante el desarrollo de un marco regulatorio que apoye e involucre a las partes interesadas y una negociación colectiva sectorial fuerte, el trabajo de plataformas puede encontrar una regulación adecuada para el beneficio de los trabajadores, las empresas y el Estado.

Agrupando a los cuatro países nórdicos, Westregård estudia en "[Digital collaborative platforms: A challenge for both the legislator and the social partners in the Nordic model](#)" (*European Labour Law Journal* -Vol. 11, Issue 2, 2020) los problemas específicos de la legislación laboral y de Seguridad Social en relación con los trabajadores de plataformas en la nueva economía digitalizada, analizando su lugar en el mercado laboral y, especialmente, el papel de los convenios colectivos como vía estándar para regular las condiciones laborales en los países nórdicos.

Nuestro país también ha sido especial objeto de interés, especialmente a raíz de la aprobación de la conocida como "Ley Rider". A su análisis se dedicaron los artículos de Todolí "[Spanish riders law and the right to be informed about the algorithm](#)", en la *European Labour Law Journal* (Vol. 12, Issue 3, 2021); y de Pérez del Prado "[The legal framework of platform work in Spain: the new Spanish 'Riders' Law](#)", en la *Comparative Labor Law and Policy Journal* (Dispatch 36, 2021).

Más allá del viejo continente también podemos encontrar análisis para algunos países asiáticos, como India, China o Japón. A la primera se refiere el artículo de Surie y Koduganti, "[The Emerging Nature of Work in Platform Economy Companies in Bengaluru, India: The Case of Uber and Ola Cab Drivers](#)", publicado en la *E-Journal of International and Comparative Labour Studies* (vol. 5, No. 3, 2016) y centrado en el, al parecer, incipiente desarrollo de las plataformas de transporte de viajeros en este país asiático. La situación en China parece ser bastante diferente, como lo evidencia el trabajo de Zou, publicado bajo el título de "[The Regulatory Challenges of 'Uberization' in China: Classifying Ride-Hailing Drivers](#)" en la *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (Vol. 33, Issue 2, 2017). En él se muestra un estadio del debate mucho

más maduro, con conclusiones idénticas a las de los países occidentales en torno a la efectividad de los instrumentos clásicos del Derecho del Trabajo para determinar la laboralidad de las personas que prestan servicios para plataformas en aquél país. Por último, Japón parecer presentar una situación bastante parecida también a la de los países occidentales. En [“Illusory freedom of physical platform workers: Insights from Uber Eats in Japan”](#), publicado en *The Economic and Labour Relations Review* (Vol. 32, Issue 3, 2021), Umer describe la escasa efectividad de la negociación colectiva y sindicatos nipones para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores de plataformas de comida a domicilio.

En *The Economic and Labour Relations Review* (Vol. 28, Issue 3, 2017), el trabajo de Minter titulado [“Negotiating labour standards in the gig economy: Airtasker and Unions New South Wales”](#) nos permite adentrarnos en cuál es el estado de la cuestión en Oceanía y, en particular, en Australia. En concreto nos muestra cómo la aparición de las plataformas ha propiciado negociaciones innovadoras entre una empresa de plataforma (Airtasker) y Unions New South Wales, sindicato de referencia en Nueva Gales del Sur, con el fin de establecer estándares mínimos acordados para compromisos negociados a través de esta plataforma.

En América el centro de atención no lo ha tenido tanto el conjunto de los Estados Unidos, como el Estado de California, el primero en regular sobre la materia. Al especial contexto sociológico, político y jurídico en que se ha desarrollado el trabajo en plataformas allí se refiere el trabajo de Dubal [“Economic security & the regulation of gig work in California: From AB5 to Proposition 22”](#) (*European Labour Law Journal* -vol. 13, Issue 1, 2022). Aún así, no han faltado estudios para el conjunto del país, como este de eminente corte cuantitativo elaborado por Hal y Krueger

para la *ILR Review* (Vol. 71, Issue 3, 2018) con el título [“An Analysis of the Labor Market for Uber’s Driver-Partners in the United States”](#); o este otro de corte más sociológico, escrito por Racabi para la misma revista, que analiza cómo la relación ciudad-Estado afecta a las relaciones laborales en el ámbito del trabajo en plataformas: [“Effects of City-State Relations on Labor Relations: The Case of Uber”](#) (Vol 74, Issue 5, 2021).

En lo que respecta al segundo, el referido al Derecho social europeo, el mismo día en que se hizo público el texto de la propuesta de directiva de trabajo en plataformas –incluso antes– ya contamos con análisis de urgencia, si bien no en las revistas científicas, sino en la blogosfera. Nos estamos refiriendo a la entrada de Aloisi y de Stefano para *Social Europe* titulada [“European Commission takes the lead in regulating platform work”](#).

