



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

LA REFORMA LABORAL: UN PRIMER BALANCE

NÚMERO 17, OCTUBRE DE 2022

JULIO A DICIEMBRE 2022, FECHA DE CIERRE OCTUBRE 2022

LA REFORMA LABORAL INTRODUCIDA POR EL RDL 32/2021, 28 DE DICIEMBRE,
EN RELACIÓN CON LAS MODALIDADES CONTRACTUALES

Alexandre Pazos Pérez

UN NUEVO MODELO DE CONTRATO FORMATIVO

Isabel Olmos Parés

EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO: PRECISIONES CONCEPTUALES,
REQUISITOS Y DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Pilar Núñez-Cortés Contreras

LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
EN EL REAL DECRETO LEY 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

José Fernando Lousada Arochena

LA UTRAACTIVIDAD INDEFINIDA.
ASPECTOS RELEVANTES TRAS LA RECIENTE REFORMA LABORAL

Rosa Rodríguez Martín-Retortillo

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

 **SAGARDOY**
BUSINESS & LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,
y está indexada en las siguientes bases de datos:*

latindex

BASE DE DATOS
ISOC



Dialnet

vlex
vlex.com

MIAR

Colabora:





Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL
SAGARDOY & EDITORIAL DYKINSON



DIRECTORA

Pilar Núñez–Cortés Contreras

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola*

SUBDIRECTORA

Amanda Moreno Solana

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

EDITORA

Esperanza Macarena Sierra Benítez

*Profesora Titular Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)*

SECRETARIO

Víctor Sánchez del Olmo

*Contratado predoctoral en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

CONSEJO EDITORIAL

PRESIDENTE

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid-España)*

MIEMBROS

María del Mar Alarcón Castellanos

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Lourdes Arastey Sahún

Magistrada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Bruselas)

Philippe Auvergnon

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail
de la Université Bordeaux (Francia)*

Antonio Cebrián Carrillo

Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid-España)

Marie Cécile Escande-Varniol

Catedrática de Derecho del Trabajo. Université Lyon 2 (Francia)

Carolina Gala Durán

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona (España)*

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid-España)*

Abbo Junker

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Ludwig-Maximilians Universität München (Alemania)*

Lourdes Mella Méndez

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago Compostela (España)*

Gabriela Mendizábal Bermúdez

Profesora de la Universidad Autónoma del Estado de los Morelos (México)

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo. Universidad de Sevilla (España)

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (España)*

Michele Tiraboschi

*Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)
y Director Científico de ADAPT*

Fernando Valdés Dal-Ré

Magistrado del Tribunal Constitucional (España)

Luis Enrique de la Villa Gil

*Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma (Madrid-España)*

COMITÉ EDITORIAL

PRESIDENTE

Íñigo Sagardoy de Simón

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Francisco de Vitoria.
Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid-España)*

DIRECTOR

Martín Godino Reyes

Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid-España)

MIEMBROS

Valentín Bote Álvarez-Carrasco

Director del Servicio de Estudios de Randstad Research (España)

María Concepción Arruga Segura

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de la Rioja (España)*

Eva María Blazquez Agudo

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

Jaime Cabeza Pereiro

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Vigo (España)*

Teresa Cervera Soto

Directora de Personas y Organización en el Centro Universitario Villanueva (España)

Manuel Correa Carrasco

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

María del Rosario Cristóbal Roncero

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Complutense de Madrid*

Guillermo García González

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UNIR (España)

Román Gil Albuquerque

Socio de Sagardoy Abogados (Madrid-España)

María Jesús Herrera Duque

Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid-España)

Vanesa Izquierdo Gonzalez

*Directora General de Sagardoy Business & Law School
(Madrid-España)*

José Fernando Lousada Arochena

*Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior
de Justicia de Galicia (España)*

José Antonio Marcos Herrero

Abogado, Agencia Sanitaria Alto Guadalquivir (Córdoba-España)

Ana Matorras Díaz-Caneja

Profesora Ordinaria. Universidad Pontificia Comillas (Madrid-España)

María Luisa Molero Marañón

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Olimpia Molina Hermosilla

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén (España)*

Leonor Victoria Pablos Fernández

Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid-España)

Miguel Recio Gayo

*Profesor Asociado de la Facultad de Derecho
Universidad CEU San Pablo (España)*

María Luz Rodríguez Fernández

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla la Mancha (España)*

Ricardo Pedro Ron Latas

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de la Coruña (España)*

Carmen Sáez Lara

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Carmen Sánchez Trigueros

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

Daniel Toscani Giménez

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia*

EVALUADORES EXTERNOS

Francisco Alemán Páez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Inmaculada Benavente Torres

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Macarena Castro Conte

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Óscar Contreras Hernández

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Castilla la Mancha*

María del Mar Crespí Ferriol

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Islas Baleares*

Jesús Cruz Villalón

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla (España)*

José Manuel del Valle Villar

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo,
Universidad de Alcalá de Henares (Madrid-España)*

Belén Fernández Docampo

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Antonio Fernández García

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Oberta de Cataluña*

Silvia Fernandez Martínez

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Santiago de Compostela (España)*

Marta Fernández Prieto

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Vigo (España)*

Francisca María Ferrando García

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)*

Juan Carlos García Quiñones

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid (España)*

José Luis Gil Gil

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Alcalá de Henares (Madrid-España)*

Luis Gordo González

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

María Sonsoles Gutiérrez de la Peña

Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid-España)

Julen Llorens Espada

Profesor Ayudante Doctor. Universidad Pública de Navarra (España)

María Teresa Igartua Miró

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla (España)*

Risa L. Lieberwitz

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Cornell University, ILR School (USA)*

María del Carmen López Aniorte

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia (España)*

Rodrigo Martín Jiménez

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

Mirentxu Marín Malo

*Profesora Ayudante Doctor
Universidad Pública de Navarra (España)*

Paz Menéndez Sebastián

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Oviedo (España)*

Jesús R. Mercader Uguina

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III (Madrid-España)*

Laura Melián China

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de La Laguna*

Rocío Molina González-Pumariega

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid-España)*

Concepción Esther Morales Vallez

Magistrada del TSJ de Madrid (España)

Julia Muñoz Molina

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba (España)*

Patricia Nieto Rojas

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

Daniel Pérez del Prado

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

Iván Rodríguez Cardo

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo (España)*

María Monserrate Rodríguez Egío

Profesora Contratada Doctora. Universidad de Murcia (España)

Sarai Rodríguez González

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de La Laguna*

Guillermo E. Rodríguez Pastor

Profesor Titular de la Universidad de Valencia

Eduardo Rojo Torrecilla

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona (España)*

Álvaro San Martín

Doctor en Derecho y Socio Laboral Casadeley

Lavinia Serrani

Editora Coordinadora ADAPT International (Italia)

Francesca Sperotti

Investigadora ADAPT (Italia)

Francisco Trujillo Pons

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Valencia (España)*

Tatsiana Ushakova

*Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá de Henares (Madrid-España)*

Alicia Villalba Sánchez

Profesora Contratada de la Universidad de Santiago de Compostela (España)

EDICIÓN & DISEÑO

Rúnica servicios editoriales

runica.servicios.editoriales@gmail.com

www.runica.es

El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científica técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel nacional e internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo. El contenido de la Revista está dirigido fundamentalmente a Académicos del Derecho laboral, Técnicos de Recursos Humanos, Profesionales del Derecho, Sindicatos y Asociaciones Empresariales.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, donde se incluyen artículos académicos (Estudios) con un enfoque eminentemente jurídico.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

La Revista, cuya entidad editora es Dykinson, cuenta con un Patrocinador Principal que es Sagardoy Abogados, a través de su Centro de Estudios.

Cualquier persona con interés por el mundo de la investigación y la enseñanza en este ámbito puede enviar estudios originales e inéditos que no hayan sido enviados a otras revistas. El Consejo de Redacción realizará una primera revisión editorial de los artículos recibidos con el fin de valorar el cumplimiento de mínimos de calidad, que posteriormente serán sometidos a una revisión por pares.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las Instrucciones de Publicación de la revista.



Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 17, OCTUBRE DE 2022

«LA REFORMA LABORAL: UN PRIMER BALANCE»



TRIBUNA

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

RICARDO P. RON LATAS

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de la Coruña (España)*

ARTÍCULOS

La Reforma Laboral introducida por el RDL 32/2021, 28 de diciembre, en relación con las modalidades contractuales

ALEXANDRE PAZOS PÉREZ

*Profesor Contratado Doctor (Acreditado Titular)
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo*

Un nuevo modelo de contrato formativo

ISABEL OLMOS PARÉS

*Magistrada especialista en el orden jurisdiccional social,
Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.*

**El contrato fijo discontinuo:
precisiones conceptuales, requisitos y derechos de las personas trabajadoras**

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Loyola

**La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto ley 32/2021,
de 28 de diciembre**

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia.

Doctor en Derecho / Graduado Social.

Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña

**La utraactividad indefinida.
Aspectos relevantes tras la reciente reforma laboral**

ROSA RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

Profesora Ayudante Doctora.

Universidade de Vigo

TRIBUNA

Lógicamente, nuestras primeras líneas no pueden ser más que para agradecer a la profesora Núñez–Cortés, directora de la Revista de Derecho Social y Empresa, la oportunidad que nos ha brindado para coordinar este nuevo número. La idea original no era otra que construir un monográfico sobre la reciente reforma laboral de 2021, y creemos haberlo conseguido. Para ello, decidimos en su momento acudir a la mejor doctrina, tanto científica como judicial, y el resultado son los cinco estudios sobre el reciente 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. Porque, en efecto, tanto profesores de universidad como magistrados de lo social han accedido a intervenir, haciéndolo (casi) a partes iguales, en la confección del presente número monográfico, con resultados, a nuestro entender, inmejorables, dando cumplida respuesta a los principales interrogantes que la reforma de nuestro mercado de trabajo viene suscitando en el foro.

Todos esos estudios se centran en los dos aspectos molares de la reforma: la contratación laboral y la negociación colectiva. Los tres primeros nos dan a conocer las principales novedades en materia de contratación laboral, repasando las nuevas modalidades laborales, que en su mayoría no son más que un lavado de cara ideológico sobre las ya existentes. La negociación colectiva, por su parte, también ha acusado la tendencia legislativa a ciertas pinceladas doctrinarias, que han modificado así de manera relevante su régimen jurídico estatutario.

El primero de los artículos ha sido elaborado por el profesor Pazos Pérez, que se ha ocupado de estudiar los distintos cambios legislativos relativos a las modalidades contractuales, que se han centrado principalmente en la modificación de la contratación temporal, siendo su objetivo confeso limitar el uso de los contratos de duración determinada y establecer la presunción del contrato indefinido. A su entender, la reforma se sustenta en tres pilares, a saber, la restitución de la presunción de contrato indefinido que ya se contemplaba anteriormente en el ET de 1980, el reforzamiento de la necesidad de exigencia de causa que justifique la contratación temporal y la desaparición del contrato de obra o servicio determinado que se utilizaba frecuentemente en las contrataciones y subcontratas mercantiles o administrativas.

La magistrada (y además profesora universitaria y doctora en derecho) Olmos Parés se dedica a estudiar los contratos formativos regulados como siempre en el art. 11 del ET. Se ocupa así de analizar los nuevos contratos formativos, que han sido diseñados de nuevo

mediante el recurso a dos modalidades contractuales, el contrato para la formación en alternancia y el contrato para la obtención de la práctica profesional. En el primero, la reforma ha seguido la dirección mostrada por las últimas reformas legales que trataron de reforzar los elementos formativos, frente al objetivo de inserción laboral de los jóvenes tan presente en otros momentos de su historia. Por lo que se refiere al contrato en prácticas, el mismo se mantiene como contrato tipo para adquirir una experiencia laboral nada más acabar los estudios.

El último de los estudios relativos a la contratación laboral ha sido elaborado por la directora de la revista, la profesora Núñez-Cortés, con la finura jurídica que la caracteriza, bajo el título “El contrato fijo discontinuo: precisiones conceptuales, requisitos y derechos de las personas trabajadoras”. Como se ve, no se trata de un tema sencillo, ya que la reforma del contrato de trabajo fijo discontinuo ha sido uno de los temas “estrella” de la reforma laboral. Pese a ello, la profesora Núñez-Cortés logra revelarnos no sólo la verdadera finalidad de la reforma, sino y sobre todo los nuevos aspectos del régimen jurídico del contrato fijo discontinuo, analizando sus sub-modalidades en las que se desgaja ahora, mediante las cuales el legislador pretende reconducir buena parte del empleo temporal anterior.

“La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre” es el título del artículo elaborado por el magistrado (además de doctor en derecho y profesor universitario) Lousada Arochena, y lo cierto y verdad es que hace honor a su rúbrica. A lo largo una veintena de páginas el autor analiza con rigor y destreza jurídica el nuevo marco jurídico de la negociación colectiva laboral, resumiéndolo en una sola idea: más autonomía colectiva, menos dirigismo.

Por último, la profesora Rodríguez Martín-Retortillo no desvela lo que ha sucedido con el complejo y variable tema de la ultraactividad de los convenios colectivos. Y para ella resultan sobre todo destacables las bondades de la reforma, en concreto, su finalidad de desbloqueo –gracias al recurso a los sistemas extrajudiciales, pero sin la amenaza de la pérdida de vigencia del convenio–, la apuesta por una mayor autonomía de las partes, la seguridad jurídica de que se dota al proceso negociador, caracterizado por su complejidad, y el equilibrio en la negociación que aporta esta regulación, al no forzar a acuerdos in extremis o a resultados poco satisfactorios. En cuanto a los aspectos a mejorar, la autora destaca la defectuosa técnica legislativa utilizada en la redacción del precepto, así como las posibles dudas interpretativas ligadas a esa redacción. No obstante, para la autora debemos estar satisfechos por recuperar a nivel normativo una de las manifestaciones de la negociación colectiva en su plenitud, como es la ultraactividad indefinida del convenio colectivo, tras casi diez años de limitación normativa a falta de pacto entre las partes.

No podemos sino finalizar parafraseando a la directora de la revista: Queda a su disposición la lectura de estos interesantes artículos, por ello, nos gustaría enviar un agradecimiento muy especial a los autores/as por sus valiosas aportaciones, y a nuestros lectores/as por la confianza depositada en la Revista. Buena lectura.

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

RICARDO P. RON LATAS

A Coruña, septiembre de 2022

ARTÍCULOS

LA REFORMA LABORAL INTRODUCIDA POR EL RDL 32/2021, 28 DE DICIEMBRE, EN RELACIÓN CON LAS MODALIDADES CONTRACTUALES

*THE LABOR REFORM INTRODUCED BY RDL 32/2021,
OF DECEMBER 28, IN RELATION TO CONTRACTS*

ALEXANDRE PAZOS PÉREZ

Profesor Contratado Doctor (Acreditado Titular)

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Vigo

Fecha de recepción: 4/7/2022

Fecha de aceptación: 10/10/2022

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTRATO TEMPORAL DE SUSTITUCIÓN. 3. ESTABLECIMIENTO DE UN CONTRATO INDEFINIDO ESPECÍFICO EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN Y DEROGACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA. 4. TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN. 5. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO FORMATIVO. 6. INCREMENTO DE LAS EXIGENCIAS PARA ENCADENAR CONTRATOS TEMPORALES. 7. MODIFICACIONES EN RELACIÓN CON EL TRABAJO FIJO-DISCONTINUO. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El RDL 32/2021 introduce cambios sustanciales en las modalidades contractuales, especialmente en los contratos de trabajo de duración determinada. La reforma modifica el contrato por circunstancias de la producción y el contrato de formación. Reemplaza el contrato de interinidad por el contrato de sustitución, así como aparece un

nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción. Asimismo, se reduce el periodo de contratación mediante dos o más contratos temporales de 24 a 18 meses para la adquisición de la condición de persona trabajadora fija. Se encarece la cotización de los contratos temporales y se endurece el régimen sancionador por su uso fraudulento. También se modifica el contrato fijo–discontinuo ensanchando su ámbito de aplicación.

ABSTRACT: RDL 32/2021 introduces substantial changes in contractual modalities, especially in fixed–term employment contracts. The reform modifies the contract due to production circumstances and the training contract. It replaces the interim contract with the substitution contract, as well as a new indefinite contract assigned to work in the construction sector. Likewise, the hiring period is reduced by means of two or more temporary contracts of 24 to 18 months for the acquisition of the status of permanent worker. The Social Security cost of temporary contracts is increased. The fixed–discontinuous contract is also modified, broadening its scope of application.

PALABRAS CLAVE: Contrato sustitución, contrato circunstancias de producción, contrato formativo, contrato fijo–discontinuo.

KEY WORDS: Substitution contract, production circumstances contract, training contract, fixed–discontinuous contract.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo¹, fruto del Acuerdo Social en el que se puede apreciar su dimensión política², ha dado lugar a una serie de cambios sustanciales en las modalidades contractuales³, especialmente en relación con la contratación temporal. El consenso alcanzado demuestra que la mejora de condiciones laborales no tiene que ser contraria a los intereses empresariales. **Los cambios relacionados con las modalidades contractuales se centran principalmente en la modificación de la contratación temporal**⁴, por ello su objetivo es pretender limitar el uso de los contratos de duración determinada y establecer la presunción del contrato indefinido. Se trata más bien de una restitución de la presunción de contrato indefinido, porque ya se contemplaba anteriormente en el ET de 1980 y se perdió con la posterior reforma del ET en 1994. Asimismo, se sustituye la referencia a la necesidad de la existencia de fraude de ley por la alusión a los incumplimientos de los requisitos legales para la declaración de fijeza de la relación laboral, como la falta de alta en la Seguridad Social, la superación de los límites temporales de la contratación, la falta de especificación de la persona sustituida o la inexistencia de causa que justifique la contratación temporal.

Se refuerza la necesidad de exigencia de causa que justifique la contratación temporal por parte de las empresas. Como exige el art. 15.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁵, se debe especificar “la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”. En este sentido,

.....

1 BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021 (en adelante RDL 32/2021).

2 El consenso en el diálogo social permite ser optimistas con la consecución de los objetivos perseguidos por la reforma laboral, pero por el contrario también podría tener aspectos discutibles de imprecisión o desnaturalización de las instituciones si se ha logrado a costa de introducir ambigüedad en las reglas que lo regulan. GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, p. 59.

3 Se ha afirmado que la reforma laboral contiene ajustes parciales sustanciales, pero no es una reforma estructural que reforme de manera íntegra el sistema de relaciones laborales. FABREGAT MONFORT, G., “Una primera y sintética aproximación al RDL 32/2021, de reforma laboral”, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2022, p. 1. (BIB 2022/2).

4 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de la contratación laboral tras el Real Decreto-ley 32/2021”, *Labos*, vol. 3, 2022, p. 20.

5 BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015 (en adelante ET).

las causas que legalmente justifican la temporalidad contractual sufren una importante transformación. Además, con la reforma desaparece el contrato de obra o servicio determinado que se utilizaba frecuentemente en las contrataciones y subcontratas mercantiles o administrativas.

La propia exposición de motivos del RDL 32/2021 se sustenta en gran medida en los compromisos adquiridos por el Reino de España en el ámbito europeo en relación con el componente 23 del Plan de recuperación, transformación y resiliencia, centrado en intentar solucionar los elevados niveles de temporalidad, precariedad y la escasa apuesta por la formación de las personas trabajadoras en nuestro mercado de trabajo. En ese contexto se debe ubicar la reforma laboral en materia de contratación, es decir, en el marco de reformas exigidas por la Unión Europea para la obtención de los fondos *Next Generation* en el que existe un compromiso de generalizar el contrato indefinido y de reforzar la causalidad en la contratación temporal.

Por un lado, es necesario destacar la modificación del art. 15 del ET, sobre el contrato por circunstancias de la producción, que presenta dos sub-modalidades en función de la causa. Una primera que se puede concertar cuando concurren incrementos ocasionales imprevisibles de la producción u oscilaciones de la demanda y una segunda modalidad para cubrir situaciones ocasionales previsibles o regulares. La limitación de la contratación eventual ha ido de la mano del reforzamiento y de la modificación muy intensa del contrato fijo-discontinuo, con el objetivo de corregir la excesiva temporalidad que caracteriza a nuestro mercado de trabajo⁶. Además, se le otorga un fuerte protagonismo al papel de la negociación colectiva como complemento necesario de la regulación contenida en el art. 16 del ET. Asimismo, hay que tener en cuenta que un “contrato temporal fraudulento para cubrir trabajos cíclicos o intermitentes debe transformarse en un contrato fijo-discontinuo, computando la antigüedad desde el primer contrato”⁷. También se reduce el periodo de contratación mediante dos o más contratos temporales de veinticuatro a dieciocho meses para la adquisición de la condición de persona trabajadora fija.

Por otro lado, se unifican los anteriores contratos para la formación y el aprendizaje y el de prácticas, en un solo contrato denominado contrato formativo que supone una modificación de su régimen jurídico, pero habrá que esperar a su desarrollo reglamentario para conocer su verdadero alcance.



6 Como se puede apreciar en los datos del INE, en el primer trimestre del 2022 la tasa de temporalidad en España se sitúa en un 24,2% y el de las mujeres en un 26,8%. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4241>.

7 MARTÍNEZ BARROSO, M^a R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo-discontinuo tras la reforma laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022, p. 3. Versión digital (BIB 2022/1136). Siguiendo este criterio, la STS de 25 de noviembre de 2020 (rec. 777/2019), declaró que utilizar sucesivos contratos eventuales cuando se constata la necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, constituye un fraude de ley que conlleva el reconocimiento de la consideración de la persona trabajadora como fija-discontinua.

De manera complementaria se produce un encarecimiento de la cotización social de los contratos temporales que tengan una duración inferior a treinta días, estableciendo una duración superior a la anterior fijada en siete días y que implica una tasa de penalización de importe fijo de 26,57 euros por cada contrato inferior a treinta días, excepto en el contrato de sustitución. Se establece una penalización creciente lineal, no proporcional, condicionada por la frecuencia del contrato, por lo que tiene una incidencia especialmente relevante en los contratos con retribuciones reducidas. Asimismo, se aplica la misma cuantía con independencia de la duración de contrato, por ello aquellos cuya duración sea más corta estarán más penalizados, puesto que si en el mismo periodo de tiempo se hacen dos contratos se multiplicará por dos la cantidad, si se hacen tres se multiplicará por tres y así sucesivamente⁸. La intención de la reforma es penalizar y limitar los contratos temporales de muy corta duración, encareciendo la cotización a la Seguridad Social, lo que ha supuesto la modificación del art. 151 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁹. Esta cotización adicional no se aplicará a los contratos celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar o en el Régimen Especial para la Minería del Carbón, ni a los contratos por sustitución.

Además, también se produce un endurecimiento del régimen administrativo-sancionador e incremento en la cuantía de las sanciones administrativas a las empresas por cada contrato temporal fraudulento que se contemplan en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁰, estableciendo una infracción por cada persona trabajadora afectada. Con anterioridad a la reforma laboral se penalizaba de manera global la conducta de la empresa independientemente del número de contratos objeto de incumplimiento, por lo que ahora el cambio multiplica el efecto disuasorio de la infracción administrativa. Dicho endurecimiento también se aplica a las ETTs y a las

.....

8 ROJO TORRECILLA, E., Blog “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”. <http://www.eduardorjotorrecilla.es/search?updated-max=2022-01-05T12:09:00%2B01:00&max-results=5&reverse-paginate=true> (fecha de la última consulta: 3 de junio de 2022).

9 Como indica el art. 151.2 de la LGSS (en adelante LGSS) la “cotización adicional se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes”. Además, el art. 3 de la Orden PCM, de 30 de marzo de 2022, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el 2022, señala que la base mínima diaria del grupo 8 es de 38,89 euros. A la que hay que aplicar el tipo del 23,6 correspondiente a la empresa y multiplicar por 3, resultando una cuantía de 26,57 euros de cotización que se deben sumar a los que correspondan en función de la retribución establecida. Esta cotización adicional es independiente de la mayor cuota que corresponde pagar como cuota patronal por desempleo en los contratos temporales.

10 BOE núm. 189, de 8 de agosto de 200 (En adelante LISOS).

empresas usuarias, lo que supone un mayor rigor en la contratación también en el entorno del prestamismo laboral¹¹. En este sentido, como señala el art. 5 del RDL 32/2021 se endurecen las sanciones a la transgresión de la normativa sobre las modalidades contractuales que ahora van a ser sancionadas con multa de 1.000 a 10.000 euros¹² por cada uno de los contratos¹³. En definitiva, se individualiza la sanción administrativa por cada trabajador contratado en fraude de ley y se agravan las sanciones contenidas en el art. 40 de la LISOS.

El RDL 32/2021 ha entrado en vigor el 31 de diciembre de 2021, sin embargo, el grueso de la reforma de las modalidades contractuales, art. 15 y 16 del ET, no ha entrado en vigor hasta tres meses después. Se establece un régimen transitorio por el que las empresas podrán seguir aplicando la anterior regulación, en el caso de los contratos de duración determinada suscritos antes del 31 de diciembre de 2021, hasta que se complete su duración máxima¹⁴. Para los contratos de duración determinada concertados entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022¹⁵, por el que se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado y su duración no podrá ser superior a seis meses. Concretamente, en los contratos de obra y servicio determinado, la duración máxima se extenderá hasta su duración máxima, ya sea legal o convencional, existiendo la posibilidad de concertar contratos de obra o eventuales por un plazo máximo de seis meses hasta el 30 de marzo de 2022. Igualmente sucede con los contratos formativos, eventuales y de interinidad. En este orden de consideraciones, hay que tener en cuenta que hasta el 31 marzo de 2022 no se podían hacer contratos por circunstancias de la producción, de sustitución ni tampoco había entrado en vigor la nueva regulación del fijo-discontinuo hasta entonces.



11 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis”, *Revista Derecho Social*, núm. 98, 2022, pp. 39–56.

12 Anteriormente las cuantías oscilaban entre 751 y 7.500 euros, lo que supone un incremento de un 25% en las cuantías de las multas, lo que se puede valorar como justificado, necesario y proporcionado para conseguir los objetivos perseguidos por la reforma.

13 Art. 7.2 y 40.1.g) de la LISOS.

14 Disposición Transitoria tercera del RDL 32/2021, por el que habrá que estar a lo dispuesto en el art. 15 del ET y el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 del ET en materia de contratos de duración determinada.

15 La Disposición Transitoria tercera del RDL 32/2021, indica que se mantendrá la regulación normativa bajo la que fueron concertados hasta su duración máxima. Además, en la Disposición Transitoria cuarta se establece un régimen transitorio para los contratos de duración determinada concertados entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022, que señala que se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado y su duración no podrá ser superior a 6 meses.

2. EL CONTRATO TEMPORAL DE SUSTITUCIÓN

El contrato temporal de sustitución, reemplaza o sustituye al antiguo contrato de interinidad regulado en el art. 15.1.c) del ET vigente hasta el 30 de marzo de 2022¹⁶, fecha en la que ha sido derogado y que ha sido sustituido por los nuevos contratos de trabajo de duración determinada por sustitución de persona trabajadora, tras la reforma laboral efectuada por el RDL 32/2021. Por tanto, se modifica el art. 15 del ET y se limita a supuestos muy específicos que tienen que ver con la situación coyuntural de la persona trabajadora.

Es necesario que el nuevo contrato de sustitución especifique 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. En el RDL 32/2021 se indica que se podrán suscribir en tres situaciones: una primera para la sustitución de personas durante la suspensión del contrato de trabajo de trabajo con reserva del puesto de trabajo, una segunda para cubrir una jornada reducida por causa legal o convencional y una tercera para cubrir vacantes durante un proceso de selección.

El nuevo contrato de sustitución presenta como novedad más importante la **posibilidad de coexistencia durante un periodo de tiempo que no puede exceder de quince días naturales, de la persona sustituida y de aquella que la sustituye**. Se limita a aquellos casos de ausencias previsibles y predeterminadas en el tiempo. Esta novedad se puede valorar positivamente, ya que permite que ambas personas trabajadoras coincidan durante un breve periodo de tiempo para garantizar que se desempeñan correctamente las funciones inherentes al puesto de trabajo, consiguiendo llevar a cabo una transición más efectiva. Hubiese sido recomendable reconocerles también este derecho a los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Con respecto a los supuestos de interinidad en la Administración Pública¹⁷, previamen-

.....

16 Como señala la STS 745/2019, de 30 de octubre (rec. 1070/2017), el contrato de interinidad se define como aquel contrato de duración determinada con el objeto de sustituir a un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, pendiendo su duración de la reincorporación del trabajador sustituido por finalizar el periodo de ejercicio de dicho derecho. Dicha definición no permitía la inclusión de otras circunstancias en las que no exista obligación de prestar servicios que difieran de aquellas en las que se produce el denominado derecho de reserva del puesto de trabajo, situación que pretende corregir la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

17 La temporalidad afecta con mayor intensidad al empleo público, llegando a alcanzar el 27,7% de media en el 2019, frente al 25,9% en el sector privado. NIETO ROJAS, P., “La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, p. 33. En función de esos datos, se puede afirmar que las Administraciones Públicas “incumplen sistemáticamente la normativa sobre modalidades contractuales y concentran más de la cuarta parte del empleo atípico y temporal”. FERNÁNDEZ NIETO, L.A., “La presunción de indefinición del contrato de trabajo y sus excepciones en el nuevo artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”, *Diario La Ley*, núm. 10060, Sección Dossier, Wolters Kluwer, mayo 2022, p. 3. Versión digital (La Ley 4174/2022).

te a la reforma llevada a cabo por el RDL 32/2021¹⁸, el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público¹⁹, estableció que aquellos trabajadores que superen el plazo máximo de tres años de permanencia como interino por vacante, y no superen la oposición, tendrán una compensación económica de 20 días por año trabajado, hasta un máximo de 12 mensualidades. La razón de ser de esa limitación temporal encuentra su causa en las diferencias desproporcionadas que había entre la duración del contrato de interinidad en el ámbito privado, establecida en tres meses o el plazo inferior establecido en el convenio colectivo, y la duración ilimitada en el ámbito público y la necesidad de limitar esa duración temporal. Por ese motivo, la STJUE de 3 de junio de 2021²⁰, se ha opuesto a una normativa nacional, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, que, “por un lado, permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos, y, por otro lado, prohíbe tanto la asimilación de esos trabajadores a trabajadores indefinidos no fijos como la concesión de una indemnización a esos mismos trabajadores”. Tras esta STJUE, el Tribunal Supremo establece doctrina sobre la duración de un contrato de interinidad por vacante en el sector público e indica que será la del tiempo que duren los procesos de selección para cubrir la vacante conforme a lo dispuesto en su normativa legal o convencional específica y confirma que no tienen derecho a indemnización. Desde mi punto de vista, se ha desaprovechado la ocasión para reconocer en el art. 49.1 c) del ET el derecho a indemnización del contrato por sustitución de una persona trabajadora.

El RDL 32/2021 introduce la posibilidad de realizar una interinidad parcial para sustituir a personas trabajadoras con jornada reducida, que anteriormente solo se reconocía de forma reglamentaria mediante el RD 2720/1998, de 18 de diciembre, pero ahora se reconoce en el propio ET, dotando a este contrato de mayor versatilidad.

Es necesario tener en cuenta que en el contrato de sustitución lo relevante es que exista un derecho de reserva del puesto de trabajo y no que exista una suspensión contractual. Si bien, en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo y paternidad, está garantizada la reserva del puesto de trabajo²¹. Lo mismo sucede en los supuestos de excedencias forzosas por cargo público o por funciones sindicales²², en los casos de excedencias voluntarias por cuidado

.....

18 Se omite una referencia explícita al ámbito público, pero se debe entender completado por la disposición adicional cuarta apartado tercero del RDL 32/2021, que remite a la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

19 BOE núm. 161, de 7 de julio de 2021.

20 Asunto C-726/19.

21 STSJ Cataluña n.º 8607/1999, de 2 noviembre de 1999 (rec. 6930/1999).

22 STS de 23 de noviembre de 2009 (rec. 3601/2008).

de hijos o familiares y excedencias voluntarias, cuando la reserva de puesto de trabajo se pacte de forma individual o por aplicación de convenio colectivo.

3. ESTABLECIMIENTO DE UN CONTRATO INDEFINIDO ESPECÍFICO EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN Y DEROGACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA

Con la reforma introducida por el RDL 32/2021 aparece un nuevo contrato indefinido adscrito a obra vinculado a obras de construcción, que sustituye, deroga y hace las veces del anterior contrato temporal para obra y servicio determinado²³, pero hay que tener en cuenta que aquellos contratos celebrados con anterioridad al 31 de diciembre de 2021 resultarán aplicables hasta su duración máxima de tres años o cuatro en caso de haber sido ampliado por convenio colectivo.

Con esta reformulación del contrato fijo de obra parece “más probable que se superen las exigencias de adecuación al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada”²⁴. Es necesario destacar, que en este sector se pueden llevar a cabo varias obras, pero, ahora, **cuando finalice una obra la empresa estará obligada a ofrecer una propuesta de recolocación al trabajador, previo desarrollo, si fuera preciso, de un proceso de formación a cargo de la empresa.** Si la propuesta escrita es aceptada por la persona trabajadora, se incorporará como una cláusula adicional al contrato de trabajo, debiendo adjuntarse al mismo. En caso de que el trabajador rechazase la oferta de recolocación o fuese imposible llevarla a cabo por motivos inherentes a la misma por no existir un puesto adecuado, se producirá la extinción contractual con una indemnización del 7% calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato. Este régimen de extinción se prevé con independencia del número de trabajadores afectados. En este orden de consideraciones, esta modalidad contractual se caracteriza porque se puede extinguir por un elenco de motivos inherentes a la persona trabajadora poco defendible, en particular letras b) y c) del apartado 5. Entre esos mo-

.....

23 Se establece un régimen transitorio para los contratos de duración determinada vigentes a 31 de diciembre de 2021 como señala la Disposición Transitoria tercera del RDL 32/2021, por el que se mantendrá la regulación normativa bajo la que fueron concertados hasta su duración máxima. En el caso del contrato de obra su duración máxima se extenderá hasta los tres años prorrogable un cuarto año más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior.

24 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

tivos se encuentra que el trabajador rechace expresamente la propuesta de recolocación en el plazo de siete días, que la cualificación no resulte adecuada a las necesidades de la empresa, que exista un exceso de personas con esa concreta cualificación y que no exista una nueva obra en esa misma provincia acorde a la cualificación profesional del trabajador o acorde a su posible recualificación. Cuando se trata de alguno de estos motivos, la persona trabajadora tendrá derecho a una indemnización y, además, la persona trabajadora se considerará en situación legal de desempleo y si cumple los requisitos legalmente establecidos, tendrá derecho a cobrar el paro²⁵. Todo ello sin perjuicio de poder extinguirse por las causas previstas en el ET.

También hay que destacar la STJUE de 24 de junio de 2021 que afirma que la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, si la renovación de sucesivos contratos de duración determinada “fijos de obra” se consideran justificados por “razones objetivas”, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, letra a), de dicho Acuerdo Marco, meramente porque cada uno de esos contratos se suscriba con carácter general para una sola obra, con independencia de su duración, puesto que tal normativa nacional no impide, en la práctica, al empleador de que se trate atender a través de dicha renovación necesidades de personal permanentes y estables.

Como consecuencia de esa sentencia europea, el art. 2 del RDL 32/2021 modifica la Disposición Adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 octubre, que permitía la intervención de la negociación colectiva para adaptar el anterior contrato por obra o servicio determinado. Con la nueva redacción, el contrato de trabajo del sector de la construcción adscrito a una obra se considerará indefinido. Además, se impone la obligación a la empresa de preavisar a la persona trabajadora afectada con quince días de antelación y se establece la obligación de notificar a la representación legal de los trabajadores la extinción del contrato con una antelación de 7 días a su efectividad. Sin embargo, difícilmente esas medidas cumplen los requisitos de información y consulta establecidos en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos²⁶, que se refieren a un plazo de 30 días²⁷, y dicha incompatibilidad puede dar lugar a declaraciones de nulidad. Para acreditar la existencia de un despido colectivo es necesario tener presente, por un lado, la extensión de la plantilla que compone el centro de trabajo y, por otro, un

.....

25 Se modifica el art. 267 de la LGSS por el que es reconoce que se encuentran en situación legal de desempleo los trabajadores que su contrato se extinga por motivos inherentes a la persona trabajadora.

26 DOCE núm. 225, de 12 de agosto de 1998.

27 El art. 4, apartados 1 a 3, de la Directiva 98/59 dispone que “los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente surtirán efecto no antes de treinta días después de la notificación prevista en el apartado 1 del art. 3, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazos de preaviso”.

número mínimo de despidos y extinciones, aplicando las garantías previstas en la norma comunitaria de información y consulta a los representantes de los trabajadores y medidas de acompañamiento social.

Hay que tener en cuenta que esta nueva modalidad contractual se aplica a las empresas del sector de la construcción y solo alcanza a los trabajadores adscritos a obra que tengan por objeto tareas o servicios vinculados a obras de la construcción. Por consiguiente, no se aplica a los trabajadores del sector de la construcción que formen parte del personal de estructura.

Por otra parte, llegados a este punto, hay que destacar que el periodo de inactividad es exclusivamente el plazo de espera de recolocación entre subcontrataciones, por lo que existe una obligación empresarial de efectuar una propuesta de recolocación. De esta forma se sanciona la incertidumbre en el mantenimiento de la continuidad de la actividad empresarial por parte la contratista²⁸. Si es preciso, se deberá establecer un proceso previo de formación, a cargo de la empresa y es necesario que la propuesta se efectúe por escrito.

Con respecto a la finalización de la obra, hay que remarcar que se realiza una definición flexible de la finalización de la obra que incluye la disminución real del volumen de la obra y la paralización de la misma. Se describe como la terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados. La finalización de la obra debe ser puesta en conocimiento de la representación legal de los trabajadores con cinco días de antelación a su efectividad.

En definitiva, esta nueva modalidad contractual se extingue ante la ausencia de una nueva obra con una indemnización y el derecho a percibir la prestación por desempleo, al igual que su predecesor. Por tanto, se mantiene en su esencia, aunque se ha cambiado el nombre, probablemente con la finalidad de que no compute a efectos estadísticos como un contrato temporal. No obstante, se puede apreciar una mejora con respecto al incremento neto de la nómina de aquellos trabajadores que se desplacen a un municipio distinto del lugar habitual de trabajo. Porque ahora sí se considera que se desplazan los trabajadores adscritos a una obra y los gastos del desplazamiento y las dietas ahora sí tienen naturaleza extrasalarial, quedando exentos de tributación y de cotización. Aunque la mejora más importante en relación con la regulación convencional consiste en la imposición de la obligación empresarial de ofrecer a la persona trabajadora una recolocación en caso de existir una nueva obra en la provincia²⁹.



28 Art. 16.4 del ET.

29 ARAGÓN GÓMEZ, C., “Del contrato fijo de obra...” *op. cit.*, pp. 54–55.

4. TRANSFORMACIÓN DEL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN

La reforma llevada a cabo por el RDL 32/2021 ha transformado el contrato eventual en un contrato por circunstancias de la producción que se ha desdoblado en dos modalidades. Una primera relacionada con el incremento ocasional e imprevisible, que es la que quizás más se parezca al anterior contrato eventual, pese a que en esta modalidad se incluirán los supuestos para cubrir las ausencias por vacaciones de otros trabajadores³⁰. Es decir, deben ser oscilaciones “imprevisibles y deben referirse a incrementos extraordinarios, no cíclicos ni regulares”³¹, pero eso no quiere decir que no se puedan repetir. Su razón de ser se encuentra en el desajuste temporal entre el empleo disponible y el necesario que puede surgir del disfrute durante el periodo vacacional, sea en fechas habituales o no, que se convierte en un “supuesto concreto de temporalidad específicamente habilitado por la norma”³². La causa que explica la inclusión expresa de este supuesto de contratación temporal reside en la imposibilidad de atender la actividad de la empresa con la plantilla disponible en ese momento, sin que resulte proporcionado exigir contrataciones por tiempo indefinido, por la breve duración de la situación generada³³. Se debe hacer una interpretación extensiva de las oscilaciones a los permisos y licencias, puesto que la referencia a las vacaciones es tan solo a modo ejemplificativo.

El concepto de previsibilidad es indeterminado, porque casi todo puede ser previsible e imprevisible con variar el marco temporal de la estimación, porque lo que no es previsible hoy lo puede ser mañana. Aunque teniendo en cuenta el art. 15.2 del ET que señala que las “empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos”, se puede deducir que la previsión se proyecta sobre el año natural³⁴, se entiende que para el año entrante. Aunque la norma no se refiere a las posibles consecuencias de la omisión de la información, considero que se debería aplicar el art. 15.4 del ET, reconociendo la fijeza de la relación. Además, la consideración de imprevisible habría que interpretarla como que no se puede calendarizar para diferenciarlo del contrato fijo-discontinuo. Además, el contrato por circunstancias de la producción está justificado para sortear el déficit de personas disponibles, cualquiera que sea su vínculo

.....

30 Inclusión que tiene su origen en la STS de 10 de noviembre de 2020 (rec. 2323/2018).

31 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de la contratación laboral...” *op. cit.*, p. 24.

32 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de la contratación laboral...” *op. cit.*, p. 24.

33 CABERO MORÁN, E., “La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, Sección Estudios, abril, 2022, Wolters Kluwer, p. 13. Versión digital (La Ley 2554/2022).

34 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de la contratación laboral...” *op. cit.*, p. 23.

contractual con la empresa, por eso no entiende muy bien la alusión de la norma al “empleo estable disponible”³⁵.

Y una segunda para atender las situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y acotada en el tiempo. **Se admitirá como ocasional aquellas situaciones que en el transcurso de un año no excedan de noventa días y que se puedan distribuir en al menos dos segmentos separados.** Esas situaciones deben estar identificadas en el contrato y se refieren a oscilaciones que aun dentro de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre empleo disponible y el requerido, siempre fuera del ámbito del empleo fijo–discontinuo. Como consecuencia de su duración corta en el tiempo, no se requiere preaviso extintivo, pero tendrán derecho a la indemnización de doce días de salario por año de servicio.

En este segundo supuesto, las empresas podrán utilizar el contrato por circunstancias de la producción un máximo de noventa días en el año natural, no pudiendo ser consecutivos y sin limitación del número de trabajadores. Todo lo cual puede generar varias dudas sobre si se están incentivando los micro–contratos de trabajo y sobre cómo se gestiona que no puedan ser consecutivos en relación con la regla de la única prórroga que tiene una eficacia bastante limitada. E incluso también son dudosos los límites reales que implican que no se puedan superar noventa días de forma consecutiva. Por ello la previsión es que cada necesidad ocasional, acabe generando un contrato distinto. Además, se plantea el reto de la dificultad que, en ocasiones, puede suponer diferenciar entre las situaciones previsibles e imprevisibles, sobre todo porque en el caso de las situaciones previsibles de corta duración se encuentra en una zona gris que puede entrar en confusión con la modalidad contractual del fijo–discontinuo, que se deberá utilizar en los casos en que la duración supere los noventa días en el año natural.

Con respecto a su duración, puede durar un máximo de seis meses, pero se puede incrementar hasta doce por convenio sectorial. Hay que destacar que es la única referencia expresa a la negociación colectiva en esta modalidad de contrato. En aquellos contratos por circunstancias de la producción que su duración no exceda de cuatro semanas, parece que no es obligatorio que se formalicen por escrito, ya que no se ha modificado el art. 8.2 del ET. De todas formas, es previsible que las empresas tengan interés en realizar el contrato por escrito para no correr el riesgo potencial de que la persona trabajadora pueda ser declarada fija, aunque las reducidas consecuencias económicas de esa declaración limitan la entidad del problema³⁶. Para intentar evitar el fraude, el nuevo art. 15.7 del ET reconoce el derecho de información a la representación legal de los trabajadores de los “contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado, cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos”.

.....

35 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

36 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

De la misma manera que el anterior contrato eventual, tan solo se puede llevar a cabo una única prórroga cuando el contrato se hubiese formalizado por una duración inferior a la legal o convencionalmente establecida. Además, hay que tener en cuenta que si el empresario quisiese reducir la duración del contrato acordada puede incurrir en causa de despido improcedente. Porque un desajuste al alza no es subsanable y puede dar lugar a la aplicación del art. 15.4 del ET que establece que las “personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”.

Por otro lado, existe una relación compleja entre el contrato por circunstancias de la producción y el contrato fijo–discontinuo desde el punto de vista causal. Pueden surgir dudas para diferenciar o marcar los límites difusos entre el carácter intermitente u ocasional, especialmente con las ocupaciones estacionales de menos de noventa días. Incluso se podría afirmar que existe un “espacio tangente en el que sería lícito emplear ambos contratos”³⁷. Desde mi punto de vista, se podría recurrir al contrato por circunstancias de la producción cuando no se trate de actividades de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada. Por ejemplo, no sería posible utilizarlo para la actividad de limpiar playas en verano, pero sí para atender stands en recintos feriales. Asimismo, la intención del RDL 32/2021 es que el contrato fijo–discontinuo no solo se utilice para los trabajos de naturaleza estacional o de temporada, sino también en aquellos trabajos de prestación intermitente, que tengan períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados, que previamente eran cubiertos por el contrato a tiempo parcial y que se deroga con esta reforma. O, por decirlo en otras palabras, habría un espacio común teóricamente integrado por aquellas actividades que tradicionalmente no podían ser desarrolladas mediante contrato fijo–discontinuo, pero si tras la reforma introducida por el RDL 32/2021.

Llegados a este punto, es necesario hacer referencia a la difícil vinculación del contrato por circunstancias de la producción regulado en el art. 15.2 del ET con la realización de trabajos en el marco de contrata³⁸. Porque se trata de una incompatibilidad relativa, ya que no cabe identificar como causa el propio contrato civil, mercantil o administrativo. Pero en su desarrollo pueden suceder circunstancias de la producción, como la sustitución de trabajadores de vacaciones, la realización de un trabajo específico para la contrata, o refuerzo de ciertas tareas en días puntuales. Es decir, cuando la celebración de una contrata sea una excepción a la forma habitual de trabajo, la empresa podría celebrar contratos por circunstancias de la producción con las personas trabajadoras destinadas a prestar

.....

37 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

38 El último párrafo del art. 15.2 del ET indica que “no podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

el servicio contratado³⁹. No obstante, tras la reforma introducida por el RDL 32/2021, el art. 16 del ET contempla la posibilidad de celebrar contratos fijos–discontinuos para el desarrollo de la prestación de servicios en el marco de las contrata y subcontratas. Por todo ello, se puede apreciar que la reforma laboral “cierra la puerta, aunque no totalmente, a la posibilidad de que la contratación de duración determinada sea la forma natural de prestación de servicios en las contrata y subcontratas y reconduce la contratación a la modalidad de fijo discontinuo”⁴⁰.

5. LA REGULACIÓN DEL CONTRATO FORMATIVO

Los contratos formativos sirven para dotar de cualificación profesional, teórica y práctica, a quienes van a desempeñar su primera actividad laboral o necesitan una re- cualificación para poder adaptarse adecuadamente a las necesidades del mercado. Es una modalidad contractual que estadísticamente, a lo largo de la historia, no ha terminado de funcionar, a pesar de las numerosas reformas que se han llevado a cabo⁴¹.

Tras la reforma introducida por el RDL 32/2021 se produce una reconstrucción de los contratos formativos, que motiva la desaparición de los anteriores contratos de formación y de prácticas, que son sustituidos por **un único contrato formativo que tiene un doble objeto: por un lado, la formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena y, por otro, el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada al nivel de estudios de la persona trabajadora**. Por tanto, se produce una refundición del contrato en prácticas y el contrato para la formación y el aprendizaje, que persigue establecer una regulación que favorezca la incorporación de las personas jóvenes al mercado de trabajo y que al mismo tiempo sea recomendable a las empresas.

Hay que destacar una serie de reglas comunes al contrato formativo, como la cobertura de todas las contingencias de Seguridad Social. En este sentido, la cotización a la Segu-

39 En los casos en los que se utilice por la empresa contratista el contrato por circunstancias de la producción, su duración no podrá exceder los seis meses de duración, salvo que el convenio colectivo sectorial aplicable hubiese previsto su extensión hasta un máximo de doce meses, ya que se trata de un contrato temporal. DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contrata y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, Sección Estudios, Wolters Kluwer, 2022, p. 19. Versión digital (La Ley 2555/2022).

40 *Ibidem*.

41 PÉREZ DEL PRADO, D., “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, pp. 7–18.

ridad Social deja de ser reducida, aunque no puede superar la base mínima mensual de cotización del Régimen General, pero se cotiza íntegramente incluyendo la cotización por desempleo, formación profesional y al Fondo de Garantía Salarial. Asimismo, también se exige la forma escrita con referencias específicas y la formación se refuerza con itinerarios formativos y de tutorización. Todo ello sin perjuicio de que se prevé la entrada en vigor de un futuro estatuto del becario, que resultará clave para determinar el ámbito de aplicación de los contratos formativos⁴². Es necesario tener en cuenta su relación directa, porque en muchos casos las becas y las prácticas no remuneradas son sustitutivos de los contratos formativos⁴³.

Con respecto al contrato de formación en alternancia, hay que destacar que se pretende compatibilizar el trabajo remunerado con los estudios, adecuando el trabajo a los estudios, con una formación dual: práctica y teórica. Se trata de compatibilizar la actividad laboral con estudios de FP, universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Sin titulación o con otra titulación siempre que no haya tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo. Los certificados de profesionalidad nivel 1 y 2 solo hasta treinta años de edad. También hay que destacar el programa de formación común, elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades con empresas y entidades colaboradoras, que da lugar a una tutorización doble.

Existe una limitación temporal en relación con el tiempo de trabajo efectivo, que no podrá ser superior al 65% durante el primer año y el 85% durante el segundo año, de la jornada máxima prevista en convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal⁴⁴. No cabe período de prueba en el contrato en alternancia y se reduce a un mes en el contrato en prácticas, con la pretensión de eliminar posibles abusos e incrementar el objetivo de inserción laboral. Aunque siguiendo el mismo argumento basado en el objetivo formativo y no productivo del contrato, la reforma podía haber sido más ambiciosa eliminando también la posibilidad de llevar a cabo un periodo de prueba también en la modalidad de prácticas. Porque hay que tener presente que ambas modalidades se encuentran excluidas de la indemnización prevista en el art. 49.1 c) del ET.

También se debe tener en cuenta que, no se pueden realizar horas extraordinarias y en el caso del contrato de formación en alternancia que, puede ser a tiempo parcial, no

.....

42 La Disposición adicional segunda del RD 32/2021 señala que el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta norma, el Gobierno convocará a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para abordar el Estatuto del Becario, que tendrá por objeto la formación práctica tutorizada. FABREGAT MONFORT, G., "Una primera y sintética aproximación al RDL 32/2021..." *op. cit.*

43 PÉREZ DEL PRADO, D., "La reforma laboral 2021..." *op. cit.*, p. 17.

44 Se produce un cambio mínimo con respecto a su versión anterior, ya que su límite máximo el primer año se reduce del 75% al 65%, manteniéndose el mismo tanto porcentual del 85% en el segundo año.

se pueden hacer horas complementarias. La retribución se regula en el convenio colectivo expresamente, y, en defecto de previsión convencional, la retribución no podrá ser inferior al sesenta por ciento el primer año ni al setenta y cinco por ciento el segundo año con respecto a la del convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En defecto de convenio, no se permite imputación de costes y la retribución del contrato en prácticas no puede ser inferior a la del contrato en alternancia, porque no se le puede descontar la formación teórica. Además, el salario no puede ser inferior al Salario Mínimo Interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. No existe un límite de edad en la contratación de las personas trabajadoras, salvo excepciones condicionadas a menores de 30 años, porque se contempla la posibilidad de formalizar el contrato formativo con personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en la Ley de empleo. La reforma también hace una remisión a la negociación colectiva, e indica que, mediante convenios colectivos, preferentemente estatales o autonómicos, se indicarán los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio del contrato formativo.

La otra modalidad se refiere a la actividad laboral dedicada a la obtención de práctica profesional, en la que se requiere estar en posesión de un título universitario o de un título de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional⁴⁵. O también título equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral.