No obstante, también ha habido tiempo suficiente para análisis más sosegados, como los publicados en el número de febrero de 2022 (Vol. 13, Issue 1) de la *European Labour Law Journal*. Como indica la [editorial invitada](#), a cargo del profesor Wass, en este número se recogen las contribuciones al congreso anual sobre ‘Explorando formas de mejorar condiciones de trabajo de los trabajadores de plataforma: el papel de la legislación laboral de la UE’, auspiciado por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión de la Comisión Europea. De él, destacan los artículos de Adams-Prassl ([“Regulating algorithms at work: Lessons for a ‘European approach to artificial intelligence’”](#)), que trasciende la propuesta de directiva para abordar toda la normativa y propuestas europeas en materia de artificial; de Aloisi ([“Platform work in Europe: Lessons learned, legal developments and challenges ahead”](#)), que centra su análisis en las relaciones existentes entre los avances normativos a nivel europeo y nacional, aunque sin referirse expresamente a la propuesta de directiva; y de



Kullmann (“‘Platformisation’ of work: An EU perspective on Introducing a legal presumption”), que se concentra en el concreto y no poco controvertido aspecto de la presunción de laboralidad. En este número destaca asimismo el artículo de Boot (“Platform work in Europe: The need for a multilevel solution to protect the so-called self-employed”) que, sin mencionar la propuesta de directiva, apunta hacia la necesidad de adoptar mecanismos de regulación multinivel. Sin embargo, esta no es la única norma europea que ha sido objeto de análisis. Anteriormente hemos hecho referencia al estudio del trabajo en plataformas desde el prisma del Derecho antidiscriminatorio. En ese mismo número de la misma revista, la *International Journal of Comparative Labour and Industrial Relations* (Vol. 34, Issue 1, 2018), encontramos el trabajo de Kullmann titulado “Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law”. Este artículo comienza con un breve examen de los desafíos que implican la economía de plataformas y los algoritmos en lo que respecta a la discriminación por razón de género. A partir de ahí, el análisis teórico se aplica al principio de igualdad de remuneración entre mujeres y hombres de la UE, sugiriéndose mejoras y adaptaciones de la normativa europea en relación con el trabajo en plataformas. En la misma línea va el artículo de Vyas, “Gender inequality- now available on digital platform’: an interplay between gender equality and the gig economy in the European Union”, publicado en la *European Labour Law Journal* (Vol. 12, Issue 1, 2020)

En este mismo ámbito extramuros de la propuesta de directiva especializada en el trabajo en plataformas nos encontramos también con el trabajo de Rosin “Applying the Temporary Agency Work Directive to Platform Workers: Mission Impossible?” , publicado en la *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (Vol. 36, Issue 2, 2020). El objeto de este

artículo es analizar si es posible aplicar la Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal a los trabajadores de plataformas y si mejorarían sus condiciones laborales. Se argumenta que la aplicación automática de esta directiva a los trabajadores de plataformas sería complicada y no mejoraría sus derechos laborales. Los principales obstáculos incluyen los problemas derivados de la asignación de supervisión y dirección al usuario; cuestiones relativas a la determinación del tiempo de trabajo; la identificación de un comparador a efectos de la igualdad de trato, y la excepción al principio de igualdad de trato durante períodos de inactividad.

De esta misma autora también podemos destacar “Platform work and fixed-term employment regulation”, publicado en la *European Labour Law Journal* (Vol. 12, Issue 2, 2021). Este artículo se centra en estudiar la aplicabilidad de la Directiva 99/70 sobre trabajo de duración determinada a los trabajadores de plataformas. Se analiza la cuestión de si el trabajo en plataformas puede considerarse un empleo de duración determinada según la directiva y, también, si las medidas para evitar el abuso en la sucesión de contratos de duración determinada garantizan que los trabajadores de plataformas eviten caer en la precariedad. Usando el ejemplo de cuatro plataformas (Uber, Deliveroo, TaskRabbit y Amazon Mechanical Turk), se argumenta que muchos trabajadores de plataformas pueden considerarse trabajadores temporales a efectos de la directiva.

Por último, aunque trasciende el trabajo en plataformas para abarcar todas las fórmulas de trabajo atípico, también se ha prestado, precisamente por ello, especial atención a la directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Bednarowicz, en la *Industrial Law Journal* (Vol. 48, Issue 4, 2019), hace un repaso exhaustivo de la norma en su artículo



titulado “[Delivering on the European Pillar of Social Rights: The New Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union](#)”. En particular, presta especial atención al modo en que la directiva puede contribuir a la mejora de las con-

diciones laborales de estos trabajadores y, por ello, evalúa hasta qué punto puede ser efectiva en lo que hace al cumplimiento de los objetivos enmarcados en el Pilar Social Europeo.