La duración o el tiempo durante el cual se puede realizar el contrato de formación en práctica profesional oscila entre seis meses y un año. Dentro de estos límites, los convenios sectoriales, preferentemente estatales o autonómicos, pueden actuar. También se establece un límite desde que se obtiene el título habilitante, ya que se limita temporalmente dentro de los tres años, o de los cinco años si se concierta con una persona con discapacidad. Es decir, los tres años siguientes a la terminación de los correspondientes estudios. No cabe haber trabajado más de tres meses en la misma actividad, salvo periodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado. Asimismo, se establece un límite de dos años por cada titulación/certificado y por cada puesto. La empresa elaborará el plan formativo y designará tutor/a. También hay que tener en cuenta que solo se pueden realizar horas extra por fuerza mayor.

.....
45 BOE núm. 147, de 20 de junio de 2002.

La retribución es la fijada para estos contratos por convenio colectivo expresamente. En su defecto, la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, sin que en ningún caso pueda ser inferior al contrato de formación en alternancia o al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

En conclusión, la unificación de los contratos formativos es positiva sensata y equilibrada, porque hace que la estructura del art. 11 del ET sea “mucho más coherente y ordenada que en versiones anteriores, lo que facilitará a buen seguro su comprensión, reforzando la seguridad jurídica”⁴⁶.

6. INCREMENTO DE LAS EXIGENCIAS PARA ENCADENAR CONTRATOS TEMPORALES

Como señala el art. 15 del ET el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido y solo se podrá celebrar un contrato temporal por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora cuando concurra una causa justificada y su incumplimiento supondrá la adquisición de la condición de fija de la persona contratada, que también se hace extensiva a los supuestos en los que las personas trabajadoras temporales “no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba”⁴⁷. Por tanto, se elimina la presunción de la fijeza que admitía prueba en contra a favor de la conversión directa de la condición de fijo, como una consecuencia legal automáticamente aplicable. Esa conversión automática se refuerza con lo previsto en el art. 15.9 del ET que indica que “la empresa deberá facilitar por escrito a la persona trabajadora un documento justificativo sobre su nueva condición de persona trabajadora fija de la empresa”. El uso del término fijo y no indefinido puede tener especial relevancia en relación con la contratación temporal fraudulenta en el contexto del empleo público al traer a colación criterios jurisprudenciales que se refieren a la figura del indefinido no fijo.

Con respecto a los límites para encadenar contratos temporales, se modifica la regla que establecía el límite en cuanto a la persona sujeta a una sucesión de contratos temporales. En este sentido, **adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas por concatenación contractual por el mero transcurso del tiempo aquellas que en un “periodo de**

.....

46 PÉREZ DEL PRADO, D., “La reforma laboral 2021...” *op. cit.*, p. 11.

47 Art. 15.4 del ET.

veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal⁴⁸. Se mantiene la regla anterior, pero con una disminución del plazo⁴⁹.

También se ha modificado la regla que establecía el límite en relación con el puesto sometido a rotación, que anteriormente se trataba de una mera remisión a la negociación colectiva y ahora se enuncia en una regla imperativa. Se reconoce la condición de fija a aquella persona trabajadora que hubiese ocupado un puesto de trabajo, con o sin solución de continuidad, en un periodo de referencia de veinticuatro meses, durante al menos dieciocho meses mediante contratos por circunstancias de la producción, concertados directamente o mediante ETs⁵⁰. A falta de previsión legislativa, se debe considerar que la fijeza se alcanza en el último puesto desarrollado⁵¹.

Con ambas restricciones se endurece el régimen restrictivo del encadenamiento de contratos temporales, para su conversión en fijo, independientemente de que la conducta empresarial sea fraudulenta. No obstante, se pueden plantear posibles problemas por la dificultad de fijar los límites con respecto al cómputo del plazo ante un mal uso del contrato de interinidad o del contrato fijo–discontinuo para una cesión que rompa el cómputo de los doce meses. También se puede plantear la duda de cómo valorar el encadenamiento de las dos modalidades de contratación por circunstancias de la producción, porque teóricamente, las causas de cada una de ellas son autónomas. No queda claro si las causas de las circunstancias de la producción se refieren a la puesta a disposición o a la modalidad del contrato, pero todo parece indicar que se refiere a la causa de la puesta a disposición⁵².

En cuanto al encadenamiento de dos o más contratos temporales, hay que tener en cuenta que computa el vigente en el momento de entrada en vigor de la reforma y, aparentemente, no computan los contratos de obra y eventuales formalizados a partir de la entrada en vigor de la reforma. Por lo que se puede apreciar una aparente *amnistía* para los encadenamientos próximos a los veinticuatro meses antes de la reforma.

En relación con la negociación colectiva, han desaparecido casi todas las remisiones a los convenios colectivos, excepto el incremento de la duración del contrato por circuns-

.....

48 Art. 15.5 del ET.

49 El marco temporal anterior establecía que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a veinticuatro meses, pero se ha modificado el art. 15 del ET redactado por el apartado tres del artículo primero del RDL 32/2021 (BOE de 30 diciembre de 2021; Corrección de errores BOE de 18 enero 2022). Vigencia: 30 de marzo de 2022.

50 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

51 GOERLICH PESET, J.M., “La contratación temporal en la reforma laboral de 2010”, AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 55.

52 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39–56.

tancias de la producción a doce meses. Así como la remisión del art. 15.8 del ET que se refiere a las cláusulas convencionales sobre los criterios de preferencia de las personas trabajadoras con contratos de duración determinada para ocupar los puestos de vacantes de trabajo indefinido en la empresa, en consonancia con el Acuerdo marco. Además, la negociación colectiva también puede tratar las causas de reducción de jornada que habilitan el contrato de sustitución y el plazo inferior a tres meses de duración del contrato de interinidad por vacante. Así como los motivos ocasionales que justifican el contrato por circunstancias de la producción.

El RDL 32/2021 introduce un nuevo reforzamiento del control de los posibles incumplimientos derivados de sobrepasar los límites máximos temporales establecidos, concediéndole al Servicio Público de Empleo Estatal la facultad de poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social dichos incumplimientos y facilitando, de esta forma, que se puede iniciar una actividad inspectora.

Por último, con respecto a las reglas de derecho transitorio, la Disposición Transitoria quinta del RDL 32/2021 indica que lo “previsto en la redacción dada por el presente Real Decreto-ley al art. 15.5 del ET será de aplicación a los contratos de trabajo suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo”, que quiere decir, a los tres meses de su publicación y que se corresponde con el 31 de marzo de 2022.

7. MODIFICACIONES EN RELACIÓN CON EL TRABAJO FIJO-DISCONTINUO

La modificación del contrato fijo-discontinuo que ha llevado a cabo el RDL 32/2021 ha supuesto el ensanchamiento de su ámbito de aplicación. El contrato fijo-discontinuo, asociado tradicionalmente a necesidades indefinidas cíclicas, se amplía a las actividades intermitentes que se repiten en el tiempo. Además, se permite la posibilidad de vincularlo a una contrata o subcontrata, así como se habilita esta modalidad contractual para que sea utilizado por una ETT. Por tanto, su objeto se amplía a los trabajos de temporada y a aquellos intermitentes que tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. La intermitencia presupone periodicidad, que implica que exista alguna razón objetiva, independientemente de la voluntad empresarial, que justifique la alternancia entre periodos de actividad e inactividad⁵³. Parece que el legislador ha querido reconducir

53 GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo-discontinuo...” *op. cit.*, p. 63.

el contrato fijo–discontinuo a “situaciones que antes justificaban la formalización de un contrato temporal con el fin de dotar a nuestro sistema de relaciones laborales de cierta fijeza”⁵⁴.

La reforma del contrato fijo–discontinuo se ha llevado a cabo por el art. 1 cuatro del RDL 32/2021, que ha dado nueva redacción al art. 16 ET, pero también inciden en el mismo el núm. 2 de la Disposición derogatoria única, que deroga el art. 12.3 ET, que regulaba el contrato a tiempo parcial para trabajos fijos y periódicos y la Disposición Final 1.ª, que modifica el art. 10.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal⁵⁵. Estas normas entraron en vigor el día 31 de diciembre de 2021, excepto el art. 1 cuatro del RDL, que entró en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE.

El objeto del contrato fijo–discontinuo engloba distintas realidades laborales que coinciden en su naturaleza estable, permanente, constante o habitual, propia de su carácter indefinido, por la que el trabajador mantiene un único vínculo a pesar de los tiempos de inactividad inherentes a esta modalidad contractual⁵⁶. Aunque es necesario tener en cuenta que, cada interrupción no conlleva la extinción contractual, pero el empresario deberá presentar al trabajador una propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas hasta la fecha para evitar posibles abusos o incumplimientos⁵⁷. Entre los trabajos que se incluyen en el ámbito de aplicación de esta modalidad contractual⁵⁸, se encuentran aquellos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada⁵⁹. Los trabajos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados⁶⁰. También se incluyen los trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativos que, siendo previsibles⁶¹, formen parte de la



54 FABREGAT MONFORT, G., “Una primera y sintética aproximación al RDL 32/2021...” *op. cit.*, p. 5.

55 BOE de 2 de junio de 1994 (en adelante LETT).

56 PALOMA SAURINA, P., “Aspectos relevantes del trabajo fijo discontinuo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, p. 253.

57 Art. 29.1 y art. 49.2 del ET. GARCÍA MURCIA, J., “Clases y modalidades de contrato de trabajo”, en AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J.) *Derecho del Trabajo*, 29 ed, Tecnos, Madrid, 2020, p. 610.

58 Se puede precisar que entre las actividades que se rigen por la nueva modalidad de contrato fijo–discontinuo, se asumen algunos de los supuestos de contratación que hasta ahora se cubrían con el desaparecido contrato de obra o servicio. MARTÍNEZ BARROSO, Mª R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 14.

59 Se trata de trabajos permanentes, consolidados, que se reiteran obedeciendo al cambio estacional. La temporada es estacional, cíclica y periódica, mientras que las campañas pueden serlo o no. La jurisprudencia previa a la reforma puede servir para tener en cuenta el criterio interpretativo. MARTÍNEZ BARROSO, Mª R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 15.

60 Son trabajos que se reiteran sin una vinculación estacional por motivos intrínsecos a la prestación laboral, por ejemplo, el montaje de escenarios para eventos, que depende de los periodos de ejecución. MARTÍNEZ BARROSO, Mª R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 18.

61 Solo se podrán producir periodos de inactividad como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones, por lo que no se puede dar de baja al trabajador mientras se mantenga la contrata. MARTÍNEZ BARROSO, Mª R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 18.

actividad ordinaria de la empresa⁶². En ese caso el periodo de inactividad entre contrata o subcontratas será como máximo de tres meses, salvo que por convenio colectivo se especifique otra cosa. La reconducción del trabajo en contrata a la modalidad del contrato fijo-discontinuo se puede valorar como positiva, a la espera de su evolución y ejecución práctica, ya que la previsión es que mejore la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras afectadas. Si bien, este cambio desvirtúa la naturaleza clásica del contrato fijo-discontinuo previsto para atender necesidades cíclicas, por lo que se amplía su ámbito de aplicación a supuestos que no se reiteran estacionalmente y cuya prestación ni siquiera se presenta como cierta, diseñando una nueva causalidad para esta modalidad de contrato indefinido. Esta reconducción ha supuesto un cambio significativo en el marco de la descentralización productiva, concretamente en el trabajo prestado en contrata, que ya se anticipó en la doctrina judicial del Tribunal Supremo⁶³ y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁴, que habían estrechado su margen de aplicación⁶⁵. Muy probablemente el origen de la eliminación del contrato de obra se puede encontrar en ese criterio jurisprudencial, con la intención de conseguir reducir las elevadas tasas de temporalidad. No obstante, hay que tener en cuenta que este cambio en el uso del contrato fijo-discontinuo para asignar a la persona trabajadora a distintas y sucesivas subcontratas puede suponer un cambio en las condiciones laborales que pueden variar en función de la contrata. En caso de que esos cambios fuesen de entidad suficiente, podría surgir la duda de si podrían conllevar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con derecho del trabajador a una extinción indemnizada del contrato. Si esto fuese así y se pudiese recurrir al procedimiento del art. 41 del ET sobre modificaciones sustanciales, cada vez que al trabajador se le asigne una nueva contrata, podría suponer un gran obstáculo a la gestión de la plantilla por parte de la empresa para poder atender los contratos celebrados con los clientes, sobre todo en los servicios prestados durante cortos periodos de tiempo y sometidos a gran movilidad⁶⁶. Por lo tanto, siguiendo la lógica que prevé el precepto y teniendo

.....

62 STS de 29 diciembre 2020 (rec. 240/18).

63 La STS de 29 de diciembre de 2020 (rec. 240/18) rechazó la vinculación de los contratos temporales con la duración de la contrata, limitando el uso que se estaba efectuando hasta el momento del contrato de obra o servicio para la ejecución de contrata. El razonamiento se basa en que en muchas ocasiones el objeto de la contrata es la actividad ordinaria, regular y básica de la empresa. Posteriormente, en el mismo sentido, la STS de 2 de febrero de 2021, afirma que corresponde a la empresa la carga de probar “la concurrencia de los elementos jurídicos y de hecho que pudieran 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”.

64 La STJUE de 24 de junio de 2021, EV contra Obras y Servicios Públicos S.A. y Acciona Agua, asunto C-550/19, declaró contraria a la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada el encañamiento de contratos fijos de obra. E incluso el TJUE alertó que el art. 24 del convenio colectivo sectorial entrañaba un riesgo real de provocar un uso abusivo de los contratos fijos de obra utilizados en España. ARAGÓN GÓMEZ, C., “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, pp. 47-52.

65 CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción...” *op. cit.*, pp. 39-56.

66 Por ejemplo, si en los casos de empresas que se dedican a prestar a otras empresas servicios de corta duración de apoyo a eventos o congresos, se recurriese al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de

en cuenta que se trata de puestas a disposición diferentes, no parece que se trate de una modificación sustancial. La solución contraria, consistiría en permitir la libre asignación de personas trabajadoras a las diversas contratas, lo cual supondría una disposición plena, desproporcionada e inasumible de los trabajadores a las necesidades empresariales. Por todo ello, considero que será fundamental el papel de la negociación colectiva para establecer los límites necesarios para garantizar los derechos de los trabajadores. Por último, en relación con la contratación fija-discontinua vinculada a contratas, hay que tener presente que los periodos de inactividad no son cíclicos porque dependen de la voluntad de los clientes, por lo que “solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”⁶⁷, con un plazo máximo, en defecto de previsión convencional, de tres meses. El art. 16.4 del ET establece que una vez que se cumpla ese plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales que procedan sin indicar cuáles son, pero claramente se refiere al despido objetivo, ERE, ERTE, suspensión del contrato, en el momento que la empresa no consiga otra contrata para recolocar a sus trabajadores fijos-discontinuos⁶⁸.

De todas formas, es necesario tener presente que uno de los objetivos de la reforma laboral llevada a cabo mediante el RDL 32/2021 es la equiparación de las condiciones laborales de las personas trabajadoras subcontratadas e impedir que se utilice la externalización de servicios como un instrumento de reducción de costes y estándares laborales⁶⁹.

También entran en el ámbito del objeto de esta modalidad contractual el trabajo entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida, en los términos previstos en el art. 10.3 de la LETT⁷⁰. Es decir, se autoriza a las empresas de trabajo temporal a hacer contratos fijos-discontinuos a sus trabajadores con la finalidad de cederlos a empresas usuarias. Es necesario tener en cuenta que esta modalidad contractual también se podrá utilizar para el personal laboral de la Administración Pública, cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines encomendados, previa expresa acreditación y con sujeción a los límites establecidos por las tasas de reposición⁷¹.



trabajo podría resultar “una severa limitación a la capacidad organizativa empresarial”. DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El impacto de la reforma laboral...” *op. cit.*

67 Art. 16.4 del ET.

68 RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J. “La nueva regulación de los fijos discontinuos en la reforma laboral: un híbrido que traerá polémica”, *Diario La Ley*, núm. 10034, Sección Tribuna, marzo 2022, Wolters Kluwer, p. 5. Versión digital (La Ley 2166/2022).

69 DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El impacto de la reforma laboral...” *op. cit.*, p. 9.

70 La Disposición Final Primera del RDL 32/2021 ha modificado el art. 10.3 de la LETT, estableciendo la opción de que las ETTs puedan celebrar contratos de trabajo fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a las necesidades temporales de diversas empresas usuarias, como indica el art. 15 del ET, coincidiendo el periodo de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos.

71 Disposición Adicional 4ª del RDL 32/2021, modificada por el art. 4.2 RDL 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, en la que se indica que “si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa

El TS se había manifestado en contra de la posibilidad de utilizar el contrato fijo–discontinuo en el contexto de las ETT⁷². Sin embargo, tras la reforma, cuando se entienda que la actividad prestada por la ETT sea susceptible de experimentar una necesidad productiva periódica, se podrá celebrar un contrato fijo–discontinuo. Por lo tanto, un trabajador fijo–discontinuo puede enlazar el cumplimiento sucesivo de distintos contratos de puesta a disposición, pero ello no exime, como de forma explícita establece el nuevo art. 10.3 LETT, de que el contrato de puesta a disposición esté sujeto a las causas de temporalidad descritas en el art. 15 ET⁷³. En este sentido, el uso de la modalidad contractual fija–discontinua implica un vínculo del trabajador con la ETT que pasa a regirse por una puesta a disposición intermitente, pero continuada en el tiempo. Es decir, el vínculo de la ETT con el trabajador es fijo–discontinuo, pero la puesta a disposición es temporal⁷⁴.

Llegados a este punto, hay que tener en cuenta que, en la contratación de trabajadores indefinidos comunes, los periodos de inactividad corren a cargo de la ETT que debe abonar su salario⁷⁵, mientras que los periodos de inactividad de los trabajadores fijos–discontinuos estarían cubiertos por la prestación de desempleo. No obstante, “la conveniencia de impedir la eventual utilización fraudulenta de esta forma de contratación y/o la conveniencia de limitar el margen de actuación que deban tener las ETT en su labor de intermediación en la contratación temporal es una cuestión que compete al legislador”⁷⁶.

El art. 267.1 d) de la LGSS reconoce a los trabajadores fijos–discontinuos el derecho a solicitar prestaciones por desempleo en los periodos de inactividad, siempre y cuando



de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública”. El motivo podía ser que el legislador era consciente de que el mismo problema de temporalidad ilícita asociado al contrato de obra en el ámbito privado también lo era en el sector público y, añade, si cabe, más complejidad vinculada a las tasas de reposición). BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD Ley 32/2021)”. *Blog una mirada crítica a las relaciones laborales*, publicado el 4 de enero de 2022. <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/>.

72 La STS de 30 de julio de 2020 (rec. 728/2020) señalaba la imposibilidad de contratar trabajadores fijos–discontinuos por una ETT, al no tener una necesidad productiva de las que autorizan su uso. La valoración que hace el TS es que la actividad de la ETT, consistente en poner a disposición de la empresa usuaria trabajadores temporales, es de naturaleza permanente y no es una actividad cíclica. Por ello, afirmaba que únicamente se habilitaba la contratación bajo el prisma de que se tratase de un vínculo de duración determinada, situación que no ocurría en las actividades cíclicas, por lo que rechazó la posibilidad de que las ETTs pudiesen suscribir contratos en la modalidad contractual de fijo–discontinuo. Si bien, la STS tiene un voto particular que considera que las ETTs pueden tener una necesidad fija y periódica de mano de obra.

73 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo...” *op. cit.*

74 SÁNCHEZ QUIÑONES, L., “Las empresas de trabajo temporal, en la encrucijada. Breve análisis del régimen normativo del contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral introducida por el real decreto 32/2021, de 30 de diciembre de 2021”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4. Edición digital (BIB 2022/907).

75 No solo en el contexto de ETTs, sino que en los periodos de inactividad entre las campañas de los contratos de trabajo a tiempo parcial de duración indefinida que concentran su trabajo, no se permite el acceso a la protección por desempleo. El motivo es la inexistencia de causa de extinción o suspensión del contrato. Sin embargo, los trabajadores con contratos fijos–discontinuos pueden acceder a la prestación por desempleo. RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “Acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, con jornada concentrada, durante el periodo de inactividad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 249, Aranzadi, 2022. Versión digital (BIB 2022/226).

76 VIQUEIRA PÉREZ, C., “¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 10, 2020, p. 8.

reúnan los requisitos establecidos al efecto. Se protege a los trabajadores fijos–discontinuos en los periodos de inactividad, en los que técnicamente no hay pérdida de empleo. Concretamente, la Disposición Final 6ª del RDL 32/2021 permite el acceso de estos trabajadores a los subsidios por desempleo, en las mismas condiciones y con los mismos derechos que se aplican al resto de trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social.

Por un lado, se lleva a cabo la eliminación del fijo–periódico del anterior art. 12.3 del ET, que supone su *divorcio* con el trabajo a tiempo parcial. **El RDL 32/2021 ha unificado en una sola modalidad todo el trabajo cíclico, ya que la distinción anterior ha sido calificada por parte de la doctrina como “artificial, irrelevante y carente de utilidad práctica”⁷⁷**, provocando “disfuncionalidades importantes en la propia concepción de una y otra figura y en la correcta delimitación de los regímenes jurídicos a aplicar”⁷⁸, al ser trabajos con la misma naturaleza y reiteración cíclica. La nueva regulación no sólo elimina esas diferencias, sino que extiende su ámbito de aplicación al no limitarlo a las actividades estacionales, con la intención de convertirlo en un instrumento que coadyuve a atajar la temporalidad, dando cobertura a los anteriores contratos de obra y permitiendo su uso por empresas de trabajo temporal⁷⁹. De esta forma se permite que el trabajo temporal sea atendido por trabajadores fijos–discontinuos “de modo que la anterior interrupción de actividades por finalización de los trabajos de cada campaña es sustituida por los periodos de inactividad, entendidos como plazos de espera de recolocación en caso de sucesión de subcontrataciones o plazos de espera entre la conclusión de un contrato de puesta a disposición y el inicio del siguiente”⁸⁰.

Por otro lado, al tratarse de un contrato fijo–discontinuo son muy importantes las reglas más estrictas en cuanto al llamamiento, en las que se hace una remisión amplia y abundante al convenio colectivo o al acuerdo de empresa. Sin embargo, no se establece un criterio legal que discipline el orden de llamamiento en defecto de convenio colectivo, por lo que sería recomendable establecer un criterio subsidiario ante la ausencia de pacto en convenio. Así como que se desarrollasen reglamentariamente algunos aspectos esenciales de deslinde frente a otras modalidades contractuales⁸¹, las preferencias de ocupación

.....

77 GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo–discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica”, *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017, p. 97.

78 VALVERDE ASECIO, A.J., *Determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 13 y ss.

79 MARTÍNEZ BARROSO, Mª R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 5.

80 GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo–discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, enero, 2022, p.2.

81 Existen espacios de intersección entre modalidades contractuales, pero la reforma parece reconducir el tiempo parcial sobre la base anual al terreno fijo–discontinuo. Aunque la permanencia del art. 12.1 del ET parece indicar que sigue siendo posible suscribir contratos a tiempo parcial sobre base anual. GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 63.

para actividades temporales intercampañas⁸², o los supuestos en que debe ser preceptiva la suspensión colectiva de los contratos fijo–discontinuos por falta de llamamiento⁸³. En relación con el llamamiento de los trabajadores fijos–discontinuos en el caso de contrata, existe una nueva expectativa a ser llamados para trabajar en nuevas contrata, lo que favorece el mantenimiento del vínculo laboral y, por tanto, del empleo. No obstante, hay que destacar que el art. 16.3 del ET contiene una imprecisión al referirse a que el llamamiento se deberá realizar con una antelación adecuada, ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado que puede generar inseguridad jurídica⁸⁴.

Se introduce la posibilidad de que mediante convenios colectivos de ámbito sectorial se creen bolsas sectoriales de empleo para personas fijas–discontinuas durante períodos de inactividad, que se establezca un periodo mínimo de llamamiento anual y que se fije una cuantía mínima por fin de campaña⁸⁵. Es decir, una indemnización por fin de llamamiento cuando se corresponda con el fin de la actividad y no se produzca un nuevo llamamiento sin solución de continuidad. Aunque no queda claro si la indemnización constituye una mejora o es adicional a la indemnización prevista en el art. 49.1 c) del ET⁸⁶. En el mismo sentido se insta la garantía de formación profesional continua, en la que se considera como colectivo prioritario a los trabajadores fijos–discontinuos en las acciones de formación durante sus períodos de inactividad, como iniciativa de formación para el empleo. A través de la negociación colectiva también se permite la posibilidad de suscribir contratos fijos–discontinuos a tiempo parcial, cuando el convenio colectivo sectorial lo autorice, previo examen de las circunstancias concurrentes en el sector. Hay que tener en cuenta que el art. 16.2 del ET sobre la nueva regulación unificada de la modalidad contractual fija–discontinua se elimina la prohibición de llevar a cabo la contratación formativa a tiempo parcial, en coherencia con las modificaciones introducidas en el art. 11 del ET para el nuevo contrato de formación en alternancia.

Por último, la negociación colectiva también tiene la posibilidad, que tal vez hubiera debido ser preceptiva, de establecer la obligación de la empresa de elaborar un censo anual de personas contratadas bajo esta modalidad, lo que supone un mayor control antifraude. Siguiendo esa línea, para dotar de estabilidad y mayor seguridad jurídica a la contrata-

.....

82 VALVERDE ASECIO, A.J., *Determinación del período de actividad...* *op. cit.*, p. 143–144.

83 GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo–discontinuo. Retos...” *op. cit.*, p. 96.

84 LÓPEZ BERMEJO, O., “Contrato fijo–discontinuo tras la reforma laboral del RDL 32/2021”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, marzo 2022, p. 47.

85 Resulta injustificado que un convenio de empresa o un acuerdo informal no puedan establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía mínima por fin de llamamiento, ya que son derechos legalmente inexistentes y, a falta de regulación sectorial, su establecimiento podría estar amparado por el principio de norma mínima. GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo–discontinuo...” *op. cit.*, p. 61.