## ► Diálogo social

### 25 ANIVERSARIO DE LA FIRMA DEL ASEC (ACUERDO SOBRE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES): UNO DE LOS ÉXITOS DE NUESTRO MODELO DE RELACIONES LABORALES, MODELO BASADO EN EL DIÁLOGO SOCIAL

#### 25Th anniversary of the signing of the first agreement on extrajudicial settlement of labor disputes

**Autora:** Beatriz Losada Crespo

**Cargo:** Inspectora de Trabajo y Seguridad Social. Directora SIMA-FSP

**Resumen:** Como consecuencia del 25 aniversario de la firma del primer acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales se analiza la evolución de los acuerdos reguladores de los procedimientos de gestión del conflicto colectivo laboral ámbito estatal, Donde se reconoce la capacidad auto componedora de las partes en conflicto de resolver sus discrepancias sin necesidad de acudir a la jurisdicción social.

**Palabras clave:** Acuerdo, extrajudicial, conflicto, mediación, arbitraje.

**Abstract:** As a result of the 25th anniversary of the signing of the first agreement on extrajudicial settlement of labor disputes, the evolution of the regulatory agreements of the procedures for the management of the collective labor dispute at the state level is analyzed, where the self-composing capacity of the parties in conflict to resolve their discrepancies without the need to go to the social jurisdiction is recognized.

**Keywords:** Settlement, extrajudicial, conflict, mediation, arbitration.

Hasta hace relativamente pocos años, los procedimientos autónomos de solución de conflictos apenas se habían instalado en nuestro sistema de relaciones laborales. Y ello, a pesar de las posibilidades que se derivan tanto del marco constitucional, como del Estatuto de los Trabajadores.

Nuestro país carecía de una sólida tradición basada en el consenso, que atribuye la función interpretativa y aplicativa a instrumentos fundados en el pacto. Precisamente esa

carencia es la que justifica en buena medida el excesivo protagonismo que ha tenido en nuestro sistema de relaciones laborales la "visión judicial" de los conflictos, a la que tantas veces se ha hecho referencia, y que ha llevado a un claro predominio de la vertiente jurídica de los problemas laborales en detrimento de una más social.

Los agentes sociales en el marco de los tempranos acuerdos firmados a principios de los años ochenta intentaron explorar medios

distintos y complementarios a los judiciales y administrativos.

Es necesario recordar que dentro del marco constitucional previsto en los artículos 7 y 37.2 de la constitución española y en relación con el artículo 83.3 del estatuto de los trabajadores, hace 25 años, concretamente el 25 de enero de 1996, los interlocutores sociales CCOO y UGT y la CEOE y CEPYME decidieron firmar el acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos, con el objeto de crear y desarrollar un sistema de solución de los conflictos colectivos laborales surgidos entre empresas y personas trabajadoras o sus respectivas organizaciones representativas

Esta firma constituye uno de los hitos, que ponen de manifiesto que el diálogo y la concertación social han sido instrumentos, sin cuya aportación no se puede entender la normalización democrática, el desarrollo socio económico y la modernización de España

Efectivamente, la creación en 1996 del sistema de solución de conflictos supone el reconocimiento de la capacidad auto componedora de las partes en conflicto, atribuyéndose la posibilidad de resolver sus discrepancias sin necesidad de acudir a la jurisdicción social

De aquel primer acuerdo de solución extrajudicial de conflictos, hay que señalar que, discretamente, careciendo de preámbulo y con sus 13 artículos, estaba sentando las bases del que hoy podemos considerar uno de los más modernos modelos europeos de solución autónoma de conflictos, sin olvidar, que junto a este acuerdo de ámbito estatal conviven y conviven numerosos acuerdos interprofesionales **autonómicos** sin los que no se puede comprender el desarrollo del modelo de relaciones laborales en el conjunto del Estado

La gestión de los procedimientos y actuaciones regulados en cada uno de los sucesivos acuerdos que han venido regulando esta actividad, (seis en total), ha quedado encomendada a la Fundación SIMA FSP. Actualmente está en vigor el VI ASAC (Sexto Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales), suscrito el 26 de noviembre de 2020 (BOE n.º 334, de 23 de diciembre).

La actividad desarrollada por la Fundación SIMA se ha visto condicionada por la evolución de los acuerdos emanados del Diálogo Social.

### Características principales de estos acuerdos

#### ASEC. Vigencia del 25 de enero de 1996 al 30 de enero del 2001

– Tipos de procedimientos regulados:

- La mediación
- El arbitraje

– Tipos de conflicto que se tramitan:

- Los conflictos colectivos de interpretación y aplicación definidos de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.
- Los conflictos ocasionados por discrepancias surgidas durante la negociación de un Convenio Colectivo u otro acuerdo o pacto colectivo.
- Los conflictos que den lugar a la convocatoria de una huelga o que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga.
- Los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 47 y 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

– Se requiere adhesión expresa para su aplicabilidad en una concreta empresa o sector.

#### [ASEC II vigencia del 31 de enero del 2001 al 28 de diciembre del 2004](#)

– Se añade un nuevo tipo de conflicto susceptible de ser tramitado por el SIMA:

- Las controversias colectivas que, sin revestir la forma de demanda judicial de conflicto colectivo jurídico, surjan con ocasión de la aplicación e interpretación de un Convenio Colectivo a causa de la existencia de diferencias sustanciales debidamente constatadas que conlleven el bloqueo en la adopción del correspondiente acuerdo en la Comisión Paritaria.

– Se señala expresamente que la mediación ante el SIMA sustituye a la conciliación administrativa previa a los efectos previstos en los artículos 63 y 154 de la Ley de Procedimiento Laboral.

– Se entienden incluidos en su ámbito de aplicación todos los sectores y empresas que a fecha 31 de diciembre de 2000 se encontrasen adheridos al anterior ASEC.

#### [ASEC III vigencia del 29 de diciembre del 2004 al 12 de enero del 2009](#)

– Se amplía el ámbito funcional a las empresas y/o centros de trabajo radicados en una única Comunidad Autónoma cuando de la resolución del conflicto pudieran derivarse consecuencias para el convenio colectivo sectorial estatal de aplicación.

– Se posibilitan los arbitrajes en equidad.

– Se incluye en su ámbito de aplicación a todos los sectores y empresas que se encontrasen adheridos a 31 de diciembre de 2004.

#### [ASEC IV vigencia del 13 de enero del 2009 al 6 de febrero del 2012](#)

– Se indica por primera vez la intención de que en el seno de la Comisión de Seguimiento se analizarían las posibilidades y fórmulas que, sin alterar el ámbito del ASEC, pudieran contribuir a la aplicación de la experiencia acumulada en solución de conflictos a:

- Las controversias colectivas derivadas de acuerdos de interés profesional de ámbito nacional o superior a una Comunidad Autónoma que afecten a más de una Comunidad Autónoma, en lo relativo a los trabajadores autónomos económicamente dependientes.
- Los conflictos colectivos entre el personal laboral y funcionarios públicos y las Administraciones para las que prestan sus servicios.

– Se incluye en su ámbito de aplicación a todos los sectores y empresas que se encontrasen adheridos a 31 de diciembre de 2008.

#### [ASAC V vigencia del 7 de febrero del 2012 al 25 de noviembre del 2020](#)

– Con el cambio de denominación, se recalca la inclusión de la solución negociada de los conflictos colectivos de trabajo como un elemento más del propio sistema de relaciones laborales.

– Se le otorga eficacia general y directa, dejando de ser preceptiva la adhesión expresa para su aplicabilidad.

– El SIMA pasa a configurarse como una Fundación del Sector Público Estatal (a partir de este momento, se denominará SIMA-FSP), con todo lo que se deriva de este cambio de figura jurídica.

– Se impulsa, reconoce y refuerza el papel de las comisiones paritarias de interpretación y vigilancia de los convenios colectivos, en particular en lo relativo a la solución de los conflictos relativos a la interpretación y aplicación de estos o en los periodos de consultas sobre inaplicación de condiciones de trabajo (MSCT y descuelgue salarial).

– Se incluyen nuevos tipos de conflictos colectivos susceptibles de ser gestionados a través de los procedimientos tramitados en el SIMA-FSP:

- La impugnación de convenios colectivos.
- La sustitución del período de consultas en los EREs concursales.
- Los conflictos derivados de las discrepancias en la negociación en la empresa de acuerdos de inaplicación de convenios colectivos, cuando los mismos contemplen la inaplicación negociada de parte de su contenido.
- Los conflictos si hubiere desacuerdo en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal previsto en los convenios colectivos.

#### ASAC VI, Suscrito el 26 de noviembre de 2020 (BOE n.º 334, de 23 de diciembre)

– Se materializa la ampliación del ámbito funcional de aplicación del acuerdo que había sido esbozado en el IV ASEC, a:

- La solución de los conflictos que se susciten entre las empleadas y empleados públicos y la Administración General del Estado y demás entidades de derecho público de ella dependientes.
- La solución de las discrepancias que surjan en los acuerdos de interés profesional referidos a las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes.

– La introducción de dos nuevos tipos de procedimiento, ya que además de la mediación y el arbitraje se podrán solicitar el impulso a la negociación colectiva y la mediación preventiva de conflictos.