86 El art. 49.1 c) del ET establece que a la “finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio”.

ción fija–discontinua, se establece la obligación de información a la representación legal de los trabajadores sobre la existencia de vacantes de puestos ordinarios indefinidos para solicitudes de conversión por los procedimientos que exprese el convenio colectivo o el acuerdo de empresa. Además, se establece el cómputo de la antigüedad en atención a la duración efectiva de toda la relación laboral y no solo el tiempo de servicios efectivamente prestados, salvo condiciones que, de acuerdo con su naturaleza, exijan otro tratamiento, y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

8. CONCLUSIONES

El RDL 32/2021 lleva a cabo una serie de cambios relacionados con las modalidades contractuales que se centran principalmente en los contratos temporales. En este sentido, se modifica el art. 15 del ET en relación con el contrato por circunstancias de la producción que ahora presenta dos modalidades en función de que concurren incrementos ocasionales imprevisibles o previsibles, en el que se incluirán expresamente los supuestos para cubrir ausencias por vacaciones de otros trabajadores. Asimismo, se unifican y reconstruyen los antiguos contratos para la formación y el de prácticas en un solo contrato denominado formativo, aunque será necesario esperar a la previsible aprobación del estatuto del becario para poder valorar su verdadero alcance. Hay que destacar que no cabe periodo de prueba en el contrato en alternancia y se reduce a un mes en el contrato en prácticas. Sin embargo, siguiendo el argumento basado en el objeto formativo y no productivo, hubiese sido mejor eliminar el periodo de prueba en ambos casos. También se reemplaza y deroga el anterior contrato de interinidad por un contrato de sustitución, que se podrá celebrar para sustituir personas durante la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto, para cubrir una jornada reducida por causa legal o convencional y para cubrir vacantes durante los procesos selectivos. Como novedad más importante y que valoro de forma positiva para llevar a cabo una transición más efectiva, hay que destacar la posibilidad de coexistencia durante un periodo de tiempo que no puede exceder de 15 días naturales, de la persona sustituida y de aquella que la sustituye. No obstante, desde el punto de vista crítico, considero que se ha desaprovechado la ocasión para reconocer en el art. 49.1 c) del ET el derecho a indemnización del contrato por sustitución. En este orden de consideraciones, aparece un nuevo contrato indefinido adscrito a obra vinculado a obras de la construcción, con el que parece más probable que se cumplan las exigencias del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. En esta nueva modalidad

contractual, cuando finalice la obra la empresa estará obligada a ofrecer una propuesta de recolocación al trabajador, previo desarrollo, si fuese necesario, de un proceso de formación a cargo de la empresa.

Se establece un régimen transitorio, porque la reforma de las modalidades contractuales de los arts. 15 y 16 del ET no entró en vigor hasta los tres meses después de la entrada en vigor del RDL 32/2021, es decir, el 30 de marzo de 2022.

Por un lado, se incrementan las exigencias para encadenar contratos temporales reduciendo de 30 a 24 meses el marco temporal de concatenaciones contractuales y de 24 a 18 el número máximo de meses para su conversión en fijo, independientemente de que la conducta empresarial sea fraudulenta.

Por otro lado, se produce un encarecimiento de la cotización a la Seguridad Social en el caso de la contratación temporal, estableciendo una penalización lineal que presenta una especial incidencia en los contratos de corta duración. Además, se endurece el régimen sancionador y se establece una infracción por cada persona trabajadora, por lo que se multiplica el efecto disuasorio de las infracciones administrativas que se individualizan.

La intención del legislador ha sido reducir las elevadas cifras de contratación temporal e intentar reconducir ese flujo de contratación hacia la figura del contrato fijo-discontinuo que adquiere mayor protagonismo. Hay que destacar que el RDL 32/2021 permite ahora el uso del contrato fijo-discontinuo por parte de las ETT, por lo que deberá cambiar el criterio que venía siguiendo la jurisprudencia. Asimismo, será necesario crear un entorno adecuado para que las ETT apuesten por esta modalidad contractual como medio de contratación usual y consigan incrementar las tasas reales de ocupación y el volumen de ingresos de los trabajadores puestos a disposición. Además, se permite la posibilidad de vincular el uso del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las contratadas y subcontratadas. Por lo que será necesario evitar que se utilice el contrato fijo-discontinuo para las contrataciones de periodos reducidos con periodos de inactividad muy grandes que podrían motivar que el flujo de ingresos fuese similar a los de la contratación temporal.

En definitiva, **los cambios globales introducidos por el RDL 32/2021 deben ser valorados positivamente, ya que se mejoran algunos derechos sobre la estabilidad en el empleo y se fortalece y potencia el papel de la negociación colectiva.** En este sentido, cuando el convenio colectivo sectorial lo autorice se permite la posibilidad de suscribir contratos fijos-discontinuos a tiempo parcial y se contempla la posibilidad, que debería haber sido preceptiva, de establecer la obligación a la empresa de elaborar un censo anual de personas contratadas bajo esta modalidad. Asimismo, mediante la negociación colectiva se puede extender la duración de los contratos por circunstancias de la producción de seis meses a un año. Con respecto al contrato de sustitución, mediante la negociación colectiva se puede reducir la duración máxima del contrato que no puede resultar superior a

tres meses en el ámbito privado. Además, la negociación colectiva podrá establecer planes de reducción de la temporalidad, compromisos para conseguir disminuir los índices de temporalidad con porcentajes máximos en relación con el total de la plantilla y podrá establecer criterios objetivos para la conversión de los contratos temporales en indefinidos⁸⁷. En definitiva, esta reforma no establece por norma un porcentaje máximo de contratos temporales, pero sí reafirma el papel de negociación colectiva para conseguir reducir y controlar esa temporalidad. En enero del año 2025 el Gobierno efectuará una evaluación de la tasa de temporalidad general y por sectores, que se repetirá cada dos años para hacer un seguimiento y, si fuese necesario, elevará a la mesa de diálogo social una propuesta de medidas adicionales⁸⁸.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN GÓMEZ, C., “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”.
- BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD Ley 32/2021)”. *Blog una mirada crítica a las relaciones laborales, publicado el 4 de enero de 2022*. <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/>.
- CABERO MORÁN, E., “La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, Sección Estudios, abril, 2022, Wolters Kluwer. Versión digital (La Ley 2554/2022).
- CABEZA PEREIRO, J., “Contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis”, *Revista Derecho Social*, núm. 98, 2022, pp. 39–56.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratadas y subcontratadas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, Sección Estudios, Wolters Kluwer, 2022. Versión digital (La Ley 2555/2022).

.....

87 Los datos del Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social del año 2019 indican que solamente el 10,96% de los convenios registrados incorpora alguna cláusula de mejora en relación con la conversión de contratos temporales en indefinidos.

88 Disposición adicional vigesimocuarta sobre el compromiso de reducción de la tasa de temporalidad del RDL 32/2021.

- FABREGAT MONFORT, G., “Una primera y sintética aproximación al RDL 32/2021, de reforma laboral”, *Aranzadi digital*, núm. 1, 2022 (BIB 2022/2).
- FERNÁNDEZ NIETO, L.A., “La presunción de indefinición del contrato de trabajo y sus excepciones en el nuevo artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”, *Diario La Ley*, núm. 10060, Sección Dossier, Wolters Kluwer, mayo 2022. Versión digital (La Ley 4174/2022).
- GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo–discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, enero, 2022.
- GARCÍA ORTEGA, J., “El contrato fijo–discontinuo. Retos actuales de una modalidad contractual histórica”, *Documentación Laboral*, núm. 110, 2017.
- GOERLICH PESET, J.M., “Contrato fijo–discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022.
- GOERLICH PESET, J.M., “La contratación temporal en la reforma laboral de 2010”, AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de la contratación laboral tras el Real Decreto–ley 32/2021”, *Labos*, vol. 3, 2022.
- LÓPEZ BERMEJO, O., “Contrato fijo–discontinuo tras la reforma laboral del RDL 32/2021”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, marzo 2022.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a R., “Luces y sombras de la ordenación del trabajo fijo–discontinuo tras la reforma laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 251, 2022. Versión digital (BIB 2022/1136).
- NIETO ROJAS, P., “La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022.
- PALOMA SAURINA, P., “Aspectos relevantes del trabajo fijo discontinuo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”.
- RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “Acceso a la prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial, con jornada concentrada, durante el periodo de inactividad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 249, Aranzadi, 2022. Versión digital (BIB 2022/226).
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J. “La nueva regulación de los fijos discontinuos en la reforma laboral: un híbrido que traerá polémica”, *Diario La Ley*, núm. 10034, Sección Tribuna, marzo 2022, Wolters Kluwer. Versión digital (La Ley 2166/2022).

ROJO TORRECILLA, E., 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=2022-01-05T12:09:00%2B01:00&max-results=5&reverse-paginate=true>.

SÁNCHEZ QUIÑONES, L., “Las empresas de trabajo temporal, en la encrucijada. Breve análisis del régimen normativo del contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral introducida por el real decreto 32/2021, de 30 de diciembre de 2021”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4. Edición digital (BIB 2022/907).

VALVERDE ASECIO, A.J., *Determinación del período de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VIQUEIRA PÉREZ, C., “¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 10, 2020.

UN NUEVO MODELO DE CONTRATO FORMATIVO

A NEW TRAINING CONTRACT MODEL

ISABEL OLMOS PARÉS

*Magistrada especialista en el orden jurisdiccional social,
Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia*

Fecha de recepción: 4/7/2022

Fecha de aceptación: 6/10/2022

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA. 2.1. Concepto. 2.2. Sujeto del contrato. 2.2.1. *Perfil del trabajador.* 2.2.2. *Edad.* 2.3. Objeto del contrato. 2.3.1. *Actividad Laboral. Integración en el Programa de Formación Común.* 2.3.2. *Formación. Plan Formativo individual en la empresa.* 2.4. Limitaciones a la contratación. 2.5. Duración. 2.6. Jornada. 2.7. Retribución. III. EL CONTRATO EN PRÁCTICAS. 3.1. Concepto. 3.2. Sujeto. 3.3. Objeto. 3.4. Duración. 3.5. Retribución. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Reforma Laboral de 2021 no podía olvidarse de los contratos formativos, de evidente naturaleza temporal, habida cuenta de la reestructuración que ha decretado en relación a la contratación temporal, eliminando el contrato de obra, así como el hecho indudable de que son o deberían ser pieza clave del mercado de trabajo. La Reforma Laboral de 2021 ha pretendido incidir en su verdadera finalidad, la formativa, diseñando ambas modalidades, la formación en alternancia y la formación para la adquisición de la práctica profesional, como dos pasos consecutivos para acceder y consolidarse en el mercado de trabajo. Este trabajo intenta abordar los principales cambios producidos.

ABSTRACT.– The 2021 Labor Reform could not forget about training contracts, contracts of an obvious temporary nature, given the restructuring that has been decreed in relation to temporary hiring, eliminating the work contract, as well as the undoubted fact that they are or should be a key part of the labor market. The 2021 Labor Reform has tried to influence its true purpose, training, designing both modalities, alternating training and training for the acquisition of professional practice, as two consecutive steps to access and consolidate in the job market. This work attempts to address the main changes produced.

PALABRAS CLAVE: Reforma laboral, contrato formativo, formación en alternancia, práctica profesional, actividad laboral.

KEYWORDS: Labor reform, training contract, alternating training, professional practice, work activity.

I. INTRODUCCIÓN

Las tasas de actividad están condicionadas por múltiples factores, pero dos de ellos destacan sobre el resto. El primero, es una oferta suficiente de puestos de trabajo. El segundo es la formación. A mayor nivel de formación, mayor tasa de actividad y mayor tasa de empleo. Con carácter general la formación mejora las cifras de empleabilidad. Cuando la formación tiene, además, un carácter profesionalizante, esas cifras son todavía más favorables. Nuestro país presenta una baja proporción de jóvenes entre 15 y 19 años matriculados en programas de formación profesional¹, en comparación con otros países de la OCDE (del 12% frente al 25%); a pesar de que aquellos que tienen una titulación de formación profesional tienen una tasa de ocupación del 74%, mientras que en los que sólo tienen una titulación general esta tasa se reduce al 63%².

La educación y/o formación profesional en España viene atribuida a instituciones públicas o privadas de todo tipo, pero también es posible la existencia de una formación dentro de la propia empresa, asumiendo de este modo el empleador, además de sus funciones básicas, otras en principio ajenas a ellas. **Los llamados contratos formativos son el modo jurídico de articular la formación profesional que se encomienda al empresario.**

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo desde hace más de cuarenta años entre dos tipos de contratos formativos³, bien sea porque el empresario asuma en parte la formación profesional, bien sea porque trate de perfeccionar los conocimientos teóricos previamente adquiridos. Me refiero al contrato de formación (o contrato de aprendizaje según el momento o ambos⁴) y el contrato en prácticas⁵, respectivamente.

.....

1 En la actualidad está en vigor la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional (BOE núm. 78, de 1 de abril), de modo que todos los instrumentos existentes hasta la fecha se hallan regulados en la nueva ley, me refiero a: a) El Catálogo Nacional de Estándares de Competencias Profesionales; b) El Catálogo Modular de Formación Profesional; c) El Catálogo Nacional de Ofertas de Formación Profesional; y d) Los elementos básicos de los currículos, regulados en los arts. 8 y ss. de la norma citada.

2 Véase el I PLAN ESTRATÉGICO FORMACIÓN PROFESIONAL 2019–2022, del Ministerio de Educación y Formación profesional.

3 La denominación de contratos formativos aparece por primera vez en el Real Decreto–ley 18/1993, de 3 de diciembre, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación (BOE núm. 292, de 7 de diciembre de 1993).

4 Fue regulado por primera vez por la Ley de 17 de julio de 1911; antes, así, que se regulase con carácter general el contrato de trabajo, cosa que se hizo en el Libro 1 del Código de Trabajo de 1926. Sobre los antecedentes, en general, véase a PRADOS DE REYES, F.: “*Contrato de aprendizaje, el*”, Granada, 1979, y PÉREZ PÉREZ, M.: “El nuevo contrato de aprendizaje: flexibilidad, fomento, abaratamiento”, *Documentación Laboral*, número 42, 1994, págs. 38 y ss.

5 La común denominación de contratos formativos aplicada al contrato de trabajo en prácticas y al contrato de aprendizaje aparece, en nuestro Ordenamiento Jurídico, en el Real Decreto Ley 18/1993, de 3 de diciembre.

La ley del Contrato de trabajo aprobado por Decreto de 31 de marzo de 1944⁶, derogado expresamente por el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET)⁷, contenía ya una extensa regulación del contrato llamado entonces de aprendizaje. En ese momento, todavía no había aparecido el contrato en prácticas.

La Ley de Relaciones Laborales (en adelante la LRL)⁸, elimina la denominación como contrato de aprendizaje en el párrafo 1.º del artículo 7 de la misma para llamarlo contrato de formación. Esta misma LRL, en su art. 8, introduce por primera vez el contrato en prácticas en nuestro ordenamiento jurídico.

Mientras el contrato en prácticas nunca ha variado de denominación, el originario contrato de aprendizaje no ha hecho más que cambiar de nombre. No merece la pena que nos detengamos en ello, pues tras la aprobación 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, conocida como la Reforma Laboral⁹, se ha producido el último cambio de denominación¹⁰.

La Reforma Laboral de 2021 ha optado por la unicidad, es decir, por hablar de contrato formativo en singular, no en plural, de modo que **hay solo un contrato formativo, si bien, con dos objetos diferenciados**, bien la llamada formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena en los términos establecidos en el apartado 2 del art. 11 del ET (el contrato de formación o aprendizaje de toda la vida), bien el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada a los correspondientes niveles de estudios, en los términos establecidos en el apartado 3 del art. 11 del ET (el contrato en prácticas de todos conocido). En suma, **mientras que en el contrato en prácticas de lo que se trata es de adquirir experiencia profesional, en el de formación (ahora, en alternancia) se combina formación teórica y práctica**¹¹.

6 Por Decreto de 26 de enero de 1944 se aprueba el Libro I del Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo y se deroga la Ley de 21 de noviembre de 1931. Por Decreto de 31 de marzo de 1944 se aprueba el Texto Refundido del Libro II del Texto Refundido de La Ley de Contrato de Trabajo que comprende el contrato de embarco, el de aprendizaje, el de mujeres y niños y el de trabajo a domicilio: deroga las disposiciones que los regulaban hasta ahora (El texto refundido regulador del Contrato de Trabajo –Libro I de la Ley–, se publicó en el BOE del 24 de febrero. El Libro II se publicó en el BOE el 11 de abril de 1944).

7 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015). Con anterioridad a la LCT, existió la Ley de 17 de julio de 1911, cuyo marcado paternalismo se extendió hasta la LCT de 1944.

8 Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE» núm. 96, de 21 de abril de 1976).

9 Publicado en BOE núm. 313 de 30 de diciembre de 2021 y convalidado en condiciones azarosas en el Congreso de los Diputados el día 3 de febrero de 2022 según proclama la resolución publicada en el BOE de 8 de febrero de 2022. Recuérdese que la disposición final octava difirió al 30 de marzo de 2022 la entrada en vigor de la nueva regulación de las modalidades contractuales formativas.

10 Hasta el mes de marzo de 2022, el ET en su artículo 11 dedicado a los contratos formativos regulaba el contrato en prácticas y el denominado como contrato para la formación y el aprendizaje. Véase sobre la situación de los contratos formativo tras las reforma laboral de 2012 a ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Nuevos derechos de formación y el contrato para la formación y el aprendizaje», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 23–24, 2012.

11 GARCÍA, M., *Curso de derecho del trabajo*, 7ª ed. actualizada, Ariel, Barcelona, 1981, p. 285; M. ALONSO

Según la Exposición de Motivos de la norma, ello supone un cambio de modelo, estableciéndose un contrato formativo con dos modalidades, aunque para algunos autores les resulte difícil reunificar ambas modalidades contractuales mientras se mantenga esa táctica bifronte en lo formativo, esto es, siempre que se distinga entre la formación práctica y teórico-práctica¹².

II. CONTRATO DE FORMACIÓN EN ALTERNANCIA

2.1. Concepto

Desde la LRL de 1976 está presente la idea de incorporar y potenciar los conocimientos teóricos adquiridos fuera de la empresa y la compatibilidad de los mismos con la adquisición práctica de las técnicas necesarias para desempeñar un puesto de trabajo¹³. Esta idea ha pervivido desde entonces hasta la actualidad, aunque se haya dicho de muchas formas. Esa finalidad formativa siempre ha coexistido con otra destinada a favorecer el empleo, es decir, una finalidad de inserción laboral, con más o menos intensidad, según el momento¹⁴.

El ET, antes de la entrada en vigor de la Reforma Laboral de 2021, definía al «contrato para la formación y el aprendizaje» como aquél que tenía como objeto «la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo». La idea de una formación práctica alternada con otra teórica estaba también claramente presente.

La Reforma laboral de 2021 lo denomina ahora «contrato de formación en alternancia». El término «alternancia» aparece ahora en la propia denominación y se define como aquel contrato que tiene «por objeto compatibilizar la actividad laboral

OLEA, M.: *Introducción al derecho del trabajo*, 6ª ed., revisada, renovada y ampliada, Civitas, Madrid, 2002; PRADOS DE REYES, F. J., *Contrato de aprendizaje*, el, Universidad de Granada, Granada, 1979.

12 PÉREZ DEL PRADO, D.: «La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿La propuesta definitiva?» *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, ISSN-e 2660-7360, Vol. 3, N.º. Extra 0, 2022 (Número extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021), pág. 10.

13 La definición contenida en la LRL era la de aquél mediante el cual se facilitará la adquisición práctica de las técnicas adecuadas para el desempeño de un puesto de trabajo, en un régimen de necesaria compatibilidad con la asistencia a cursos en Centros oficiales, de las Empresas u otros reconocidos, al efecto de que completen su formación profesional».

14 GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J.: «Aspectos novedosos del contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas», *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213 0750, n.º 119, 2013, pág. 121.

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».

Se trata de compaginar o compatibilizar los estudios de Formación Profesional en el ámbito educativo, de la Universidad o los estudios en el ámbito del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo¹⁵, con la adquisición de una experiencia laboral acorde con ellos, pues es evidente que quién no tiene la titulación correspondiente, su actividad laboral mientras tanto será siempre la destinada a perfeccionar la formación teórica y práctica que esté recibiendo al mismo tiempo en un centro educativo. Así lo corrobora la expresión utilizada en la Exposición de Motivos de la Ley de la Reforma laboral al hablar de contratos en alternancia con los estudios.

No obstante, según la EM del RD 32/2021, la finalidad de esta modalidad contractual (también la del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada), es la de proporcionar un marco idóneo para la incorporación de las personas jóvenes al mercado laboral, es decir, una función de inserción laboral a través de su cualificación profesional, pero, sin olvidar, como veremos, la causa formativa que, a mi juicio, se potencia.

Por otro lado, durante mucho tiempo existió otra nota distintiva entre el contrato para la formación (y/o aprendizaje), y el de prácticas, cuál era la diferente titulación (cualificación), que daba acceso a uno u a otro tipo de contrato, ya que si bien el contrato en prácticas permitía contratar a jóvenes con título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes¹⁶, el contrato para la formación y el aprendizaje estaba diseñado al margen de la formación universitaria, lo que fue objeto de modificación hace relativamente poco tiempo¹⁷.

.....

15 La Formación Profesional para el Empleo y la Formación Profesional del Sistema Educativo son sistemas complementarios y que convergen en los ciudadanos, existiendo mecanismos para el reconocimiento mutuo. La Orden TMS/283/2019, de 12 de marzo, regula el Catálogo de Especialidades Formativas en el marco del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral («BOE» núm. 63, de 14 de marzo de 2019). El objeto de esta orden es regular la estructura y contenido del Catálogo de Especialidades Formativas y el procedimiento para su gestión y actualización, de manera que responda con agilidad a las demandas de formación de los sectores y ocupaciones emergentes, según lo previsto en el artículo 20.3 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral (BOE núm. 217, de 10 de septiembre), y en los artículos 3.4 y 38.3.b) del Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla la citada Ley (BOE núm. 159, de 5 de julio).

16 Sobre la flexibilización de este contrato ampliando el colectivo de trabajadores beneficiados gracias a la amplitud de las titulaciones habilitantes véase a CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Los contratos formativos en la reforma laboral de 2010», *Aranzadi Social*, nº 11, 2010; y CAMPS RUIZ, L.M.: «La reforma de los contratos formativos en la Ley 35/2010» en AAVV, *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

17 Los estudios universitarios fueron introducidos en el art. 11 del ET por la DF 36ª de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de PGE para el año 2021 (BOE de 31 de diciembre de 2020, núm. 341).

2.2. Sujeto del contrato

2.2.1. Perfil del trabajador

El perfil del trabajador susceptible de ser contratado para la formación en alternancia es muy similar al trabajador contratado en prácticas, en el sentido de que **el título base de ambos contratos abarca todos los niveles educativos, incluidos los universitarios**¹⁸, con la simple diferencia de que el primero carece del título y el segundo ya lo ha obtenido¹⁹. La Reforma Laboral ha mantenido los estudios universitarios dentro de este contrato formativo en alternancia regulado ahora en el art. 11.2 del ET, invirtiendo el orden tradicional (siempre estuvo en el apartado 3)²⁰.

La diferencia entre una y otra modalidad (formación en alternancia o en prácticas), está precisamente, ya se ha dicho, en si se han acabado o no los estudios, cualquiera que estos sean. En el contrato formativo en alternancia, los estudios no se han acabado y por tanto no se dispone de titulación; precisamente, se trata de alternar los estudios con un trabajo retribuido acorde con ellos a los efectos de obtener una experiencia teórico-práctica, que redundará en la que se está cursando. En cambio en el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional, el joven dispone de título y el contrato de trabajo solo va destinado a la obtención de una experiencia profesional después de la culminación de los estudios. Por esa razón, deberá concertarse dentro de los tres años (o de los cinco años si se concierta con una persona con discapacidad), siguientes a la terminación de los mismos.

Eso explica que la primera regla del contrato para la formación en alternancia sea la de que: «Se podrá celebrar con personas que carezcan de la cualificación profesional reconocida por las titulaciones o certificados requeridos para concertar un contrato formativo para la obtención de práctica profesional regulada en el apartado 3».

.....

18 Téngase en cuenta en relación a la educación la existencia de una distribución competencial entre Estado y CCAA, véase al respecto a REQUENA MONTES, O.: «La delimitación competencial entre Estado y comunidades autónomas en materia de formación profesional para el empleo», *Trabajo y derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, N.º. 86, 2022.

19 Recordemos también que hasta la entrada en vigor el 31 de agosto de 2011, del RD-Ley 10/2011, 26 agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo («B.O.E.» núm., de 30 agosto), el contrato para la formación estaba destinado solo a trabajadores mayores de dieciséis años y menores de veintiún años que careciesen de la titulación o del certificado de profesionalidad requerido para realizar un contrato en prácticas. Es decir que no era posible vincular un contrato para la formación con el sistema de Formación Profesional del sistema educativo, sin perjuicio claro está de las prácticas obligatorias en el mismo, pero sin mediar contrato de trabajo (reguladas en los arts. 28 y ss. del RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual). Téngase en cuenta también que la Reforma Laboral de 2012 suprimió la posibilidad de un contrato para la formación vinculados a la posibilidad de cursar estudios conducentes a la obtención de la ESO.

20 Lo que refuerza la idea de un sistema único del sistema de contratación formativa según BALLESTER PASTOR, M.A.: «La Reforma Laboral de 2021. Más allá de la crónica», Ministerio de Trabajo y Economía Social, Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, Madrid, 2022, pág. 26.

Ello no impide que, como excepción, se puedan realizar este tipo de contratos con personas que posean otra titulación, siempre que no hayan tenido otro contrato formativo previo en una formación del mismo nivel formativo y del mismo sector productivo. Por ejemplo, un trabajador compaginó sus estudios de grado universitario en Derecho con un contrato formativo suscrito por un despacho de abogados. Si empieza un máster de Abogacía, no podrá ser contratado por el mismo despacho ni por otro con un contrato formativo en alternancia. Pero si se matriculase en Psicología, sí podrá ser contratado para la formación en alternancia en un gabinete de psicólogos mientras dure el curso. No deja de ser, como se ha dicho por algunos autores, un uso intensivo de este tipo de contrato, pues el mismo trabajador puede ser contratado a través de esta modalidad en varias ocasiones²¹. Por otro lado, la mención a sectores productivos diferentes evita la necesidad de valorar si la persona trabajadora tiene los conocimientos necesarios para realizar el trabajo y concluir que no precisa de un contrato para la formación²².