– La inclusión de un nuevo tipo de conflicto, el recogido en el art. 4.3.k) del ASAC VI, que permite someter ante el SIMA-FSP " cualquier otra discrepancia en la negociación colectiva o en su aplicación "; al objeto de " superar la limitada concepción de nuestro sistema como un mero trámite previo a la vía procesal "

#### Conclusiones derivadas de las modificaciones obradas por los acuerdos

Del análisis de las consecuencias derivadas de las modificaciones operadas por los acuerdos que han regulado su funcionamiento podríamos sacar cuatro conclusiones:

– Paso de un sistema basado en la adhesión a un sistema de eficacia general. Ahora la totalidad de los conflictos incluidos en su ámbito de aplicación, deben obligatoriamente acudir a la Fundación, como un trámite previo y obligatorio a la interposición de la demanda ante la audiencia nacional.

– Incremento paulatino de los tipos de conflictos incluidos en su ámbito de actuación. De los iniciales cuatro conflictos que aparecen enumerados y referidos al primer acuerdo de soluciones extrajudiciales de conflictos, se llega en la actualidad a los once tipos de conflictos enumerados en el artículo 4 del ASAC VI.

– Incremento de las herramientas puestas a disposición de los sujetos en conflicto. Aparecen así en el sexto acuerdo de solución autónoma de conflictos dos herramientas nuevas que se suman a las tradicionales mantenidas en los cinco primeros acuerdos,

esto es, pasamos de las dos herramientas tradicionales de mediación y arbitraje a cuatro: mediación, arbitraje, impulso a la negociación y mediación preventiva.

– Incremento del ámbito de aplicación. El sexto acuerdo de solución autónoma de conflictos culmina con la introducción de dos colectivos que se encontraban excluidos del mismo: las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes y las empleadas y empleados públicos y la Administración General del Estado y demás entidades de derecho público de ellas dependientes.

Es evidente que la semilla sembrada hace 25 años ha dado paso a un robusto sistema de solución de conflictos colectivos basado en el ejercicio responsable de la autonomía colectiva por parte de todos los sujetos que intervienen en el complejo mundo de las relaciones laborales, siendo necesario reconocer la inestimable colaboración de los órga-

nos de la Jurisdicción Social, especialmente la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, en el reconocimiento de su eficacia y valor jurídico, como herramienta adecuada para la solución de los conflictos colectivos.

Es igualmente necesario recordar el papel que han jugado los distintos gobiernos y administraciones públicas a lo largo de estos 25 años, quienes no han dudado en apoyar y reconocer la utilidad de estas instituciones que permiten una mejor gestión de los cambios laborales al tiempo que canalizan el conflicto social.

Debemos agradecer a las cuatro organizaciones firmantes del primer acuerdo de solución extrajudicial de conflictos la labor desempeñada, la valentía y la decidida voluntad de apostar por un sistema de relaciones laborales construido y administrado desde la propia autonomía colectiva de los interlocutores sociales.



► **Reflexión monográfica**

**LA FLEXIBILIDAD INTERNA TRAS LA REFORMA LABORAL DEL REAL-DECRETO LEY 32/2021 DE 28 DE DICIEMBRE. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS ARTS. 47 Y 47 BIS DEL ET**

**Internal flexibility after the labour reform of Royal-Decree law 32/2021 of 28 december 2021. Some reflections on the articles 47 and 47 bis of the workers' statute**

**Autora:** Luisa María Gómez Garrido

**Cargo:** Magistrada especialista en la jurisdicción social. Presidenta de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla La Mancha

**SUMARIO**

- I. PRESENTACIÓN DE UNA INCERTIDUMBRE
- II. ¿CUÁNTAS MODALIDADES DE FLEXIBILIDAD INTERNA DEJA LA REFORMA?
  - 1. La situación anterior a la reforma
  - 2. La situación posterior a la reforma
  - 3. El Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo
- III. CONCLUSIONES

## I. PRESENTACIÓN DE UNA INCERTIDUMBRE

Cuesta calificar la intensidad de la reforma laboral derivada del RDL 32/2021. Si utilizáramos una escala en la que el "0" fuese la inacción, y el "10" se asignase a la reforma laboral de 1994 –que puede tomarse convencionalmente como referencia de la "reforma total"–, esta que ahora nos ocupa estaría en su conjunto por debajo del 5, quizás entre el 3 y el 4. Ahora bien, alguna de las medidas incorporadas, particularmente la reorganización de los contratos temporales, se sitúa con seguridad por encima de esa puntuación, mientras que otras, como las relativas a la flexibilidad interna, dejan un cierto regusto de incertidumbre sobre su alcance real.

No cabe duda de que este tipo de valoraciones nos coloca en un ámbito altamente discutible, de manera que cualquiera de las anteriores afirmaciones puede ser objeto de discrepancia con razón y fundamento más que de sobra. Pero interesan en este momento como cable de amarre para desgranar a continuación unas pocas reflexiones, todavía de emergencia, sobre qué cabe esperar de esta última reforma laboral en lo atinente a la flexibilidad interna. Esta labor puede complicarse algo si se repara en que la actividad legislativa más reciente se ha visto afectada de lo que cabe calificar como "escapatismo legislativo", esto es, la actitud que se orienta a proyectar de manera amplificada la importancia de las medidas adoptadas, en el marco de una notable preocupación por su impacto emocional en la opinión pública.

La reforma que ahora consideramos no se sitúa al margen de esta tendencia general, como demuestra el hecho, ciertamente llamativo, de que en su exposición de motivos se diga que esta reforma del Estatuto de los Trabajadores, que continúa las previas en materia de trabajo a distancia, igualdad retributiva entre hombres y mujeres, planes de

igualdad, convenios colectivos, o personas dedicadas al reparto, tiene por objeto establecer "las bases de un nuevo *contrato social* que permita hacer compatible la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcada por las transiciones ecológica y digital". En fin, suponer que la reforma que ahora nos ocupa, incluso considerada en el *iter* de las que le precedieron, puede redefinir la causa última que justifica la cesión de voluntad, y el intercambio de beneficios y sacrificios que fundamentan la convivencia, da sobrada cuenta del optimismo del legislador sobre el alcance de sus medidas y su preocupación por la imagen que se proyecta con ellas.

Pero no nos apartemos de lo que ahora nos interesa, que es evaluar la importancia real de la reforma en lo que atañe a la flexibilidad interna en el ámbito empresarial. Para ello realizaremos una primera aproximación a la manera en que han quedado afectados los arts. 47 y 47 bis del ET, intentando, en particular, aclarar cuántas modalidades reales de expedientes de reducción de jornada o de suspensión de contratos han quedado tras la reforma, en el entendimiento de que, con tales consideraciones, estaremos ya despejando aspectos sustanciales de la reforma.

## II. ¿CUÁNTAS MODALIDADES DE FLEXIBILIDAD INTERNA DEJA LA REFORMA?

### 1. La situación anterior a la reforma

Como es bien sabido, en el texto del hasta entonces solitario art. 47 del ET en la redacción anterior al RDL 32/2021, se contenían dos modalidades de suspensión de contratos, o de reducción de jornada.

La primera de ellas, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP), con arreglo a lo previsto en el propio precepto y en su desarrollo reglamentario, contenido en el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, que se mantiene vigente en la actualidad tras la reforma del RDL 32/2021. En este caso, la decisión se adoptaba por la empresa tras un proceso negociador con la representación de los trabajadores.

La segunda, por fuerza mayor (FM), se regulaba por remisión al art. 51.7 del ET, completado con el desarrollo reglamentario ya citado, y en este caso no existía proceso negociador, sino que la medida, previa solicitud de la empresa, se autorizaba por la autoridad administrativa, que se limitaba a "constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa".

Lo que interesa en este momento, es hacer notar que, en esta última modalidad, la jurisprudencia y la práctica judicial en la materia habían calificado como "fuerza mayor" no solo los eventos naturales o humanos catastróficos (terremotos entre los primeros, incendios entre los segundos, p. ej.), sino también los supuestos de "fuerza mayor impropia", que incluían las situaciones derivadas del "factum principis", esto es, cuando se derivaba un efecto sobre la continuidad de la de la actividad empresarial de una decisión legislativa, administrativa o judicial<sup>1</sup>.

## 2. La situación posterior a la reforma

La situación resultante de la reforma presenta, bajo su aparente sencillez, alguna complejidad añadida, en cuanto se pasa de dos modalidades de expedientes de regulación temporal de empleo, a cuatro. De este modo y en primer lugar, en el renovado art.

47 del ET, se contienen tres modalidades de posible reducción de jornada o suspensión de contratos.

En primer lugar, se desarrolla en los números 1 al 4 del mentado precepto, la tradicional modalidad ETOP, que sigue encomendándose a la negociación entre la empresa y la representación de los trabajadores, con una decisión final de la empresa, con el desarrollo pormenorizado que se contiene en el precepto y que no interesa en este momento.

En segundo lugar, en el número 5 del precepto se regula la FM temporal que se correspondería con la regulación tradicional, cuya apreciación se sigue encomendando a la autoridad administrativa y en la que, como ocurría en la redacción anterior, no se contiene ninguna definición de qué deba entenderse por "fuerza mayor". En este caso el legislador sigue remitiéndose al art. 51.7 de ET y su desarrollo reglamentario, aunque incluye alguna mención procedimental seguramente innecesaria, ya que los extremos expresamente aludidos *ex novo* ya se contienen en el RD 1483/2012. Lo que ahora interesa hacer notar, es que, al no incluirse definición o delimitación conceptual de la fuerza mayor, debería seguir aplicándose, en principio, la anterior delimitación jurisprudencial y judicial.