2.2.2. Edad

El contrato para la formación fue inicialmente un contrato dirigido a personas muy jóvenes²³, pero en su devenir ha estado siempre presente una constante: la de ampliar la edad de las personas trabajadoras susceptibles de ser contratadas a través de esta modalidad²⁴, primando así una finalidad de inserción laboral, ya no solo de los más jóvenes, sino en general de los que no tienen cualificación profesional. En otras palabras, que en épocas de crisis, el tope de edad se eleva dando cabida a colectivos menos jóvenes y viceversa. Hasta



21 MORENO GENÉ, J.: «El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación de los jóvenes en régimen de alternancia», *Temas Laborales*, 116, 35–108. 2012.

22 Véase, por ejemplo, en relación a la posibilidad de suscribir contrato para la formación, pese a tener otra titulación, valorando solo el hecho de que tuviera o no la trabajadora los conocimientos teóricos necesarios para realizar la actividad laboral concertada, la STSJ de Andalucía, de 5 de noviembre de 1990 (AS 2460/1999), la que consideró conforme a derecho el contrato para la formación celebrado por un Licenciado en Ciencias empresariales que realiza funciones de administrativo en una Entidad Bancaria, ya que precisa de unos conocimientos teóricos que no posee. Por el contrario, la STSJ Castilla y León de 29 julio 1996 (AS 2604/1996), calificó como celebrado en fraude de ley el contrato formativo suscrito por una Diplomada en Ciencias Empresariales contratada para desempeñar funciones de auxiliar de trabajo.

23 Véase a título de ejemplo el art. 11.5 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores que establecía que: «Los mayores de dieciséis años podrán ser contratados, a efectos de formación laboral, hasta el cumplimiento de la edad de dieciocho años con reducción de jornada, de la correspondiente retribución y de la cotización a la Seguridad Social».

24 El citado RDL 10/2011 de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, el cual aumentó hasta 25 años el tope de la edad para este tipo de contratos, de manera que se modificó el tope de los veintiún años que se había mantenido vigente tras la reforma propiciada por el Real Decreto-ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (BOE núm. 118, de 17 de mayo), el que a su vez había reducido la edad desde los veinticinco a los veintiún años. Sin ir más lejos, en el año 2012, con la crisis, se llegó a ampliar la edad tope hasta los 30 años, eso sí, mientras la tasa de paro no descendiera del 15%, lo que no sucedió hasta el año 2018, quedando después de nuevo en los 25.

la Reforma laboral del año 2021, la edad tope estaba en 25 años, sin perjuicio, siempre, de la persona trabajadora con discapacidad²⁵.

El actual art. 11. 2 b) del ET dispone que: «En el supuesto de que el contrato se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo–formación, que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo, el contrato solo podrá ser concertado con personas de hasta treinta años»²⁶.

No hay, pues, una edad legal tope, tan solo un límite de 30 años para esos determinados casos. La limitación por razón de edad en relación a los certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo–formación cierra el paso a la posibilidad de que trabajadores mayores accedan a ese tipo de contratos. En el resto de títulos habilitantes, los de formación profesional en el ámbito educativo, los títulos universitarios y los certificados de profesionalidad de nivel 3, no hay límite de edad, si bien el perfil de este tipo de estudiante es, por defecto, el de una persona joven, con lo cual podemos afirmar que el actual régimen legal no supone una ampliación del ámbito subjetivo de los contratos formativos por razón de edad.

Vemos, además, cómo la introducción de esos dos tramos de edad va en la dirección contraria a la línea mantenida en los últimos años, en la que se mantuvo una unificación en cuanto a la edad máxima para la formalización de este contrato²⁷, quedando fijada en los veinticinco años para todo el mundo²⁸.

2.3. Objeto del contrato

Ya hemos visto que el objeto fundamental de este contrato es el de compatibilizar una actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos. **Hay que distinguir, sin embargo, este tipo de contratación formativa de las prácticas obligatorias curriculares**, pues todos los títulos Universitarios o de Formación Profesional del ám-

25 Véase el art. 11.4 d) del ET.

26 En todo caso, es posible ampliar la edad máxima de 30 años en estos casos si así se prevé en los programas de activación para el empleo (DA novena de la Ley de empleo 3/2015).

27 El Real Decreto–ley 10/2011 y después las reformas laborales de 2012 (con la redacción dada por el Real Decreto 1529/2012), mantuvieron una unificación en cuanto a la edad máxima para la formalización de los contratos para la formación y el aprendizaje, quedando fijada en los veinticinco años, abandonando los dos tramos de edad distintos, introducidos por el Real Decreto–ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE núm. 141, de 14 de junio), que permitía ampliar la edad, de veintiuno a veinticuatro, cuando se concertara con alumnos procedentes de Escuelas Taller y Casas de Oficios.

28 Véase sobre el tope de edad de 25 años a GÓMEZ–MILLÁN HERENCIA, M.J.: “Aspectos novedosos del contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213 0750, nº 119, 2013, pág. 124–125, con cita en las Recomendación OIT 45 sobre el desempleo de los jóvenes (1934); Recomendación OIT 117 sobre formación profesional (1962); Recomendación OIT 60 sobre el aprendizaje (1939) ; y las STJCE de 1 de abril de 2004 (C–99/2002), STJCE de 7 de marzo de 2002 (C– 310/99) y STJCE de 14 de abril de 2005 (C–110/03).

bito educativo cuentan con un periodo de prácticas curriculares que forman parte del expediente académico (y se valoran como créditos), que tiene como objetivos principales acercar al alumnado a la realidad del entorno productivo, y completar las competencias que, por razones de diversa índole, no pueden adquirirse en su totalidad en el entorno educativo. Lo mismo ocurre con la llamada Formación Dual, que no va ligada a contrato de trabajo de tipo formativo²⁹.

2.3.1. Actividad laboral. Integración en el Programa de Formación Común

La actividad desempeñada por la persona trabajadora en la empresa debe estar «directamente» relacionada con la actividad formativa que justifica su contratación laboral³⁰. La Reforma Laboral ha introducido el adverbio “directamente”, lo que viene a indicar una mayor exigencia de correlación entre los estudios y la formación práctica que se alterna y es objeto de este contrato. La redacción existente hasta el 31 de marzo de 2022 establecía simplemente que “la actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa deberá estar relacionada con las actividades formativas”. Incluso se añadía un poco más adelante que “Las actividades formativas podrán incluir formación complementaria no referida al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales para adaptarse tanto a las necesidades de los trabajadores como de las empresas”, lo que venía a permitir que la actividad profesional del trabajador en formación pudiese incluir la realización de tareas necesarias para la empresa, pero no relacionadas con la adquisición de las competencias básicas de la cualificación profesional que estuviera cursando. Por ejemplo, conforme al Catálogo de Especialidades Formativas (dividido en Familias y áreas profesionales), encontramos la familia profesional denominada edificación y obra civil y dentro de ella, la cualificación de encofrador o la de pavimentos y albañilería en urbanización³¹, que se describen en relación a las competencias que deben alcanzarse; si la cualificación profesional a obtener es la de encofrador, podía ser destinado, antes de la Reforma Laboral, a pavimentar, si la empresa tenía esa necesidad, por ser una actividad relacionada³².

.....

29 Véase los arts. 28 y ss. del RD 1529/2012, de 8 de noviembre, que regula la Formación Dual. Véase también los arts. 55 y ss., de la actual Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.

30 Véase en ese sentido el art. 11.2 c), del ET.

31 Véase a tal efecto el Real Decreto 1548/2011, de 31 de octubre, por el que se complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, mediante el establecimiento de trece cualificaciones profesionales de la Familia profesional Edificación y Obra civil, y se actualizan determinadas cualificaciones profesionales de las establecidas en el Real Decreto 1958/2009, de 18 de diciembre (BOE núm. 283, de 24 de noviembre).

32 Téngase en cuenta también, que en el ámbito del sistema nacional de empleo, existe por un lado estudios dirigidos a la obtención de un certificado de profesionalidad, pero por otro se abre una tendencia a parcelar y dividir en módulos la formación para el empleo. El objetivo es la configuración de procesos formativos interconectados y modulables que funcionan como redes y no como líneas. Este es el objetivo que pretende la Propuesta de Recomendación de la Comisión Europea de 10 de diciembre de 2021 sobre micro acreditaciones. Véase al respecto a BALLESTER PASTOR, M.A.: «La Reforma Laboral de 2021. Más allá de la crónica», Ministerio de Trabajo y

En segundo lugar y en línea con lo que se acaba de decir, **la actividad laboral en la empresa deberá coordinarse e integrarse en el «programa de formación común»** que es el elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos por las autoridades laborales o educativas de formación profesional o Universidades con empresas y entidades colaboradoras. Eso significa que la actividad laboral no es la que decida unilateralmente la empresa, sino la que se decida de común acuerdo con los respectivos centros formativos. Téngase en cuenta que la empresa ya estaba participando en el diseño y gestión del Catálogo de Especialidades formativas a los efectos de adaptar esas Especialidades al sistema productivo real de las mismas, colaborando incluso en la elaboración de los títulos de formación profesional³³. Ahora, además, contribuirá al diseño del propio programa de formación con los centros formativos. Veremos también, a continuación, como la empresa incluso deberá participar en la elaboración del plan de formación individual de cada trabajador contratado para la formación en alternancia.

En cuanto al resto, **se mantienen las prohibiciones: i) no se podrá establecer periodo de prueba³⁴; ii) no se podrán hacer horas extras** –salvo de fuerza mayor– ni complementarias³⁵; iii) **ni trabajo nocturno ni a turnos**, aunque con una excepción de tipo organizativo, cuando las actividades formativas para la adquisición de los aprendizajes previstos en el plan formativo no puedan desarrollarse en otros periodos, debido a la naturaleza de la actividad³⁶, lo que debe ser valorado positivamente, dado que algunas profesiones se realizan precisamente en turnos de trabajo nocturno.

2.3.2. Formación. Plan formativo individual en la empresa

Conforme al nuevo art. 11.2. f) del ET, «son parte sustancial de este contrato tanto la formación teórica dispensada por el centro o entidad de formación o la propia empresa, cuando así se establezca, como la correspondiente formación práctica dispensada por la empresa y el centro. Reglamentariamente se desarrollarán el sistema de impartición y las características de la formación, así como los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa».



Economía Social, Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, Madrid, 2022, pág. 33.

33 El RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, estableció la exigencia de que los títulos formativos se relacionen con la oferta académica vigente.

34 Véase el art. 11.2. l), del ET. Por su parte, el art.10.1 del RD 1529/2012 de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual establece que: «Respecto al periodo de prueba en los contratos para la formación y el aprendizaje, se estará a lo dispuesto con carácter general en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores» y, en el apartado 2, que: «Si al término del contrato la persona trabajadora continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración del contrato para la formación y el aprendizaje a efectos de antigüedad en la empresa».

35 Véase el art. 11.2. k), del ET.

36 Véase el art. 11.2 k) 2º párrafo, del ET.

El primer aspecto que resaltar es que **la formación teórica también puede ser dispensada por la empresa**; aspecto este que no es novedoso, con la condición de que la empresa contase con instalaciones y personal para prestar dicha formación³⁷. Esta posibilidad fue introducida por el Real Decreto–ley 3/2012, en la redacción confirmada por la Ley 3/2012, la cual facilitó la celebración de los antiguos contratos para la formación y el aprendizaje³⁸. Lo más usual será, sin embargo, que la formación teórica se imparta en los centros formativos correspondientes, lo que garantiza un mayor control de calidad sobre la formación teórica³⁹.

El segundo aspecto es que también puede existir formación práctica fuera de la empresa, en los centros de formación, pues ya hemos dicho, que en la práctica totalidad de los títulos de Formación Profesional del ámbito educativo existen prácticas obligatorias en las empresas.

El tercer elemento relevante es la necesidad de coordinar todos esos aspectos a través de un plan individual por cada trabajador, el que conforme a la letra e) del nuevo art. 11.2 del ET, deberá ser elaborado por 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), con la participación de la empresa. En ese plan formativo individual, se debe especificar el contenido de la formación, el calendario y las actividades y los requisitos de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos. El incumplimiento de estas obligaciones es sancionable, cuanto menos, en vía administrativa⁴⁰.



37 Lo que es extensivo a las Empresas de Trabajo Temporal, pues conforme al art. 6.2. de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal: «Asimismo, podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de trabajo en prácticas o un contrato para la formación y el aprendizaje conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores», de modo que, de acuerdo con la disposición final tercera y cuarta del Real Decreto–ley 4/2013, se admite que la empresa de trabajo temporal imparta la formación teórica en sus instalaciones.

38 SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del RDL 2/2012, de 10 de febrero)*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 187.

39 Véase en ese sentido cómo el art. 18.4 del Real Decreto 1529/2012 exigió determinados requisitos a las empresas para impartir dicha formación teórica. Al respecto véase también a ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Nuevos derechos de formación y el contrato para la formación y el aprendizaje”, págs. 78–79.; y a MORENO GENÉ, J.: “El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia”, *Temas Laborales*, 116, 35–108. 2012, pág. 35.

40 La Jurisprudencia, así la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007, RCUD 401/2006, distinguió dos tipos de incumplimientos de la obligación de formación teórica: el consistente en exigir al aprendiz que trabaje durante el tiempo de teoría y aquel otro que se limita a excluir la preceptiva formación [no asignación de centro; formación inadecuada al trabajo efectivo que se presta...]; en el primer caso realmente no se incumple una obligación, sino el propio contrato de Aprendizaje, que no existe más que en apariencia, porque su real contenido se encuentra extramuros de la definición que del mismo proporciona el art. 11.2 ET, de manera que el trabajador mantiene un vínculo laboral de naturaleza ordinaria y tiene derecho a la retribución en los mismos términos que un trabajador común; en tanto que en el segundo supuesto es sostenible que existe un verdadero contrato formativo, siquiera con omisión del tiempo que legalmente ha de invertirse en preparación teórica, de manera que han de seguirse necesariamente –en la versión de la Ley 10/1994– las consecuencias patrimoniales [indemnización] y administrativas [sanción prevista en la LISOS] fijadas por el legislador, y eventualmente las atribuibles a una posible contratación fraudulenta.

En resumen, las obligaciones empresariales operan en un doble plano: uno más general a través de su participación en los planes de formación común que se entienden vendrán referidos a un conjunto de trabajadores vinculados por el mismo título de Formación Profesional (sea en el ámbito educativo o para el empleo), o universitario; y dos, otro más particular, el plan individual referido a cada concreto trabajador que tratara de especificar elementos tales como calendario, tutores y actividades concretas a realizar.

Para controlar el cumplimiento de dichas obligaciones, la norma establece que **la empresa deberá informar a los representantes de las personas trabajadoras de los acuerdos de cooperación educativa o formativa que contemplen la contratación formativa, incluyendo la información relativa a los planes o programas formativos individuales**, así como a los requisitos y las condiciones en las que se desarrollará la actividad de tutorización⁴¹.

Asimismo, en el supuesto de diversos contratos vinculados a un único ciclo, certificado o itinerario en los términos referidos en el apartado 2.h), la empresa deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras toda la información de la que disponga al respecto de dichas contrataciones.

Para fiscalizar el cumplimiento del plan formativo individual en la empresa, se designan dos tutores. Uno, en el ámbito educativo, y otro en el ámbito empresarial, es decir, que existirá un tutor a cada lado del proceso formativo⁴². La figura está extraída de la enseñanza académica y en este marco han de entenderse sus funciones. El tutor nombrado por la empresa vigilará que la actividad profesional es acorde con la actividad formativa en cuestión, de modo que siguiendo el ejemplo antes mencionado, un trabajador en vías de cualificación profesional de encofrador no podrá ser destinado a pavimentar, aunque exista una necesidad empresarial, pues esta actividad no está directamente relacionada con su actividad formativa. En segundo lugar, el tutor nombrado por la empresa deberá vigilar el cumplimiento del plan individual, es decir, del calendario, por ejemplo, o la propia duración del contrato, ya que la misma es precisamente la prevista en el correspondiente plan o programa formativo⁴³. También podrá fiscalizar la prórroga del contrato en caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal establecida

.....

41 Véase el art. 11.5 del ET.

42 También el art. 20 del RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje se establecían dos tutores. Por un lado, en el apartado 2: “la persona que ejerza la tutoría en la empresa será responsable del seguimiento del acuerdo para la actividad formativa anexo al contrato, de la coordinación de la actividad laboral con la actividad formativa, y de la comunicación con el centro de formación; además, deberá elaborar, al finalizar la actividad laboral de la persona trabajadora, un informe sobre el desempeño del puesto de trabajo”. Y en el apartado 3 que: “El centro formativo designará una persona, profesora o formadora, como tutora responsable de la programación y seguimiento de la formación, así como de la coordinación de la evaluación con los Profesores y/o tutores que intervienen. Asimismo, esta persona será la interlocutora con la empresa para el desarrollo de la actividad formativa y laboral establecida en el contrato”.

43 Véase el art. 11.2. g), del ET.

y no se hubiera obtenido el título, certificado, acreditación o diploma asociado al contrato formativo. El tutor de la empresa, además, llevará a cabo funciones de coordinación con el centro o entidad de formación responsable de la formación teórica, del mismo modo que el tutor designado por el centro educativo debe, a su vez, garantizar la coordinación con la persona tutora en la empresa⁴⁴.

El tutor designado por la empresa, dice la norma, deberá contar con la formación o experiencia «adecuadas». Nada indica, sin embargo, la norma sobre si el tutor debe realizar funciones de enseñanza⁴⁵.

En cuanto al número trabajadores máximo por tutor, nada indica el art. 11.2. del ET, si bien en el apartado 4, letra i) del mismo precepto se establece que «Reglamentariamente se establecerán, previa consulta con las administraciones competentes en la formación objeto de realización mediante contratos formativos,... las personas en formación por tutor o tutora...».

Tampoco nada se indica sobre las modalidades de impartición de la formación que, como sabemos, la norma reglamentaria vigente hasta la fecha permitía que fuera en las modalidades presencial, teleformación o mixta, y en el ámbito educativo, en régimen presencial o a distancia, de acuerdo, en cada caso, con lo dispuesto en la normativa reguladora de la formación profesional de los certificados de profesionalidad o del sistema educativo⁴⁶.

Es importante tener en cuenta que la empresa debe poner en conocimiento de la RLT «los requisitos y las condiciones en las que se desarrollará la actividad de tutorización» (párrafo 1º del art. 11.5 ET).

Por último, **deben formar parte del contrato de trabajo para la formación en alternancia los elementos los elementos más significativos** tales como los tutores, el título o certificado objeto del contrato, la duración, el contenido del programa de formación, el calendario, jornada, horario⁴⁷, según se desprende del actual art. 11.4 c) del ET⁴⁸.

.....

44 Véase el art. 11.2 d), *in fine*, del ET.

45 Véase la STSJ de Andalucía de 1 de octubre de 2020 (Recurso 1232/2019), dónde se concluye que el tutor designado por la empresa no tiene que realizar funciones de enseñanza sino únicamente debe velar por la acomodación de la práctica al programa formativo que tiene que seguir la trabajadora. Por lo que se refiere a los casos en los que el tutor no realiza ningún tipo de control y por ello se estima la existencia de fraude en la contratación y su indefinición, véase la STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2021 (Recurso 111/2021).

46 Véase el art. 17 del RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje.

47 Sobre el incumplimiento de dicha obligación, véase la STSJ de Madrid de 2 de junio de 2017 (Recurso 307/2017).

48 Según este precepto, «El contrato, que deberá formalizarse por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 8, incluirá obligatoriamente el 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), en el que se especifiquen el contenido de las prácticas o la formación y las actividades de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos. Igualmente, incorporará el texto de los acuerdos y convenios a los que se refiere el apartado 2.e)».

2.4. Limitaciones a la contratación

El nuevo artículo 11.2 ET establece algunas limitaciones para la formalización de este contrato. En concreto, que **este contrato sólo puede formalizarse «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»⁴⁹**. Grado es a universidad lo mismo que ciclo a la Formación Profesional.

Lo anterior no impide que pueda formalizarse este contrato «con varias empresas en base al mismo ciclo, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades del Catálogo citado, siempre que dichos contratos respondan a distintas actividades vinculadas al ciclo, al plan o al programa formativo y sin que la duración máxima de todos los contratos pueda exceder el límite previsto en el apartado anterior» (esto es, dos años – *ex art. 11.2.g ET*)⁵⁰. En estos supuestos, la empresa deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras toda la información de la que disponga al respecto de dichas contrataciones (párrafo 2º del art. 11.5 ET). La excepción solo se aplica a los estudios de Formación Profesional o certificados de profesionalidad (no a los estudios universitarios), teniendo en cuenta que en los estudios de Formación Profesional es habitual que se agrupen varias actividades, como podría ser el caso del ciclo de Electricidad y Electrónica; o el de Comercio y Marketing; Peluquería y estética, lo que permitirá un contrato de formación para cada una de dichas actividades dentro del mismo ciclo.

En paralelo, **se impide la sucesión de contratos formativos**, bajo la fórmula de que: «No se podrán celebrar contratos formativos en alternancia 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». Vemos cómo se ha ampliado la limitación establecida antes de la Reforma Laboral, ya que antes la norma impedía contratar para la formación si se había desempeñado el mismo puesto o actividad durante doce meses. Ahora con seis meses es suficiente para impedir volver a utilizar esta modalidad. La limitación es obvia si consideramos que no es conveniente permanecer mucho tiempo en este tipo de contratos que está por debajo de los estándares básicos, más allá de la temporalidad⁵¹, al tiempo que trata de evitar actuaciones fraudulentas por parte de la empresa a la hora de utilizar esta modalidad contractual.

49 Véase el art. 11.2.h, párrafo 1º del ET.

50 Véase el párrafo 2º art. 11.2.h ET.

51 ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El contrato para la formación y el aprendizaje. perspectiva crítica tras las últimas reformas”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, ISSN-e 2339-5753, Vol. 6, 2019, pág. 29.

Para complementar esta regla, se prevé la posibilidad de que las empresas soliciten «por escrito al servicio público de empleo competente, información relativa a si las personas a las que pretenden contratar han estado previamente contratadas bajo dicha modalidad y la duración de estas contrataciones. Dicha información deberá ser trasladada a la representación legal de las personas trabajadoras y tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración máxima de este contrato»⁵².

En todo caso, en virtud del art. 11.4.e) ET se emplaza al convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, que determinen (si así lo estiman) los «puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo».

Por último, la norma establece una limitación novedosa dada la realidad de los ERTES de los actuales tiempos de pandemia, para decir que **las empresas que estén aplicando algunas de las medidas de flexibilidad interna reguladas en los artículos 47 y 47 bis del ET 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**⁵³.

En otro orden de cosas, debe decirse que nada indica el ET, tras la Reforma Laboral, sobre el número máximo de contratos a formalizar por centro de trabajo, por ejemplo, en proporción a la plantilla de la empresa que era el criterio existente hasta la reforma laboral del año 2012 y que sin embargo suprimió el RD 1529/2012⁵⁴.

2.5. Duración

La duración del contrato para la formación en alternancia será de un mínimo de 3 meses y de un máximo de 2 años. La Reforma Laboral ha reducido la duración mínima y máxima, ya que de 1 año de duración mínima se ha pasado a 3 meses, y de tres años de duración máxima se ha reducido a 2 años. La duración máxima actual de 2 años coincide con la existente en el ET antes de la reforma laboral de 2012 que, recordemos, fue la que amplió la duración máxima a 3 años, lo que implicaba una duración inexplicable para esta modalidad contractual, ya que es impensable que la necesidad y finalidad formativa permanezca durante un período tan dilatado de tiempo.

.....

52 Véase el art. 11.7 del ET.

53 Véase el art. 11.4.f ET.

54 En todo caso, ahora sí se dice que «reglamentariamente se establecerán, previa consulta con las administraciones competentes en la formación objeto de realización mediante contratos formativos, el número de contratos por tamaño de centro de trabajo, las personas en formación por tutor o tutora, o las exigencias en relación con la estabilidad de la plantilla». En cuanto al cumplimiento de la igualdad por razón de género se remite a lo que se determine por la negociación colectiva, al establecer que «En la negociación colectiva se fijarán criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos».

Existen en la actualidad, sin embargo, **tres posibilidades de flexibilización**: a) se puede agotar la duración máxima al amparo de un solo contrato de forma no continuada, a lo largo de diversos períodos anuales, coincidentes con los estudios, por ejemplo: se suscribe un contrato para la formación en alternancia de 1 año y en virtud del propio devenir del proceso formativo se pueden consumir 6 meses en el año 2022 y 6 meses en el año 2023, hasta el total de la prestación de servicios pactada de 1 año, es decir, se realizará de forma alterna. El trabajador será dado de baja en el período intermedio; b) la posibilidad de formalizar diversos contratos formativos con la misma empresa en base al mismo ciclo o certificado de profesionalidad por tratarse de actividades distintas; y c) la posibilidad de prórroga, caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal y no se hubiera obtenido el título o la certificación. Se excluyen, sin embargo, otros supuestos de prórroga.

La norma no ha flexibilizado la duración, como venía siendo habitual, a través de la negociación colectiva, pues con el sistema anterior, se podían establecer distintas duraciones de este contrato mediante convenio colectivo, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, aunque dentro de los límites mínimo y máximo del ET.

Por último, **se mantiene en la nueva regulación una norma común a las dos modalidades de contrato formativo conforme a la cuál, las situaciones de incapacidad temporal, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y violencia de género interrumpirán el cómputo de la duración del contrato**⁵⁵.

2.6. Jornada

Cabe mencionar en este apartado, **la posibilidad de suscribir un contrato para la formación en alternancia a tiempo parcial**, lo que antes no se preveía y resultaba coherente para una modalidad dirigida a potenciar la formación del trabajador⁵⁶. Para ello el art. 1.2 del RD Ley 32/2021 modifica el 12.2 ET para decir que: «El contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación»⁵⁷.