Esta primera suposición se desvanece cuando se comprueba que, en el número 6 del precepto, se contiene una nueva modalidad de ERTE por fuerza mayor temporal, referida al supuesto específico de "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", que se regirá íntegramente por lo dispuesto para la FM general en el anterior apartado, con ligeras variaciones (la solicitud de informe a la Inspección de Trabajo no es preceptiva, la empresa deberá justificar la existencia de las

concretas limitaciones o impedimentos, y la autoridad laboral autorizará el expediente si se entienden justificadas las limitaciones o impedimentos), que seguramente no justificaban por su escasa entidad que se separaran las dos regulaciones como supuestos autónomos.

Como puede observarse, en esta última modalidad de FM se da un tratamiento diferenciado a uno de los supuestos tradicionales de la FM, esto es, la fuerza mayor impropia derivada del "factum principis". Ahora bien, el número 6 del art. 47 del ET ¿incluye todos los supuestos ya aludidos de la fuerza mayor impropia? ¿O solo se refiere a los actos derivados de la autoridad administrativa y no de la judicial?

No cabe duda de que el legislador de la reforma se ha visto influenciado por la inmediata experiencia derivada de la pandemia COVID, y considera oportuno dotar de "visibilidad" a la FM derivada de la autoridad administrativa, llegando incluso a mencionar de manera expresa las decisiones administrativas orientadas a la protección de la salud pública. Por eso la reforma se refiere a la "autoridad pública competente" que, de manera tradicional, de acuerdo con el uso más extendido tanto en el foro como en el ámbito académico, se viene refiriendo a la autoridad administrativa y no a la judicial. Pero entonces ¿debe entenderse el art. 47 en el sentido de que las situaciones de fuerza mayor derivadas de decisiones de la autoridad judicial deben encauzarse por el número 5, y las derivadas de la autoridad administrativa por el número 6?. Habrá de estarse a la espera de la aplicación práctica de tales posibilidades para ir comprobando cómo se decanta la práctica judicial, aunque a mi juicio sería quizás un tanto forzado escindir el concepto de fuerza mayor impropia y su virtualidad aplicativa en función de tal factor. Es posible que el legislador haya incurrido en una cierta imprecisión, pero a estos efectos, lo más ra-

zonable sería entender que la "autoridad pública competente" es también, y sin que sirva de precedente, la judicial.

Con independencia de esta duda aplicativa, podría decirse, creo yo que con sobrada justificación, que en el art. 47 sobraba una de las dos modalidades de FM, en cuanto hubiera bastado, si se consideraba oportuno, con hacer una mención específica a lo que se entendía como fuerza mayor para incluir en la misma los casos de "factum principis", considerando, además, que no existen especialidades reales que justifiquen la duplicidad en el tratamiento.

Pero resulta que, además de esas tres variantes de ERTE, la reforma introduce una cuarta, la que se contiene el nuevo art. 47 bis del ET, que integra el novedoso Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Sus especialidades merecen una consideración especial.

### 3. El Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo

Como venimos viendo, el nuevo art. 47 bis inaugura un mecanismo de flexibilidad cuya auténtica naturaleza conviene desentrañar. El precepto define el Mecanismo como "un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permitirá a las empresas la solicitud de medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo".

Acto seguido, el precepto diferencia dos modalidades, la cíclica, para "cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización". Y la sectorial, para "cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición

profesional de las personas trabajadoras". Pero, en todo caso, la tramitación es una combinación de la propia de las causas ETOP y de la FM, en cuanto el art. 47 bis 3 se remite a la vez al art. 47 en sus apartados 5 y 3, en forma no excesivamente armónica al establecer, en definitiva, un sistema combinado de consultas entre empresa y trabajadores, seguido de una decisión administrativa.

Como puede apreciarse, se trata de un ERTE de naturaleza mixta y compleja en el que laten de manera simultánea dos realidades: La existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ya se produzcan de manera generalizada para toda la economía del país, ya para un sector concreto. Y el convencimiento de que tales causas se enmarcan en situaciones de graves crisis que sitúan a la economía y el tejido productivo en una situación similar, por su envergadura e inevitabilidad, a la fuerza mayor.

En todo caso, a diferencia del que podríamos denominar ERTE/ETOP ordinario, y sin perjuicio de diferencias menores en cuanto a la tramitación, el Mecanismo RED asocia dos elementos esenciales. El primero de ellos, que solo puede activarse a propuesta conjunta de las personas titulares de tres ministerios (de Trabajo y Economía Social, de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones) previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. El segundo, que cuando se hace efectivo el ERTE, la cobertura asociada no se realiza mediante la tradicional prestación por desempleo, sino mediante una novedosa "prestación del mecanismo RED", cuya regulación se contiene en la nueva disposición adicional cuadragésima primera de la LGSS, introducida por el RDL 32/2021.