Cosa distinta es el tiempo dedicado al trabajo efectivo, ya que éste deberá ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas en el centro de formación, de

.....

55 Véase el art. 11.4 b), del ET.

56 GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA, M.J.: “Aspectos novedosos del contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, ISSN 0213 0750, nº 119, 2013, pág. 147.

57 La redacción anterior decía: «El contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación, excepto en el contrato para la formación y el aprendizaje».

modo que el tiempo de trabajo efectivo no podrá ser superior al 65 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento, durante el segundo, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación en la empresa, o, en su defecto, de la jornada máxima legal. De modo que si el contrato es a tiempo parcial, deberá aplicarse estos límites de forma proporcional a la jornada pactada por debajo de la máxima legal.

2.7. Retribución

Recordemos, con carácter previo, que en materia salarial y desde la Reforma Laboral de 2012, se introdujo en esta modalidad contractual un elemento que la doctrina consideró de difícil justificación al garantizarse el salario mínimo interprofesional, pero únicamente en proporción a la jornada de trabajo efectivamente realizada, lo que abrió la puerta a que se pudiera mantener una retribución inferior al salario mínimo interprofesional a lo largo de toda la vigencia del contrato⁵⁸, dado que el tiempo dedicado a la formación se descuenta de la jornada efectiva de trabajo. La situación, sin embargo, podía ser corregida por aplicación del salario del Convenio Colectivo, que podía prever una retribución más elevada.

Tras la Reforma Laboral del RDL 32/2021, podemos apreciar cierta corrección, pues la norma, tras establecer que la retribución será la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación, añade como novedad que en defecto de previsión convencional, la retribución no podrá ser inferior al sesenta por ciento el primer año ni al setenta y cinco por ciento el segundo, respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, aunque «en proporción al tiempo de trabajo efectivo».

En todo caso, de nuevo, el precepto acaba indicando: «En ningún caso la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo». De modo que si el salario mínimo está en 1.000 euros al mes y la jornada de trabajo efectivo es el 65%, no se podrá percibir nunca menos de 650 euros.

De este modo el salario tiene tres modos de fijarse:

1) la primera, la propia previsión convencional en relación a la retribución del contrato para la formación en alternancia;

2) en su defecto y en segundo lugar, la aplicación del mismo salario del Convenio Colectivo para el resto de trabajadores sujetos a su ámbito de aplicación (conforme al grupo y nivel que corresponda), pero en proporción al tiempo de trabajo efectivo y con el límite mínimo del 60% o el 75%, de esa cantidad. ¿Cómo se aplica? Primero, hay que determinar

.....

58 ESTEBAN LEGARRETA, R.: “El contrato para la formación y el aprendizaje. perspectiva crítica tras las últimas reformas”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, ISSN-e 2339-5753, Vol. 6, 2019, pág. 31.

cuál es el salario convencional subsumiendo las funciones realizadas por el trabajador contratado para la formación en el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente. Imaginemos que ese salario según convenio sean 2.000 euros. A ese salario habrá que aplicarle el límite del 60% o el 75% en función de si estamos en el primer o segundo año de contrato, lo que supone que el salario no podrá ser inferior a 1.200 euros o 1.500 euros, respectivamente, pero en función del porcentaje de la jornada de trabajo efectivamente realizada, por ejemplo, si es un 65% como máximo el primer año, supone un salario de 780 euros, límite mínimo por debajo del cuál, en el primer año, no se le puede retribuir, salvo que realice un porcentaje inferior de jornada.

3) en tercer lugar, si no hay convenio colectivo de aplicación, el salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo, es decir, por una jornada de trabajo efectivo del 65%, el salario sería 650 euros ((1.000 euros (SMI) x 65:100 = 650 euros)).

III. CONTRATO FORMATIVO PARA LA OBTENCIÓN DE PRÁCTICA PROFESIONAL

3.1. Concepto

Como su propio nombre indica, se formaliza para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios obtenidos por la persona trabajadora, ofreciendo pues una experiencia en el mercado laboral⁵⁹. **La existencia de un título es una exigencia de esta modalidad contractual.** De forma general, podemos decir que es un primer contrato que una persona recién titulada o certificada puede tener con una empresa y que facilita a los recién titulados o certificados su capacitación en el ejercicio profesional⁶⁰.

3.2. Sujeto

Aunque no existe en la actualidad un tope de edad, se trata de un contrato dirigido fundamentalmente a jóvenes recién titulados o certificados, pues son los que mayoritariamente

.....

59 La STS de 29 de diciembre de 2000 (RJ 1991, 1889) señaló que «el contrato de trabajo en prácticas, regulado en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores bajo la rúbrica de los contratos formativos, tiene como finalidad facilitar el ejercicio profesional, para que los conocimientos adquiridos por el trabajador en la obtención del título adquieran una perfección propia con tal ejercicio, pues no se trata únicamente de adquirir experiencia en un trabajo determinado, sino también de que esta experiencia actúe sobre los estudios cursados».

60 MONTOYA MELGAR, A.: «El contrato de trabajo en prácticas», *Anuario Jurídico de La Rioja*, N° 4, 1998, p. 269.

estudian. El límite temporal vinculado a la titulación viene a sustituir al límite de la edad, consiguiéndose con su aplicación prácticamente los mismos efectos: que el contrato en prácticas tenga como destinatarios a los jóvenes⁶¹.

En cuanto al título: el contrato en prácticas está dirigido, en síntesis, a aquellos trabajadores que estén en posesión de un título universitario, uno de formación profesional de grado medio o superior, un título oficialmente reconocido como equivalente o un certificado de profesionalidad que habilite para el ejercicio profesional.

En cuanto al tiempo: la empresa tiene que formalizar este contrato dentro de los 3 años siguientes a la finalización de los estudios –5 años para las personas con discapacidad–. Antes de la Reforma Laboral del RDL 32/2021, esos límites se establecían en 5 y 7 años, respectivamente. La reducción resultaría explicada por la propia finalidad del contrato, pues difícilmente podrá obtenerse una práctica adecuada a los estudios si ha pasado tanto tiempo desde la finalización de los mismos⁶², pues como ha venido señalando la Jurisprudencia, se trata también de que la experiencia actúe sobre los estudios cursados⁶³.

En buena lógica, **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**, pues en ese caso decae el objeto del contrato ya que, en parte, ya se habrá obtenido dicha experiencia o práctica profesional⁶⁴.

En todo caso, no se computan a estos efectos los periodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido para la obtención de la titulación o certificado que habilita esta contratación, esto es, las llamadas prácticas obligatorias con que cuentan la mayoría de los ciclos de Formación Profesional (por ejemplo, la Dual, donde las prácticas no se realizan al amparo de un contrato de trabajo); lo mismo ocurre en los estudios universitarios, donde existen prácticas curriculares en empresas.

3.3. Objeto

El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato⁶⁵. Para ello, la norma específica que

.....

61 DE NIEVES NIETO, N.: «La inserción de jóvenes titulados a través del contrato en prácticas», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254-3295, N.º. 113, 2014, págs. 107.

62 Las SSTs de 10 de julio de 1992 (RJ 1992, 5603) y de 12 de marzo de 1993 (RJ 1993, 1853) que afirman que, dado que el objetivo del contrato consiste –además de en adquirir experiencia laboral– en que este refluya en los estudios realizados, no podrá cumplirse dicho objetivo, si no se exige una cierta intermediación entre el momento de la obtención del título y el comienzo de las prácticas.

63 Véase la STSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2021 (Recurso 484/2021), con cita de las SSTs de 26 de marzo de 1990 (RJ 1990/2343) y 14 de mayo de 1992 (RJ 1992/3557).

64 Véase en ese sentido el art. 11.3 b), del ET.

65 Véase el art. 11.3 f), del ET.

la empresa elaborará el plan formativo individual en el que se especifique el contenido de la práctica profesional, y asignará tutor o tutora que cuente con la formación o experiencia adecuadas para el seguimiento del plan y el correcto cumplimiento del objeto del contrato⁶⁶.

A diferencia del contrato para la formación en alternancia, no existe un centro de formación del que dependa el trabajador contratado en prácticas, pues los estudios han finalizado y la empresa es la única responsable de que el contrato cumpla la finalidad formativa que le es propia. Es por ello por lo que será la empresa la única obligada a elaborar un plan de formación individualizado por cada trabajador contratado en prácticas y a **nombrar un tutor o tutora para el seguimiento del plan** y el correcto cumplimiento del objeto del contrato. El tutor o tutora deberá tener la formación o experiencia adecuada, lo que determina como mínimo la misma o superior titulación que el trabajador en prácticas.

La figura del tutor en esta modalidad contractual es novedosa. En el art. 4 del Decreto 488/1998, 27 de marzo (por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de Contratos Formativos), todavía vigente, solo se exige la expedición de un certificado de la realización de las prácticas, el cual sigue siendo exigible, sin perjuicio de la mejora que supone la existencia de ese plan individualizado y la figura del tutor precisamente para certificar el contenido de la práctica obtenida⁶⁷, lo que evidencia la intención de potenciar la causa formativa.

La norma muestra también especial sensibilidad para que las prácticas incluya aspectos de las nuevas tecnologías. Es por ello por lo que establece que reglamentariamente se desarrollará el alcance de la formación correspondiente al contrato de formación para la obtención de prácticas profesionales, particularmente, en el caso de acciones formativas específicas dirigidas a la digitalización, la innovación o la sostenibilidad, incluyendo la posibilidad de micro acreditaciones de los sistemas de formación profesional o universitaria⁶⁸.

Especial importancia presenta en este contrato la realización de tareas o funciones propias de la titulación o certificación habilitante⁶⁹, pues en caso contrario, de apreciarse cierta desconexión entre las funciones realizadas y la titulación o certificación habilitante, el contrato devendría fraudulento y se convertiría en indefinido⁷⁰. En todo caso la correspondencia no debe ser absoluta⁷¹. También hay fraude si durante la mayor parte del

.....

66 Véase el art. 11.3 f), del ET.

67 Véase el art. 11.3), del ET.

68 Véase el art. 11.3 j), del ET

69 Véase al respecto la doctrina apuntada por DE VICENTE PACHÉS, F. «El contrato de trabajo en prácticas» en Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico (Dir. J.L. MONEREO PÉREZ), Granada, 2010, p. 326.

70 Véase la STSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2021 (Recurso 484/2021); véase también la STJS de Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2021 (Recurso 1501/2021).

71 Véase la STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2021 (Recurso: 619/2021), con cita en la STS de 16 de febrero de 2009 (Recurso: 864/2008).

tiempo del contrato se realizan funciones distintas de aquellas que constituyen el objeto del contrato⁷². Del mismo modo, si el trabajador ya ha adquirido la experiencia o práctica porque estuvo contratado por la misma empresa para la realización de funciones similares, aunque fuera con otra modalidad contractual⁷³, a salvo de que la previa contratación hubiese sido tan breve que es posible apreciar la subsistencia de la causa formativa⁷⁴.

Se podrá establecer un periodo de prueba que en ningún caso podrá exceder de un mes, salvo lo dispuesto en convenio colectivo⁷⁵.

3.4. Duración

La duración máxima de esta modalidad contractual es inferior a la del contrato para la formación en alternancia, pues **el contrato en prácticas no podrá exceder de un año**⁷⁶. En cuanto a **la duración mínima es de seis meses** (recordemos que en el contrato para la formación en alternancia la duración mínima era de tres meses). La diferencia resulta explicada, a mi entender, por cuanto no es lo mismo la formación práctica recibida en la empresa mientras se está estudiando que la recibida cuando ya se dispone de una titulación, en cuyo caso la adquisición de una experiencia profesional requiere como mínimo de esos seis meses. Dentro de estos límites, los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o autonómico, o en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar su duración, atendiendo a las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar. De este modo, los convenios colectivos no pueden ampliar el límite máximo ni reducir el mínimo⁷⁷.

.....

72 Véase al respecto la STS de 16 de febrero de 2009 (Recurso 864/2008), donde la realización de funciones distintas en un período de dos meses dentro de los 24 meses de duración del contrato no justifica la existencia de una contratación fraudulenta.

73 Véase la STSJ de Andalucía de 7 de octubre de 2021 (Recurso: 1151/2021). Otros ejemplos en A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.: «Los contratos formativos» en *Contratación Laboral y tipos de contratos: criterios jurisprudenciales* (Coord. J.M. GOERLICH PESET), Valladolid, 2010, p. 282 y ss.

74 DE NIEVES NIETO, N.: «La inserción de jóvenes titulados a través del contrato en prácticas», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254-3295, N.º. 113, 2014, págs. 109.

75 Véase el art. 11.3 e), del ET.

76 Antes de la Reforma Laboral del RDL 32/2021, la duración máxima era de dos años. Duración criticada, entre otros, por VALDÉS DALRÉ, F.: «El contrato en prácticas», *RRL*, 1994, T-I, p. 268 y ss., o CASAS BAAMONDE, M.E.: «Los contratos de trabajo para la formación y en prácticas» en *AAVV, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992, p. 185. En cambio, lo consideran razonable, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 75.

77 Con el sistema vigente antes de la Reforma, los convenios estatales o sectorial podían dentro de los límites del ET establecer la duración de los contratos en prácticas, pero en ningún caso a los convenios de empresa se les reconoce tal facultad³³. La STS de 12 de noviembre de 2013 (RJ 2014, 1215) se pronunció en este sentido, con relación a una disposición convencional en el convenio colectivo que consideró que el precepto impugnado, refiriéndose a las prórrogas de los contratos en prácticas por periodos de hasta seis meses, era contrario al precepto referido del ET porque, en el mismo, solo se autoriza a los convenios sectoriales de ámbito estatal o sectorial de ámbito inferior para determinar la duración de estos contratos y, en el presente caso, el convenio colectivo cuestionado no tenía el carácter de convenio de sector sino de empresa. En consecuencia, se concluyó que el convenio

Para evitar el fraude en la utilización de esta modalidad contractual se establecen dos tipos de límites:

- a) Conforme al art. 11.3 d) del ET: **«Ninguna persona podrá ser contratada en la misma o distinta empresa por tiempo superior a los máximos previstos en el apartado anterior en virtud de la misma titulación o certificado profesional».**

De este modo, el anterior límite garantiza que solo puede haber un contrato en prácticas por título o certificado profesional; ahora bien, como la duración máxima es de un año, ese tiempo máximo puede ser objeto de varios contratos con la misma o distintas empresas. Lo que prohíbe la norma es estar contratado más de un año en prácticas por razón del mismo título o certificado, aunque lo sea en empresas diferentes.

Por otro lado, la norma aclara que a estos efectos y en una clara intención de flexibilizar la limitación anterior, que **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 de ese otro título superior. De este modo, un recién graduado universitario puede ser contratado en prácticas durante un año. Y podrá ser contratado de nuevo en prácticas cuando obtenga el máster y lo mismo cuando obtenga el doctorado. Lo que prohíbe la norma es que pueda ser contratado en prácticas dos veces, una por el título de graduado y a continuación por el título de máster, si ambos títulos los poseía ya al momento del primer contrato en prácticas.

- b) La norma legal también establece que: **«Tampoco se podrá estar contratado en formación en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a los máximos previstos en el apartado anterior, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado»⁷⁸.** Aquí la limitación se halla en el puesto de trabajo ocupado. Una persona no puede ocupar el mismo puesto de trabajo durante un tiempo superior al año (duración máxima de esta modalidad), en virtud de un contrato en prácticas, sin que pueda servir el hecho de que existan titulaciones diferentes. Si ya ha sido contratada en prácticas por una empresa, no podrá volver a serlo por la misma empresa, para el mismo puesto, aunque sea en base a una titulación distinta. Podrá serlo, entiendo, para puesto distinto. Siguiendo con el ejemplo antes mencionado, podrá ser contratado en prácticas un recién

.....
colectivo del grupo Champion no podía incluir una cláusula que disminuyera o restringiera la previsión del ET y del RD 488/1988 de 27 de marzo.

78 Véase el art. 11.3 d), del ET.

graduado en Derecho para un puesto y de nuevo por la misma empresa, tras la realización de un máster, pero para la obtención de la práctica profesional en un puesto distinto.

3.5. Retribución

En cuanto a la retribución, de igual modo que en el contrato para la formación en alternancia, **la norma legal establece que la retribución será la recogida en el convenio de aplicación**, es decir, que el convenio colectivo puede establecer cuál es la retribución de este tipo de contratos; en su defecto, hay que acudir a la retribución del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, al 100%. Esta regla se completa estableciéndose que **en ningún caso esta retribución podrá ser inferior a la retribución mínima establecida para el contrato formativo en alternancia** que, recordemos, era el 60% en el primer año o el 75% para el segundo año, en relación a ese salario del convenio. Por último, **si no existe convenio colectivo de aplicación, la norma impide que el salario sea inferior al SMI en proporción al tiempo efectivo de trabajo**, teniendo en cuenta que en este contrato no hay distinción entre el tiempo dedicado a la actividad laboral o a la formación, de modo que tan solo en los casos de que el contrato sea a tiempo parcial el salario se reducirá en proporción a la jornada pactada en el mismo⁷⁹.

En otro orden de cosas, y a diferencia del contrato para la formación nada se dice en cuanto a la prohibición de realizar horas complementarias, por lo que habrá de entenderse que sí es posible su realización.

IV. CONCLUSIONES

La Reforma Laboral aprobada por RDL 32/2021 ha diseñado **un nuevo modelo de contrato formativo con dos modalidades contractuales**, el contrato para la formación en alternancia y el contrato para la obtención de la práctica profesional.

En relación al contrato para la formación en alternancia, **la reforma ha seguido la dirección mostrada por las últimas reformas legales que trataron de reforzar los elementos formativos**, frente al objetivo de inserción laboral de los jóvenes tan presente en otros

79 Véase el art. 11.3 i), del ET.

momentos de su historia, estableciendo dentro de las **obligaciones empresariales** las de participar en el plan de formación común con los centros educativos o de formación, así como la de elaborar **un plan de formación individual** para cada trabajador contratado, incluido un seguimiento y **coordinación a cargo de dos tutores**, uno por la empresa otro por el centro de formación o educativo, nuevos controles y garantías para favorecer el cumplimiento de los objetivos marcados, como es la exigencia de **la actividad laboral esté directamente relacionada con los estudios** o la imposibilidad de que la negociación colectiva pueda fijar la duración de estos contratos. Lo mismo en relación a las **posibilidades de flexibilizar su duración**, pues todas ellas están vinculadas a la finalidad de obtener el título o el certificado, impidiendo que simplemente sean las necesidades empresariales las que justifiquen prorrogar dicha modalidad contractual.

Por lo que se refiere al **contrato en prácticas** se mantiene como contrato tipo para adquirir una experiencia laboral nada más acabar los estudios. **No hay tampoco límite de edad**. Se **ve reforzada su finalidad formativa** al reducirse el tiempo dentro del cual puede ser concertado. Con la misma finalidad **se reduce la duración del contrato** (aquí sí se habilita la posibilidad de que la negociación colectiva pueda fijar la duración de este tipo de contrato), así como se implanta también el **plan de formación individual** de la persona trabajadora y el nombramiento de un tutor nombrado por la empresa para su seguimiento. Las limitaciones anti fraude, esto es, que solo pueda haber un contrato en prácticas por título o certificado profesional, se flexibiliza de dos modos: permitiendo que ese tiempo máximo puede ser objeto de varios contratos con la misma o distintas empresas y, por otro, aclarando cuando estamos ante el mismo título o certificado.

Por último y como novedades a destacar en relación a ambas modalidades de contrato están las de admitir **el uso del contrato a tiempo parcial**, así como la **garantía de un salario superior al salario mínimo colectivo en ciertos casos**, sin olvidar la **amplia acción protectora de la Seguridad Social** de las personas que suscriban un contrato formativo, la que comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo y la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, 8ª edición, Madrid, 1983.

ALONSO OLEA, M.: *Introducción al derecho del trabajo*, 6a ed., revisada, renovada y ampliada, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

- BALLESTER PASTOR, M.A.: «*La Reforma Laboral de 2021. Más allá de la crónica*». Ministerio de Trabajo y Economía Social, Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, Madrid, 2022.
- CAMPS RUIZ, L.M.: «La reforma de los contratos formativos en la Ley 35/2010» en AAVV, *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CASAS BAAMONDE, M.E.: «Los contratos de trabajo para la formación y en prácticas» en AAVV, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1992.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Los contratos formativos en la reforma laboral de 2010», *Aranzadi Social*, nº 11, 2010.
- DE NIEVES NIETO, N.: «La inserción de jóvenes titulados a través del contrato en prácticas», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254–3295, Nº. 113, 2014.
- DE VICENTE PACHÉS, F.: «El contrato de trabajo en prácticas» en *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico* (Dir. J.L. MONEREO PÉREZ), Granada, 2010.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: «Nuevos derechos de formación y el contrato para la formación y el aprendizaje», *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 23–24, 2012.
- ESTEBAN LEGARRETA, R.: «El contrato para la formación y el aprendizaje. perspectiva crítica tras las últimas reformas», *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, Vol. 6, 2019.
- GARCIA, M., *Curso de derecho del trabajo*, 7ª ed. actualizada, Ariel, Barcelona, 1981.
- GÓMEZ–MILLÁN HERENCIA, M.J.: “Aspectos novedosos del contrato para la formación y el aprendizaje tras las últimas reformas”, *Temas laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 119, 2013.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ,: «Los contratos formativos» en *Contratación Laboral y tipos de contratos: criterios jurisprudenciales* (Coord. J.M. GOERLICH PESET), Valladolid, 2010.
- MONTOYA MELGAR, A.: «El contrato de trabajo en prácticas», *Anuario Jurídico de La Rioja*, Nº 4, 1998.
- MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO A.V y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- MORENO GENÉ, J.: «El contrato para la formación y el aprendizaje: un nuevo intento de fomento del empleo juvenil mediante la cualificación profesional de los jóvenes en régimen de alternancia», *Temas Laborales*, 116, 2012.

- PÉREZ DEL PRADO, D.: “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿La propuesta definitiva?”, *Labos, Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, Nº. Extra 0, 2022 (Número extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021).
- PÉREZ PÉREZ, M.: El nuevo contrato de aprendizaje: flexibilidad. fomento, abaratamiento, *Documentación Laboral*, número 42, 1994.
- PRADOS DE REYES, F. J., *Contrato de aprendizaje, el*, Universidad de Granada, Granada, 1979.
- REQUENA MONTES, O.: “La delimitación competencial entre Estado y comunidades autónomas en materia de formación profesional para el empleo” en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, Nº. 86, 2022.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012. (Estudio del RDley 2/2012, de 10 de febrero)*, Aranzadi, Pamplona, 2012.
- VALDÉS DALRÉ, F.: “El contrato en prácticas”, *Relaciones Laborales*, T-I, 1994.

EL CONTRATO FIJO DISCONTINUO: PRECISIONES CONCEPTUALES, REQUISITOS Y DERECHOS DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

*THE DISCONTINUOUS FIXED CONTRACT:
CONCEPTUAL DETAILS, REQUIREMENTS AND RIGHTS OF WORKERS*

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola*

Fecha de recepción: 30/7/2022

Fecha de aceptación: 15/10/2022

SUMARIO: 1. PRECISIONES CONCEPTUALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. SUBTIPOS DE LA MODALIDAD DE CONTRATO FIJO DISCONTINUO. 2.1. Para realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada. 2.2. Para realización de trabajos no estacionales, intermitentes, con períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. 2.3. Para realización de trabajos en el marco de contrata. 2.4. Para contratación de personal en misión por las ETT. 3. FORMA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS FIJOS DISCONTINUOS. 4. OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO. 5. INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL DE LA OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO: NO TODO ES DESPIDO. 6. POSIBILIDADES DE REGULACIÓN CONVENCIONAL: EL TRABAJO FIJO DISCONTINUO A TIEMPO PARCIAL. 7. ANTIGÜEDAD Y FIJOS DISCONTINUOS: EL TIEMPO COMPUTABLE A EFECTOS RETRIBUTIVOS E INDEMNIZATORIOS. 8. PRIORIDAD PARA EL ACCESO A LAS INICIATIVAS DE FORMACIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL. 9. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LAS PERSONAS FIJAS DISCONTINUAS.

RESUMEN: El presente trabajo aborda aspectos del nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo; para empezar se abordan algunas precisiones conceptuales y el análisis de las nuevas sub-modalidades en las que se desgaja, dotándolo de mayor plasticidad, a través de la cual el legislador pretende reconducir buena parte del empleo temporal anterior. Muchas cuestiones quedan solamente esbozadas y solamente planteados algunos interrogantes, ese es el modesto propósito de este trabajo, a la espera de soluciones a los problemas suscitados en su aplicación práctica que vendrán poco a poco de la mano de las resoluciones judiciales.

ABSTRACT: –The present work deals with aspects of the new legal regime of the discontinuous fixed contract, to begin with, some conceptual precisions are addressed, and the analysis of the new sub-modalities in which it is broken off, giving it greater plasticity, through which the legislator intends redirect much of the previous temporary employment. Many issues are only outlined and only some questions are raised, that is the modest purpose of this work, waiting for solutions to the problems raised in its practical application that will come little by little from the hand of the judicial resolutions.

PALABRAS CLAVE: Trabajo temporal, trabajo fijo discontinuo, obligación de llamamiento.

KEY WORDS: Temporary work, discontinuous fixed work, obligation to call.

1. PRECISIONES CONCEPTUALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

A lo largo del tiempo, el legislador ha sostenido una regulación confusa y algo errática del contrato fijo discontinuo, patente en numerosas ocasiones, desde la propia denominación primitiva de esta modalidad en la Ley 8/1980 que se refería a “trabajos fijos y periódicos en la empresa, pero de carácter discontinuo”, contraponiendo, sin sentido, los trabajos fijos y los periódicos, pues ambos suponían un trabajo intermitente o discontinuo. Tampoco el legislador originario del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980) tuvo excesivo acierto al regular este tipo de contrato en sede de contratos temporales dentro del artículo 15 ET, como una de las cinco modalidades de contrato temporal (art. 15.1 letra e) ET en la redacción original de la Ley 8/1980). La inercia legislativa reiteró este equívoco durante décadas, y solo, “recientemente”, desde el RD–Legislativo 2/2015 se estableció un precepto separado y distinto para regular el contrato fijo discontinuo, el art. 16 ET¹.