La primera circunstancia aludida, bien podría deberse a las tensiones implícitas a la negociación dentro del propio Gobierno, al

establecer como imprescindible una activación a triple banda que resulta ciertamente sorprendente. En efecto, aunque en el mecanismo de activación late con toda claridad la preocupación por la previsión de gasto público que habría de respaldar la prestación del mecanismo RED, lo cierto es que hubiera bastado que tal activación se produjera simplemente por el Gobierno, sin perjuicio de las consultas internas en su seno entre los diversos ministerios afectados. Y todo ello sin contar con la eventual existencia de discrepancias entre los ministerios, y el coste de su exposición a la opinión pública.

La circunstancia relativa a la inauguración de una nueva prestación que, en lo sustancial, incorpora la experiencia de la pandemia COVID, en cuanto supone una traslación de las líneas básicas de la protección por desempleo aplicada desde el RDL 8/2020, de 17 de marzo, presenta igualmente algunas características llamativas, en tanto que se trata, básicamente, de una variante de las prestaciones por desempleo, a la que se ha querido dotar de autonomía y por tanto de una regulación independiente, cuando seguramente hubiera bastado con introducir algunos párrafos adicionales en la regulación general de la LGSS. No cabe duda de que la mayor especialidad de tal prestación es que no se requiera de previa cotización para su devengo, como ha venido ocurriendo en tiempo de pandemia, pero tal circunstancia, aun siendo de indudable calado e importancia, sigue pareciendo por sí sola insuficiente para presentar la prestación como si se tratara de algo distinto a lo que ya venía existiendo. Incluso si se quería configurar como una prestación asistencial, y por tanto no costeadas principalmente por las cotizaciones por desempleo sino por las aportaciones de los PPGGE, la prestación tenía su natural encaje en los preceptos ordinarios de la LGSS y no en una disposición adicional.

### III. CONCLUSIONES

De cuanto se lleva dicho se deriva que la regulación de la flexibilidad interna resultante de la reforma considerada luce, sin lugar a dudas, objetivos ambiciosos, en cuanto pretende conciliar, de un lado, la flexibilidad interna de la que se quiere dotar a las empresas a cambio de la restricción de la contratación temporal, y de otro, el mantenimiento del empleo, con objetivos combinados de formación de los trabajadores, que se prevé de manera común para los arts. 47 y 47 bis en la disposición adicional vigesimoquinta introducida en el ET por la reforma.

Ello se hace, no obstante, de manera un tanto más compleja de lo que hubiera sido deseable técnicamente. A pesar de ello, la mayor virtualidad de la reforma en el ámbito material que ahora estamos considerando, es que establece cauces seguros de actuación para el caso de crisis económicas de cierta envergadura. Es claro que las empresas podían recurrir en caso de crisis a los ERTES antes de la reforma, y aun antes de la pandemia, y que los trabajadores quedaban igualmente protegidos por los mecanismos habilitados al efecto (salvo en el caso de los trabajadores sin cotizaciones suficientes, que son los

auténticamente beneficiados). Pero es igualmente cierto que la regulación específica de los instrumentos para casos de crisis, particularmente si son graves, implica ya no solo el establecimiento de un cauce seguro para empresas y trabajadores, sino incluso la naturalización de una especie de "efecto llamada". Desde el momento en que se produzca la activación del Mecanismo RED, las empresas mirarán hacia el mismo como una salida natural que en otros momentos históricos no se mostraba tan sencillo o incluso parecía inimaginable.

Todo lo dicho hasta el momento es compatible con que la actual redacción de los arts. 47 y 47 bis del ET presente algunas incertidumbres interpretativas, incluido todo lo relativo a la valoración de la situación económica de las empresas una vez activado el Mecanismo RED, que seguramente planteará aspectos de especial interés. Pero eso es ya otra cuestión, que dejaremos aparcada para el futuro.

---

[1] La fuerza mayor impropia se alude en la STS de 24-10-17 (rec. 107/2017), por citar una reciente. Y su extensión también a los efectos de las decisiones judiciales, se ha producido, entre otras, en la STSJ de Castilla-La Mancha de 27-12-13 (rec 912/13).



---

## Contacto

vLex Networks SL

**Oficina Madrid:**  
Edgar Neville 6  
28020 Madrid

**Oficina Barcelona:**  
C/ Tánger 86,  
Oficina 7-107  
08018 Barcelona

T: 932 722 685

[revistaderecholaboral@vlex.com](mailto:revistaderecholaboral@vlex.com)

[www.vlex.es](http://www.vlex.es)

ISSN: 2696-7286

**v|lex**