Una de las grandes apuestas de la reforma 2021 en la lucha contra la tasa excesivamente alta de temporalidad es, sin duda, favorecer que este viejo contrato fijo–discontinuo tenga el papel que nunca alcanzó en nuestro sistema el papel fundamental y que muchos quisieron otorgarle. Podría decirse de esta figura que es un mal menor, que intentará dar una vía de flexibilidad a las empresas al mismo tiempo que otorga algo más seguridad al trabajador, mejorando, desde luego, los datos estadísticos sobre estabilidad en el empleo, siempre presentes en la mente del legislador².

Así pues, el RD 32/2021 inaugura una nueva etapa para los contratos fijos discontinuos. La primera finalidad de la reforma en relación con esta modalidad es afinar el concepto hasta ahora conocido de contrato fijo discontinuo. En su nueva configuración legal, lo de-

.....

1 Con mayor profundidad, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la reforma laboral 2021”, *Temas Laborales* núm. 161, p. 219. Sobre la reforma 2021 en general, PÉREZ DEL PRADO, D., “La reforma laboral 2021 y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?”, *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, pp. 7–18; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto–ley 32/2021”, *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, pp. 19–30; NIETO ROJAS, P., “La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones” Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’; FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “Seis tesis generales sobre la reforma de los contratos formativos de 2022”, *Labos*, Vol. 3, No. 1, pp. 180–187.

2 CALVO GALLEGO, F.J., “La reforma de la contratación temporal coyuntural en el rdl 32/2021 Trabajo”, *Persona, Derecho, Mercado – Monográfico* (2022), p. 136.

cisivo para caracterizar a este renovado contrato es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados³:

- a) De carácter estacional o vinculados a actividades productivas.
- b) No estacionales, pero de ejecución intermitente, con períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

Por tanto, bajo la denominación de fijo discontinuo, se agrupan hoy, en primer lugar, las diferentes situaciones de prestaciones de trabajo indefinido, que tienen naturaleza intermitente por tener un carácter estacional o estar vinculado a actividades de temporada (agricultura, turismo, dulces navideños, rebajas comerciales, conservas vegetales..); o bien aquellas que no teniendo ese carácter estacional, sean intermitentes, ya tengan períodos de ejecución ciertos y determinados, o se desarrollen en períodos inicialmente indeterminados⁴.

En la nueva regulación, se ha procedido a una importante modificación de lo establecido en el art. 16 ET, precepto que desde la aprobación del Real Decreto Legislativo 2/2015 contuvo la regulación básica de este contrato. Para empezar, se ha unificado el régimen jurídico de todos los supuestos de prestaciones fijas discontinuas, eliminando la artificial distinción entre periódicos y discontinuos, desapareciendo los periódicos que eran aquellos discontinuos de carácter totalmente cíclico. El art. 16 ET contempla hoy de manera general estos contratos en una única modalidad los fijos discontinuos, que engloba ambas sub-modalidades⁵. Desaparece, pues, la distinción de fijos discontinuos de fechas inciertas de los fijos discontinuos de fechas ciertas anteriormente regulados en el hoy derogado art. 12.3 ET⁶. Se acaba así con la disparidad de regulaciones para trabajos que solo se diferenciaban en la certeza o incerteza de sus fechas de reiteración temporal, situándose la nueva configuración de las actividades cíclicas y periódicas al margen del régimen jurídico del tiempo parcial⁷. No obstante, pervive la figura del contrato a tiempo parcial indefinido con parámetro anual pues la derogación del artículo 12.3 ET en ningún caso ha supuesto la derogación de esta modalidad contractual. La diferencia entre la utilización del contrato a tiempo parcial y del fijo discontinuo podría determinarse en función de si la prestación está perfectamente delimitada temporalmente o no lo es-

.....

3 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021*, Tirant lo Blanch, Tirant lo Blanch, 2022, p.115.

4 Véase, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *cit.*, p. 226.

5 Sobre estas precisiones conceptuales, véase Parres Miralles, R., “Antigüedad y fijos discontinuos: el tiempo computable a efectos retributivos e indemnizatorios. Últimos desarrollos en la jurisprudencia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 9, nº 2, 2021, pp. 318 a 322.

6 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 115.

7 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral ...*, *cit.*, p.115.

tuviera tanto, el primer escenario caería en el terreno del contrato a tiempo parcial y el segundo en el de fijos discontinuos⁸.

La segunda finalidad de la reforma en lo relativo a esta figura es ampliar el ámbito aplicativo del contrato fijo discontinuo para intentar encauzar a través de este el empleo que antes era temporal, instituyendo dos nuevos supuestos en los que no habrá trabajo estacional, ni trabajo intermitente:

- La prestación de servicios en el marco de ejecución de contratos mercantiles o administrativas, que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.
- La cesión de mano de obra a través de las ETT⁹.

De acuerdo con lo establecido en los nuevos párrafos segundo y tercero del artículo 16.1. ET, las empresas contratistas podrán acudir a este modelo para dar cobertura a necesidades permanentes y ordinarias de trabajo; también las ETT podrán crear bolsas de trabajadores fijos discontinuos para atender a la cesión de mano de obra, que es su necesidad ordinaria de personal¹⁰.

Podría decirse que, a través de estos dos últimos nuevos supuestos, se ha desnaturalizado el trabajo fijo discontinuo con el propósito señalado de canalizar a través de esta figura lo que antes era trabajo temporal. La consecución de este resultado es cuestionable desde la mejora de la precariedad del empleo, ya que, si bien se trata de un contrato fijo no supone una continuidad en la prestación y es relativa la estabilidad en el empleo que proporciona¹¹.

Como analizaremos, la delimitación del ámbito de aplicación del art. 16 ET plantea dudas interpretativas relevantes, primero sobre la naturaleza de la intermitencia que caracteriza al contrato fijo discontinuo y también en relación con la exigencia de causalidad en la intermitencia. La identidad del contrato fijo-discontinuo es la discontinuidad, si solo existe continuidad en la prestación de servicios, se considera fijo continuo¹². El contrato fijo-discontinuo se utiliza para atender necesidades empresariales y trabajos que son, por su propia naturaleza, discontinuos (periodos en los que se trabaja seguidos de periodos en los que no se trabaja), no es el contrato adecuado para los casos en los que el trabajo es continuo. Así lo reflejó la STS 28 de octubre 2020 (rec. 4364/2018), a propósito de la controversia suscitada, en relación con un colectivo de trabajadores fijos discontinuos que prestaban servicios para la selección y recogida del tomate durante dos

.....

8 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, loc. cit.

9 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p.116.

10 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, loc. cit.

11 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p.113.

12 En la STS 28 de octubre 2020 (rec. 4364/2018).

campañas, la de verano (julio y agosto) y la de invierno (el resto del año). Si los servicios que se prestan no son, de forma sistemática y reiterada en el tiempo, discontinuos, sino que son continuos y sin solución de continuidad, el contrato dejará de ser fijo-discontinuo y pasará a ser fijo continuo, porque esta será su naturaleza real y verdadera. En suma, es inherente al contrato fijo-discontinuo que haya cierta discontinuidad en el trabajo, esto es, intervalos temporales en los que no se presten servicios porque no haya trabajo que atender. Si el trabajo y las necesidades empresariales son prolongada y sistemáticamente ininterrumpidos y permanentes, dejan de ser intermitentes, y el contrato muda su naturaleza¹³ a fijo continuo. Si la jurisprudencia mantiene esta doctrina, los contratos vinculados a una subvención recurrente que se prestan durante todo el año tendrían dificultades para ser formalizados conforme a un contrato fijo-discontinuo (debiendo acudir al indefinido ordinario)¹⁴.

La causalidad de la intermitencia es meridianamente clara en el fijo discontinuo para trabajos estacionales, ya que es un factor extrínseco el determinante de la causalidad. En cambio, en el fijo-discontinuo para aquellos trabajos no estacionales pero intermitentes que tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados¹⁵, no hay un factor extrínseco que condicione el programa de prestación y, por ende, la causalidad deriva y pende de los motivos organizativos y/o productivos que fije la propia empresa¹⁶.

Como se ha dicho, uno de los subtipos del art. 16 ET está pensado para trabajos en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. Se suscita la duda de si debe acudirse al contrato fijo-discontinuo (o bien al indefinido ordinario) si la persona que presta servicios para la empresa cliente lo hace todos los días de la semana laborables y a jornada completa, pues en este caso no hay propiamente “intermitencia” en la ejecución del trabajo e, incluso, podría ser superior al año natural, si la contrata o concesión tiene una duración superior al año. Podría interpretarse que la intermitencia en este supuesto vendría dada por la existencia misma de las contrata mercantiles o administrativas y la finalización de cada una de ellas. Por otra parte, el hecho de que la norma se refiera a las contrata en plural (“ejecución de contrata mercantiles o administrativas”) podría estar sugiriendo que puede acudirse al contrato fijo-discontinuo en el caso de que se presenten servicios para varias empresas clientes simultánea o sucesivamente, como veremos sucede en el supuesto de varias usuarias de las ETT¹⁷.

.....

13 STS 10 de octubre de 2013, rec. 3048/2012.

14 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo contrato fijo-discontinuo (art. 16 ET)”, Una mirada crítica a las relaciones laborales, diciembre 2021.

15 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021)...”, cit.

16 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD Ley 32/2021)”, Una mirada crítica a las relaciones laborales.

17 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo-Discontinuo...”, cit.

2. SUBTIPOS DE LA MODALIDAD DE CONTRATO FIJO DISCONTINUO

El contrato fijo discontinuo puede utilizarse en las empresas para cubrir muy diferentes necesidades de mano de obra, veamos:

2.1. Para realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada.

La primera actividad a la que alude el art. 16.1 ET para explicar el marco aplicativo del contrato fijo discontinuo se refiere, como se ha dicho, al clásico supuesto de tareas estacionales o campañas vinculadas a actividades de temporada. Se trata de supuestos cuya discontinuidad viene predeterminada por factores eminentemente externos discontinuidad “temporal”: discontinuidad de naturaleza estacional o asociada a actividades “de temporada”¹⁸.

Este primer supuesto de contrato fijo discontinuo podría utilizarse para actividades que presentan las siguientes características¹⁹:

- Ser permanentes.
- Ser estacionales, no se requieren todos los días del año, sino algunas épocas del año.
- Pueden repetirse en fechas ciertas o inciertas, ya que influyen factores ajenos a la propia actividad (clima, meteorología...)²⁰.

El legislador ha positivizado, en aras a la estabilidad en el empleo, la jurisprudencia anterior que consideró trabajos fijos discontinuos aquellos en los que concurrían las notas de reiteración cíclica de la actividad, descartando la utilización del contrato de obra o servicios para ejecutar tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que se mantienen y perduran por no responder a circunstancias excepcionales, que limiten su duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario²¹.

.....

18 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo...”, *cit.*

19 LÓPEZ BALAGUER, M. y Ramos Moragues, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 117.

20 LÓPEZ BALAGUER, M. y Ramos Moragues, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 118.

21 Por todas, STS de 1 de octubre de 2001, rec. 3286/2000; véase también, LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 116.

2.2. Para realización de trabajos no estacionales, intermitentes, con períodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados

Se trata de supuestos cuya discontinuidad viene predeterminada por motivos intrínsecos al propio programa de prestación acordado. En concreto, afirma la nueva regulación que podrá formalizarse el contrato fijo discontinuo para el desarrollo de aquellos trabajos que no tengan naturaleza estacional, pero, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados. El concepto clave sobre el que gravita este supuesto del art. 16 ET son los “períodos de ejecución” y los descriptores “cierto”, “determinado” e “indeterminado”. Este subtipo de contrato fijo discontinuo está referido a actividades cuya intermitencia no pueda identificarse con la estacionalidad o las actividades de temporada. El carácter intermitente de la actividad tiene una connotación más continua en el tiempo, que lo distinguiría del contrato por circunstancias de la producción que se refiere a actividades previsibles y ordinarias, pero ocasionales.

La norma no lo concreta, pero debe entenderse que esta frecuencia no viene delimitada por factores “extrínsecos” a la empresa (como sí sucede con las estaciones y las temporadas estacionales). La intermitencia en este caso es una creación de la propia dinámica organizativa/productiva de la empresa, que determinará los periodos de ejecución, que serán ciertos, pero podrán ser determinados o indeterminados. La indeterminación es este caso no significa aleatoriedad sino desconocimiento del momento en el que se va a producir un hecho que se sabe que va a suceder²².

Resumidamente, este segundo de los supuestos a que se refiere el artículo 16.1 ET se refiere a:

- Trabajos permanentes, consustanciales y estables en la actividad de la empresa.
- De carácter intermitente, conocido en el sector de la actividad y objetivable con independencia de la voluntad de las partes, o de la voluntad unilateral del empresario.

2.3. Para realización de trabajos en el marco de contrata

La nueva normativa incorpora la posibilidad de que la anterior cobertura de la actividad de las contrata a través del contrato temporal de obra o servicio se reconduzca a través de contrato fijo discontinuo, en línea con la recomendación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020²³, que sugería, para ajustar las necesidades fluctuantes

22 BELTRÁN DE HEREDIA, I., Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD Ley 32/2021), Una mirada crítica a las relaciones laborales.

23 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 229.

de mano de obra en las empresas contratistas, se acudiese a otros mecanismos, entre ellos, a la utilización del contrato fijo discontinuo.

Así pues, el nuevo artículo 16.1 ET en su párrafo segundo establece: “El contrato fijo-discontinuo podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”.

Se pretende desviar supuestos de contratación temporal del art. 15 ET (bajo la regulación anterior, fundamentalmente contratos de obra o servicios determinados o eventuales) al fijo discontinuo. A la espera de una interpretación jurisprudencial del término previsible, podría hablarse de una preferencia por el contrato fijo discontinuo para la actividad a desarrollar por empresas contratistas o subcontratistas. Conforme a lo preceptuado en el art. 16.1 ET se refiere a contrata mercantiles o administrativas que cumplan dos exigencias: ser previsibles y que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa. El contrato temporal por circunstancias de la producción podrá celebrarse en situaciones en que hay una necesidad ocasional e imprevisible; mientras el fijo discontinuo supone la cobertura de una necesidad productiva ordinaria y previsible. Teniendo en cuenta que la actividad de una empresa contratista es prestar a terceros un determinado servicio, esa actividad como regla general siempre es previsible y no meramente ocasional. Si una empresa se dedica a prestar un determinado servicio a terceras empresas, no puede entenderse que el hecho de ser contratado por tales empresas sea una situación ni ocasional ni imprevisible; por lo que ha de acudir al contrato fijo discontinuo²⁴. Refuerza esta interpretación, al regular el contrato por circunstancias de la producción el art. 15.2. in fine: “No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

Esta preferencia no supone que toda relación laboral de una empresa contratista respecto de la plantilla que realiza la actividad normal, haya de reconducirse al fijo discontinuo. De entrada, es perfectamente posible un contrato de sustitución (interinidad) de un fijo discontinuo, también puede ocurrir que en el marco de una contrata o subcontrata se produzca una situación puramente ocasional y que además sea imprevisible y requiera de mano de obra meramente temporal, o bien se trata de trabajos marginales, pues su duración es muy reducida (máxima de 90 días) y que no pueden ser utilizados de manera continuada. Si se evidencia que no estamos ante necesidades ocasionales, sino que se rei-

24 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *cit.*, p. 228.

teran en el tiempo, más aún que se reiteran cíclicamente en fechas similares, estaremos en el ámbito del art. 16.1 ET y no en el del art. 15.2 ET²⁵.

La regulación de este supuesto se limita a poco más que su reconocimiento en el art 16.1 ET párrafo segundo, con la única referencia en el art. 16.4 ET: “Cuando la contratación fija–discontinua se justifique por la celebración de contrata, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas en los términos de este artículo, los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones. En estos supuestos, los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses. Una vez cumplido dicho plazo, la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”.

En los casos en los que el contrato fijo–discontinuo esté vinculado a una contrata/concesión el art. 16.4 ET establece que “los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”. De modo que, el art. 16.4 ET impone que la discontinuidad del contrato fijo discontinuo en el marco de las contrata venga necesariamente delimitada por estas, es decir la duración de la contrata mercantil negociada entre la empresa principal y la contratista (incluidas las posibles prórrogas) determinará de manera precisa la actividad de las personas contratadas para atender la ejecución de la contrata²⁶.

En estos supuestos, los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses máximo. En el segundo párrafo del artículo 16.4 ET se pone un límite temporal máximo a esos periodos de inactividad, y se deja en manos de la negociación colectiva sectorial la fijación concreta de este límite²⁷. Quizás hubiera sido conveniente que no solo sectorialmente, sino también individualmente las empresas hubieran tenido la opción de negociar en su ámbito la concreción de la duración de la inactividad²⁸ Una vez cumplido dicho plazo, sin reanudar la actividad, la empresa adoptará las medidas coyunturales (suspensión de contrato por causa productiva del artículo 47 ET) o definitivas (despido objetivo plural o colectivo, arts. 51 y 52 ET) que procedan, en los términos previstos en esta norma. No cabe duda de que estos periodos máximos de inactividad son determinantes, la negociación colectiva permite una adaptación de esta regla muy amplia, en la que no se fijan tampoco reglas para su cómputo, si debe ser continuo o discontinuo²⁹. Si

.....

25 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, *cit.*, p. 229.

26 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 120.

27 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *loc cit.*

28 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 121.

29 BELTRÁN DE HEREDIA, I., Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo y de la Contratación Temporal (a partir del RD Ley 32/2021), Una mirada crítica a las relaciones laborales.

se acepta la posibilidad de que el contrato fijo–discontinuo pueda adscribirse a varias contrataciones simultáneas (lo que podría no ser infrecuente), podría suceder que la “inactividad” sea “parcial”, pues, se sigan prestando servicios en alguna otra contrata no finalizada³⁰.

En caso de acudir al trabajo fijo discontinuo en contrataciones o subcontratas, se especifica (art. 16.4 ET) que los períodos de inactividad sólo pueden producirse como plazo de espera entre una contrata y otra. Desde mi punto de vista con ello se está haciendo referencia a que no es posible que un fijo discontinuo de empresa contratista pueda estar en situación de inactividad por la sola decisión del empresario, de manera que existe la obligación empresarial de “recolocación” (término usado por este precepto) una vez que haya una nueva contrata o subcontrata. Parece lógico afirmar que tal obligación existirá siempre y cuando la actividad a desarrollar sea compatible con las aptitudes profesionales comprometidas en el contrato de trabajo. En todo caso, ante la existencia de varios trabajadores fijos discontinuos aptos y disponibles para desarrollar actividad en la nueva contrata, es evidente que será de aplicación las reglas sobre llamamiento de la empresa contratista³¹.

Los períodos de inactividad en los otros supuestos de contratos fijos discontinuos no vienen limitados temporalmente, quizás hubiera sido conveniente acotar temporalmente también los supuestos de contratación estacional, intermitente y para las ETT³².

Sobre el alcance del art. 16.4 ET, una reciente sentencia del STSJ Madrid 30 de marzo 2022³³, en la que se establece que tras la finalización de una contrata no es ya posible despedir a un trabajador al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores basándose en dicha finalización hasta que no hayan transcurrido tres meses (o el periodo de espera que establezca el convenio colectivo), tras lo cual ya la empresa queda habilitada para adoptar las medidas coyunturales o definitivas que procedan. Y lógicamente ese periodo de espera implica una obligación de recolocación del trabajador, aunque sea en términos imprecisos, de manera que si se acredita que hubo posibilidades de tal recolocación durante el mismo el despido no puede ser considerado improcedente.

2.4. Para contratación de personal en misión por las ETT

A partir del RDL 32/2021 se añade la posibilidad de que la ETT utilice el contrato de trabajo fijo discontinuo para la cesión en misión a diversas empresas con necesidades que tengan encaje en las causas de contratación temporal reguladas por el artículo 15 ET. Se

.....
30 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato y de la Contratación Temporal (a partir del RDLey 32/2021), Una mirada crítica a las relaciones laborales.

31 Partidario de esta interpretación, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo...”, cit., p. 229.

32 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 121.

33 Rec. 167/2022.

trata de facilitar a las ETT la posibilidad de acudir a la contratación indefinida y no sólo meramente temporal, de manera que cuenten con plantillas de trabajadores objeto de cesión, pero con carácter fijo, que en los períodos entre una y otra cesión se encuentren en situación de inactividad³⁴.

Esta posibilidad (*ex* párrafo 3º del art. 16.1 ET) de que las ETT puedan formalizar un contrato fijo–discontinuo es una novedad, anteriormente vetada, que refuerza el proceso de reconducción del trabajo temporal anterior hacia esta figura, pero a la vez desnaturaliza la lógica intrínseca del contrato de puesta a disposición. Dicho inconveniente quedó reflejado en la STS de 30 de julio de 2020³⁵ en la que se señalaba que la ausencia de previsión normativa para que las ETT celebren un contrato fijo discontinuo obedecía a que no cabe este tipo de contratación, pues al ser el contrato de puesta a disposición siempre de carácter temporal no procedía un contrato de puesta a disposición indefinido fijo–discontinuo, debiendo realizarse por la empresa usuaria la contratación directa de un trabajador fijo–discontinuo. Tampoco era posible bajo la regulación anterior (así queda reflejado en la citada sentencia) poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente, pues se trataría de un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria. En cualquier caso, a partir de la entrada en vigor del RD Ley 32/2021, ya existe esta posibilidad que ha supuesto la modificación del art. 10.3 LETT. Transcribimos a continuación el nuevo artículo 10.3. LETT: “La empresa de trabajo temporal podrá celebrar también con el trabajador un contrato de trabajo para la cobertura de varios contratos de puesta a disposición sucesivos con empresas usuarias diferentes, siempre que tales contratos de puesta a disposición estén plenamente determinados, es decir sus términos fijados en el momento de la firma del contrato de trabajo, cuya celebración responda en todos los casos a un supuesto de contratación de los contemplados en el artículo 15.2 del Estatuto de los Trabajadores.

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, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos. En este supuesto, las referencias efectuadas en el artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva se entenderán efectuadas a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal. Estos convenios colectivos podrán, asimismo, fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad”.

.....

34 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 122.

35 Rec. 3898/2017.

La reforma consiste esencialmente en la inclusión del segundo párrafo del precepto. Con carácter general, la LETT abre la posibilidad a la contratación fija discontinua, de esta forma la ETT podrá contratar para cesión mediante el modelo fijo discontinuo, en primer lugar (primer párrafo del artículo 10.3 LETT), para atender a diversas puestas a disposición de empresas usuarias (predeterminación sucesiva), siempre que la necesidad de mano de obra de estas últimas responda a circunstancias de la producción, en este supuesto deberán acreditarse en el contrato los supuestos de necesidad de mano de obra por circunstancias de la producción en los términos del art. 15.2 ET, esto es por el incremento ocasional e imprevisible o las oscilaciones que generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere; y, para atender, situaciones ocasionales y previsibles que tengan una duración reducida de 90 días al año no consecutivos³⁶.

En el segundo supuesto, cuando no existe la predeterminación de las sucesivas puestas a disposición (art 10.3 LETT párrafo segundo), si la ETT opta por la contratación fija – discontinua se amplían las posibilidades de cobertura de puestas a disposición a todos los supuestos del artículo 15 ET, incluyendo, además de las circunstancias de la producción, la contratación para sustitución con reserva de puesto de trabajo o cobertura de vacante, tal y como se vayan produciendo las demandas de las diferentes empresas usuarias³⁷.

Con la figura del fijo discontinuo se permite a la ETT conformar una bolsa de trabajadores que no tendrán derecho a la indemnización de fin de contrato del art. 49.1.c) ET, dado que su relación laboral no temporal implica un llamamiento de acuerdo con la previsión convencional aplicable, no extinguiéndose con cada puesta a disposición, y por tanto sin derecho a la indemnización legal prevista en el precepto estatutario³⁸.

Sigue estando vetado como con anterioridad, el recurso a la contratación a través de las ETT por parte de las empresas usuarias de trabajadores para cubrir puestos de trabajo no temporales. Si una empresa tiene que atender a necesidades (estacionales, de temporada o intermitentes determinadas o indeterminadas) podrá contratar directamente al personal mediante un contrato fijo discontinuo o a la externalización a través de una contrata, pero no podrán acudir a la cesión a través de una ETT. Si lo hiciese de acuerdo con la jurisprudencia consolidada³⁹, incurriría en un supuesto de cesión ilegal del art. 43 del ET y que sanciona como infracción muy grave el artículo 8.2 de la LISOS.

Y, recuérdese que las empresas contratistas, en la medida que –en función de las circunstancias– pueden formalizar un contrato temporal por circunstancias de la producción vinculado a la duración de la contrata, también podrán acudir a una ETT⁴⁰.

.....

36 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 124.

37 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 125.

38 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 126.

39 Sentencia del TS del 2 de diciembre de 2021 (rec. 4701/20189).

40 BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Régimen normativo del Contrato Fijo–Discontinuo...”, cit.

En estos dos últimos supuestos (contratas y ETT), se vinculan con negocios jurídicos interempresariales, de manera que los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones” o como plazos de espera entre la conclusión de un contrato de puesta a disposición y el inicio del siguiente, sin que ello conlleve incremento de costes empresariales, pues no se devengan salarios, ni indemnizaciones, ni tampoco cotizaciones a la Seguridad Social. La incertidumbre en el mantenimiento de la continuidad de la actividad empresarial por parte de la contratista o de la ETT encuentra cobertura legal, de tal forma que durante el periodo de espera de recolocación se abre la puerta a la percepción por el trabajador fijo-discontinuo de las prestaciones por desempleo [art. 267.1.d) Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)], remitiendo a los convenios la posibilidad de establecer la obligación empresarial de satisfacer a las personas trabajadoras una cuantía indemnizatoria por fin de llamamiento, cuando este coincida con el fin de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, una nueva convocatoria⁴¹.

3. FORMA Y CONTENIDO DE LOS CONTRATOS FIJOS DISCONTINUOS

Este contrato habrá de cumplir con el requisito de realizarse por escrito, e incluir, conforme a lo preceptuado, con carácter no exhaustivo, en el artículo 16.2 ET, los elementos esenciales del desarrollo de la actividad, la duración de la actividad, la jornada y la distribución horaria.

La nueva redacción de la norma exige reflejar en el contrato la duración del período de actividad, con anterioridad hacía referencia a la “duración estimada” de la actividad, lo cual sería más adecuado para aquellas prestaciones que tengan períodos de ejecución ciertos indeterminados (situación en la que no parece pueda conocerse más que la duración estimada de la actividad). De otro lado, en cuanto a la jornada y la distribución horaria, la norma vigente señala que deberán constar en el contrato ambas (antes solo la jornada), la nueva regulación, más flexible, matiza, acertadamente, “sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento”, pues la estimaciones iniciales fijadas en el contrato, pueden tener muy poco que ver con la realidad de cada momento posterior⁴².

41 MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ INIESTA, G., “La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo* (1er Trimestre 2022) Editorial ISSN: 2792-7962 – ISSN: 2792-7970.

42 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico..., *cit.*, p. 234.

Sería conveniente la inclusión como contenido obligatorio de los requisitos de llamamiento que incluya el convenio colectivo, aunque no sea preceptivo en la nueva norma, para que la persona trabajadora tenga pleno conocimiento de los criterios objetivos y formales que el convenio establece para el llamamiento⁴³. Con la supresión de este requisito podría haberse querido evitar la contradicción con el convenio en caso de que éste alterase la forma de realizar el llamamiento, cosa poco probable pues la negociación colectiva suele ser muy estable en este punto⁴⁴.

4. OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO

En el RD 32/2021 se ha establecido una obligación de llamamiento de carácter general, de manera que afecta también a los supuestos de fijos discontinuos que desarrollan actividades con períodos de ejecución ciertos, cosa que no sucedía para los fijos periódicos con anterioridad. Las regulaciones anteriores establecían esta obligación sólo respecto del fijo discontinuo, pero no se requería llamamiento en caso de fijos periódicos. Apparentemente el motivo de esta distinción era que, en estos últimos contratos, al tratarse de necesidades totalmente cíclicas, en las que hay certeza en cuanto al momento de inicio del período de actividad, no era necesario el llamamiento de los trabajadores (al margen, claro está, de que a través de la negociación colectiva pudiera establecerse esta obligación también para el fijo periódico). Sin embargo, con la supresión de la distinción formal entre una y otra submodalidad, el legislador ha establecido una obligación de llamamiento con carácter general, de manera que afecta también a los supuestos de fijos discontinuos que desarrollan actividades con períodos de ejecución ciertos. La obligación resulta también de aplicación a los contratos fijos discontinuos efectuados para la prestación de servicios en el marco de contrata o subcontratas y cuando las ETT acuden a esta modalidad contractual⁴⁵.

El llamamiento consiste en la manifestación, por parte del empresario, de la necesidad de reincorporación al trabajo de las personas trabajadoras que prestan sus servicios en la empresa de forma discontinua. La norma continúa dejando en manos del convenio colectivo –no se requiere que sea de un nivel determinado, por lo que puede ser sectorial o de empresa, o acuerdo de empresa– la concreción de los criterios objetivos y formales (art. 16.2 ET) para la realización de dicho llamamiento. La ampliación al acuerdo de empresa

43 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 129

44 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 235.

45 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 236.

puede ser muy útil en el nuevo marco aplicativo del trabajo fijo discontinuo, que a partir de ahora se extenderá a más empresas y sectores, la opción convencional al acuerdo de empresa puede permitir con mayor flexibilidad y rapidez la concreción de los criterios de llamamiento⁴⁶.

En primer lugar, el llamamiento ha de realizarse por escrito de forma individualizada a cada persona trabajadora, el contenido podrá ser idéntico o apenas distinto al de otros trabajadores, pero ha de hacerse de forma personal. En el llamamiento han de constar “las indicaciones precisas de las condiciones de la incorporación de las personas trabajadoras, señalando una antelación adecuada para su realización, es conveniente que su articulación guarde coherencia con lo pactado previamente sobre el llamamiento en el convenio colectivo, de no hacerse así se abriría la puerta a la reclamación posterior del trabajador afectado. Las indicaciones precisas han de reflejar ineludiblemente el plazo de reincorporación y la concreción del puesto de trabajo a desarrollar (en correspondencia con la clasificación profesional con la que fue contratada la persona trabajadora) y el lugar de prestación de servicios. Además, tal como se señala en el art. 16.2 ET, el llamamiento debe concretar la jornada y distribución horaria (hasta ese momento esta cuestión debe reflejarse en el contrato, pero solo con carácter estimado). El preaviso que habrá de establecerse también en el convenio colectivo tendrá que producirse con un plazo de antelación adecuada para que la reincorporación del trabajador no sea sorpresiva, sobre todo para aquellos supuestos en que el trabajador resida en lugar diferente al de su puesto de trabajo⁴⁷.

Respecto a cuáles sean los criterios de llamamiento la normativa no contiene ninguna regulación específica, sino que realiza una remisión al convenio colectivo o en su defecto al acuerdo de empresa. Es posible que el criterio de antigüedad siga siendo ampliamente utilizado como venía haciéndose desde la reforma de 1984, solo o en combinación con otros criterios; o prescindir de la antigüedad y acudir a criterios distintos en función de la concreta actividad a desarrollar por los trabajadores fijos discontinuos, de manera que deban aplicarse, no con carácter general, sino por grupos o categorías profesionales, o en base a la especialización profesional del trabajador; cuestión que puede ser muy importante en caso de uso por contratistas o por las ETT de trabajo fijo discontinuo, dado que tales empresas pueden hacer frente a actividades productivas muy heterogéneas con sus trabajadores fijos discontinuos. Podrían entrar en juego también como criterios de llamamiento, algunos como la zona geográfica donde va a desarrollarse el trabajo combinado con el lugar de residencia del trabajador, así como la posibilidad de rotación entre los trabajadores que permitan distribuir el trabajo de una manera más solidaria entre ellos⁴⁸.



46 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 131.

47 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 240.

48 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 238.

El artículo 16.3.ET impone a la empresa una importante obligación de informar a la representación legal de las personas trabajadoras. Este deber se formula en dos fases, la primera, al inicio del año natural, o con la antelación suficiente, dicha información será de carácter orientativo, y consistirá en las previsiones de llamamiento, en el marco anual o semestral que la empresa tendrá configuradas en su calendario, previsiones que después se concretarán en una segunda fase, en la que la empresa pondrá en conocimiento de la representación del personal las altas efectivas de personas fijas discontinuas producidas⁴⁹.

5. INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL DE LA OBLIGACIÓN DE LLAMAMIENTO: NO TODO ES DESPIDO

La regulación anterior del fijo discontinuo expresamente señalaba que, en caso de incumplimiento por el empresario de su obligación de llamamiento, podía reclamarse a través del procedimiento de despido. La regulación hoy vigente no se refiere exclusivamente a la acción de despido, sino que abre más posibilidades señalando es posible que el trabajador ejerza “las acciones que procedan”, pues no todo incumplimiento del empresario de sus obligaciones en materia de llamamiento debe considerarse como un despido ni conducir a la extinción⁵⁰.

En consecuencia, con esta mayor amplitud de acciones, se seguiría acudiendo a la demanda por despido en casos como cuando se establezca una fecha cierta de reinicio y los trabajadores acudan al trabajo y encuentran las instalaciones cerradas o bien no se les llama para incorporarse, existiendo necesidades productivas. No tendría sentido acudir a la acción de despido en situaciones en que la relación se mantiene y únicamente se posterga al trabajador en el llamamiento a pesar de ocupar una posición anterior o se reclaman cantidades perdidas por el trabajador por ese retraso, o se discuten los criterios que determinan el orden del llamamiento⁵¹. En definitiva, no es lo mismo la falta de llamamiento que el llamamiento irregular y las consecuencias de ambos no tienen que ser idénticas. Una cuestión esencial en el ejercicio de las acciones procesales oportunas es el *dies a quo* de los plazos de ejercicio de tales acciones. Al respecto cabe señalar que, al regular el despido como solución al incumplimiento empresarial de su obligación de llamamiento,

49 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 131.

50 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 239.

51 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, loc cit.

las diferentes regulaciones del trabajo fijo discontinuo han venido adaptando las reglas generales sobre esta cuestión, pues en el caso de los fijos discontinuos existe la dificultad de conocer cuándo se ha podido cometer un incumplimiento de la obligación de llamamiento. La regulación anterior señalaba que el plazo comenzaba para el trabajador “desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria”. La literalidad actual establece que el trabajador podrá ejercer las acciones por incumplimiento del llamamiento, iniciándose el plazo “desde el momento de la falta de este” o “desde el momento en que la conociese”. A tenor de esta literalidad se mantiene el criterio anterior de iniciar el cómputo de los plazos desde el conocimiento por el trabajador de la falta de llamamiento, pues es evidente que el otro supuesto (ejercicio de la acción desde el momento de la falta de llamamiento) también requiere que el trabajador lo conozca. En todo caso, destaquemos que esta forma de regular el inicio del plazo de las acciones procesales se establece en beneficio directo de la posición del trabajador, que, al estar desconectado de la actividad, podría sufrir graves consecuencias de aplicarse las reglas ordinarias⁵².

Con el cambio de la dicción literal del precepto el legislador parece haber asumido la interpretación que nuestros tribunales venían haciendo en el sentido de considerar que no constituye despido del trabajador fijo discontinuo la decisión de limitar el llamamiento por causas objetivas, siempre que estas queden acreditadas y se articule el procedimiento de suspensión correspondiente⁵³.

En este sentido, la nueva regulación acoge la doctrina jurisprudencial que ha considerado precisamente que, por la naturaleza del fijo discontinuo, es posible que el llamamiento pueda no producirse por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, etc., concluyéndose que de la comunicación empresarial que acredite estas circunstancias, no cabe apreciar en ningún caso voluntad resolutoria del contrato⁵⁴.

6. POSIBILIDADES DE REGULACIÓN CONVENCIONAL: EL TRABAJO FIJO DISCONTINUO A TIEMPO PARCIAL

En el apartado quinto del art. 16 se contienen una serie de condiciones del trabajo fijo discontinuo que podrán negociarse en convenio colectivo de ámbito sectorial, en concreto se admite que por la vía convencional sectorial pueda:

.....

52 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, *cit.*, p. 240.

53 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 133.

54 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 134.

- Establecerse una bolsa sectorial de empleo en la misma se podrán integrar las personas fijas discontinuas durante los períodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua durante estos, todo ello sin perjuicio de las obligaciones en materia de contratación y llamamiento efectivo de cada una de las empresas⁵⁵.
- Admitirse el trabajo discontinuo a tiempo parcial. A tenor del art. 16.5 ET, cabe la posibilidad de celebrar contratos fijos discontinuos a tiempo parcial, los convenios colectivos sectoriales pueden establecer dicha posibilidad si las peculiaridades de la actividad del sector lo justifican. Plantea dudas cuál será el convenio aplicable en estos supuestos, en el caso de las ETT, el art. 10.3 LETT establece que el convenio sectorial aplicable será el de las ETT y para el caso de empresas contratistas o subcontratistas por analogía con las ETT sería el convenio de las empresas contratistas⁵⁶.
- Preverse la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo. Esta limitación del ámbito convencional, aunque sea en clave de posibilidades de negociación no tiene mucho sentido, ya que el apartado 3 del art. 16 viene a imponer a la empresa como ya se ha visto la obligación de comunicar a los representantes las previsiones de llamamiento y las altas efectivas, por tanto, en el ámbito de la empresa será de hecho preceptivo contar con algo muy parecido ese censo anual⁵⁷.
- Establecerse un período de llamamiento mínimo anual. No se entiende que esta posibilidad se circunscriba al ámbito sectorial, hasta ahora en la práctica, tanto los convenios de empresa como los contratos individuales han incluido cláusulas de garantía mínima de llamamiento, que han supuesto para las empresas la obligación de llamar o en su caso de abonar el salario ante la falta de llamamiento justificada pero no articulada por la vía de la suspensión del contrato de trabajo⁵⁸.
- Fijarse una cuantía mínima por fin de llamamiento. Cabría sostenerse que estas materias al tratarse de mejoras en las condiciones de trabajo de los trabajadores fijos discontinuos resultarían perfectamente posible su inclusión en convenio de empresas, acuerdo colectivos, o contratos de trabajo, otra cosa es que existiendo convenios sectoriales, las posibilidades de los convenios de empresa queden limitadas en los términos del art. 84.2 ET⁵⁹.

55 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 135.

56 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico...”, cit., p. 233.

57 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 135.

58 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, cit., p. 136.

59 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, loc. cit..

7. ANTIGÜEDAD Y FIJOS DISCONTINUOS: EL TIEMPO COMPUTABLE A EFECTOS RETRIBUTIVOS E INDEMNIZATORIOS

La determinación de la antigüedad envuelve una problemática que se agrava exponencialmente cuando se proyecta sobre los derechos de los trabajadores fijos discontinuos, habida cuenta de las especialidades temporales que conforman su régimen jurídico. Así pues, la especial incidencia del tiempo en la ordenación de los derechos del fijo discontinuo ha dificultado la determinación de la antigüedad computable y provocado una enorme litigiosidad sobre el particular⁶⁰. Con anterioridad a la Ley 32/2021, en los últimos años, han recaído varias Sentencias del Tribunal Supremo que abordaron el cómputo de la antigüedad a efectos de distintos derechos en la relación fija discontinua. La primera, la Sentencia de 19 de noviembre de 2019, en línea con lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 15 de octubre de 2019 (C-439/18 y C-472/18) resuelve sobre la antigüedad a efectos del devengo del derecho al complemento de antigüedad conforme al IV Convenio colectivo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). La menor cantidad de tiempo de trabajo prestado al cabo del año por la persona fija discontinua es característica intrínseca de este tipo de contrato y delimita su régimen jurídico, tanto el modo en que aquél se conforma como, su propio contenido⁶¹.

El Auto de 15 de octubre de 2019 del TJUE con base en el Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, sostuvo que la aplicación del principio de igualdad entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial debía llevar a la conclusión de que, si los contratos de ambos tienen una duración equivalente, el trabajador a tiempo parcial debe adquirir el complemento salarial correspondiente al mismo ritmo que el trabajador a tiempo completo⁶². Así entiende el TJUE que el principio de no discriminación entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo se aplica a las condiciones de empleo entre las que figura la retribución, que incluye los complementos por antigüedad, por lo que la retribución de los trabajadores a tiempo parcial debe ser la misma, sin perjuicio de la aplicación del principio *pro rata temporis*. El IV Convenio colectivo del personal laboral de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (Resolución de 23 de junio de 2006 de la Dirección General de Trabajo), en su art. 67.1 prevé que el complemento de antigüedad “...se devengarán a partir del día primero del mes en que se cumplan tres o múltiplos de tres años de relación laboral prestando servicios efectivos...”. La controversia a este respecto se ha focalizado en la

60 PARRÉS MIRALLES, R., “Antigüedad y fijos discontinuos: el tiempo computable a efectos retributivos e indemnizatorios. Últimos desarrollos en la jurisprudencia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 9, número 2 2021, p. 337.

61 PARRÉS MIRALLES, R., “Antigüedad y fijos discontinuos...”, *loc cit.*

62 Auto del TJUE del 15 de octubre de 2019, Asuntos Acumulados C-439/18 y 472/18.

determinación del significado de la expresión relativa a la prestación de servicios efectivos como factor temporal para el devengo del derecho al complemento. El TS, con anterioridad, tradicionalmente, venía identificando esta expresión con el tiempo de trabajo real de actividad y no con el tiempo de vinculación a la empresa. Desde esta perspectiva, pues, se consideraba que el CC establecía el devengo del derecho al complemento de forma que el cómputo era proporcional al tiempo de trabajo sin contravenir la igualdad de trato que el mismo impone entre trabajadores a tiempo completo y parcial, acorde a esta interpretación el tiempo de inactividad o entre campañas no tenía la consideración de tiempo computable a efectos del devengo del derecho al complemento de antigüedad. Frente a esta interpretación, el TSJ de Galicia planteó cuestión prejudicial al TJUE considerando que la misma entrañaba una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y parcial contraria a la normativa comunitaria de igualdad en materia de trabajo a tiempo parcial y en materia de género, habida cuenta de la feminización del personal fijo discontinuo al que resultaba de aplicación la citada disposición. Conforme al modo de cómputo acogido por el TS, en efecto, el trabajador a tiempo parcial no solo adquiriría el derecho al complemento a un ritmo más lento que el trabajador a tiempo completo, sino que, además, una vez devengado el derecho al complemento lo cobraría igualmente en menor proporción que éste. Así las cosas, el TSJ remitió la cuestión al TJUE a fin de que éste determinase si la citada disposición y la interpretación que de la misma se venía haciendo habrían de encontrar encaje o justificación en el marco normativo de la UE. La respuesta dada a este respecto por el TJUE se contiene en el Auto de 15 de octubre 2019 antes citado. En el mismo, el Tribunal concluye que realmente no se estaría aplicando un criterio de proporcionalidad en el cómputo del tiempo a efectos del devengo del derecho al complemento, sino que, sencillamente, a la expresión servicios efectivos se le estaría dando un distinto contenido a tal efecto según se trate de trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial⁶³, pues en el caso de los trabajadores a tiempo completo este factor temporal se identifica con el tiempo de vinculación jurídico laboral con el empresario, esto es con todo el periodo de duración de la relación laboral, en tanto se computan estadios de inactividad como vacaciones o posibles bajas por enfermedad mientras que en el caso de los fijos discontinuos el mismo factor temporal se identifica únicamente con el tiempo de trabajo, es decir, con la duración de los periodos efectivamente trabajados⁶⁴. Esta diferente forma de definir la antigüedad computable a efectos del devengo del derecho al complemento de antigüedad en función de la jornada de los trabajadores constituye a juicio del TJUE una diferencia de trato que, al no encontrar justificación, ha de considerarse discriminatoria. A resultas de todo ello, el TJUE considera que “el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores

.....

63 PARRÉS MIRALLES, R., “Antigüedad y fijos discontinuos...”, *cit.*, p. 338.

64 PARRÉS MIRALLES, R., “Antigüedad y fijos discontinuos...”, *loc cit.*

a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir un trienio se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los períodos no trabajados⁶⁵. En vista de esta decisión, la STS de 19 de noviembre de 2019 modificó la doctrina que hasta el momento había adoptado el TS en lo que se refiere a la forma de computar la antigüedad de los fijos discontinuos de la AEAT a efectos del complemento de antigüedad. Y, en este sentido, concluye que «no procede entender que a los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT se les computa, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, únicamente el tiempo efectivamente trabajado, sino que ha de tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral. De no seguirse esta interpretación se produciría una diferencia de trato peyorativa para los trabajadores fijos discontinuos en relación con los trabajadores a tiempo completo ya que, ante un mismo periodo de prestación de servicios, los segundos devengarían un trienio al transcurrir tres años, en tanto a los primeros se les tendría en cuenta, no la duración de la relación laboral, sino el tiempo de servicios efectivamente prestados»⁶⁶. Criterio este que se ha venido consolidando en SSTs posteriores.

El nuevo artículo 16.6 ET positiviza esta doctrina jurisprudencial relativa al cálculo de la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos y también como se verá, la relativa al cómputo de los períodos de actividad a efectos indemnizatorios, en los términos siguientes: “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”.

En relación con la indemnización por despido improcedente, conforme a la STS de 30 de julio de 2020, la antigüedad computable a efectos de su cuantificación, esto es, el “tiempo de servicios” con el que la jurisprudencia ha identificado la noción de años de servicio del art. 56 ET, se define de la misma forma para cualquier tipo de trabajador. Dicho factor, en efecto, se identifica con unos mismos tiempos con independencia de la modalidad contractual de los trabajadores. No existe la diferencia de trato que se consideró determinante en el asunto del complemento de antigüedad de la AEAT para declarar la existencia de discriminación y que llevó a declarar computable el periodo de inactividad entre campañas de los fijos discontinuos. Este tiempo de inactividad, no puede ser tenido en cuenta en el

.....

65 Razonamiento jurídico quinto Auto del TJUE del 15 de octubre de 2019, Asuntos Acumulados C-439/18 y 472/18.

66 Vid. STS de 10 de diciembre de 2019 (Rec. 2932/2017), STS de 19 de mayo de 2020 (Rec. 3625/2017), STS de 25 de junio de 2020 (Rec. 3739/2017), STS de 30 de septiembre de 2020 (Rec. 207/2018), STS de 13 de enero de 2021 (Rec. 3918/2019), STS de 13 de enero de 2021 (Rec. 3369/2019), STS de 1º de febrero de 2021 (Rec. 4073/2018) y STS de 16 de febrero de 2021 (Rec. 3372/2019).

cálculo de la indemnización por despido en la medida en que no se identifica con el tiempo definido como computable a tal efecto, esto es, con el criterio del tiempo de servicios. A través de este factor temporal, la cuantificación de la indemnización sí se articula de conformidad con el principio de proporcionalidad⁶⁷. Por tanto la solución es diferente si se trata del cómputo de la antigüedad o la indemnización por despido, para el cálculo de la indemnización de los fijos discontinuos se aplica el criterio *pro rata temporis*, que excluye los períodos de inactividad de los fijos discontinuos en su cálculo ya que no son tiempo de prestación de servicios, mientras que en el cálculo de la antigüedad sí son tenidos en cuenta por las razones más arriba expresadas, criterio que ha sido positivizado en el nuevo art. 16.6 ET (“...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..” Art. 16.6. ET).

Desde la perspectiva de la proporcionalidad, la STS de 30 de julio de 2020, pone el acento en el diferente impacto del cálculo del tiempo en el caso de la antigüedad y de la indemnización por despido, la indemnización se calcula sobre la base del salario del último mes trabajador, pues si dicho salario se multiplicase por el número total de meses transcurridos desde que comenzó a prestar servicios en la empresa hasta que se extinguió la relación laboral, incluyendo tanto los períodos de actividad como de inactividad la indemnización no se basaría en el tiempo de servicio sino en el lapso total transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta su finalización y no guardaría proporción con la efectiva prestación de servicios en la empresa⁶⁸.

8. PRIORIDAD PARA EL ACCESO A LAS INICIATIVAS DE FORMACIÓN DEL SISTEMA DE FORMACIÓN PROFESIONAL

Se busca que a través de la formación continua de las personas trabajadoras pueda alcanzarse no solo su mejora formativa sino también su recualificación. El reconocimiento del acceso prioritario a la formación y la posibilidad de recibirla en los períodos de inactividad pretende favorecer la readaptación profesional para el colectivo de trabajadores fijos discontinuos, para el que es una necesidad⁶⁹.

67 PARRÉS MIRALLES, R., “Antigüedad y fijos discontinuos...”, *cit.*, p. 340.

68 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 142.

69 LÓPEZ BALAGUER, M. y RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral...*, *cit.*, p. 143.

Por otra parte, lo que no aclara el precepto cuál es el alcance de esa prioridad, si es frente a cualquier sujeto o supone una preferencia frente a otros colectivos prioritarios, y si existe algún tipo de ordenación de prioridades. Tampoco se establece procedimiento alguno a través del cual pueda hacerse valer dicho carácter prioritario. Por todo ello nos tememos que estamos ante una norma de escaso o nulo carácter obligatorio, de manera que salvo que los poderes públicos decidan implementar de manera efectiva esta prioridad, difícilmente va a tener consecuencias favorables para los fijos discontinuos⁷⁰.

9. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LAS PERSONAS FIJAS DISCONTINUAS

El art. 16.6 ET señala en su nueva redacción que los fijos discontinuos “no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo (suspensiones, licencias, excedencias) y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos”. Obviamente los fijos discontinuos tienen los mismos derechos de conciliación que el resto de los trabajadores, y así se ha querido resaltar con este apartado 6 del artículo 16, el carácter discontinuo no podría justificar la negativa empresarial a la concesión de los mismos derechos que en este ámbito tienen reconocidos los trabajadores. El legislador puntualiza que los fijos discontinuos no pueden sufrir perjuicios por el ejercicio de tales derechos. Es decir, su llamamiento futuro no podrá verse alterado en manera alguna por el lícito ejercicio de derechos de conciliación o de ausencias consagrados legalmente, que no puede generar una preterición del trabajador o su retraso en el orden de llamada en futuros llamamientos, siendo conveniente que las reglas sobre llamamiento reflejen esta cuestión⁷¹.

70 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico..., *cit.*, p. 247.

71 GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El nuevo régimen jurídico..., *loc cit.*..

LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL REAL DECRETO LEY 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

THE REFORM OF COLLECTIVE BARGAINING IN RDL 32/2021, OF DECEMBER 28

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña

Fecha de recepción: 4/7/2022

Fecha de aceptación: 17/10/2022

SUMARIO: 1. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE DE LA REFORMA ACOMETIDA EN EL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 2. LA REFORMA ACOMETIDA EN LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS. 2.1. La situación previa: desde el ET de 1980 hasta las Reformas de 2011 y 2012. 2.2. La Reforma de 2021: la nueva regulación estatutaria de la concurrencia de convenios colectivos. 2.2.1. La reducción del ámbito de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto del convenio sectorial. 2.2.2. Corresponsabilidad y conciliación. 2.2.3. Situaciones de transitoriedad. 3. LA REFORMA ACOMETIDA EN LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS. 3.1. La situación previa: desde el ET de 1980 hasta las Reformas de 2011 y 2012. 3.2. La Reforma de 2021: la nueva regulación estatutaria de la ultraactividad de convenios colectivos. 3.2.1. El mantenimiento de la dispositividad y cómo sobre ello inciden las reformas. 3.2.2. El fomento de mecanismos de solución autónoma. 3.2.3. La ultraactividad indefinida. 3.2.4. Situaciones de transitoriedad. 4. PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAACTIVA: ¿SE HA CAMBIADO ALGO O SE MANTIENE TODO IGUAL? 5. UNA CONCLUSIÓN: MÁS AUTONOMÍA COLECTIVA, MENOS DIRIGISMO.

RESUMEN: La Reforma laboral de 2021 ha modificado el sistema de negociación colectiva laboral en apenas dos aspectos, pero dos aspectos muy relevantes dentro de la arquitectura del sistema: la reducción del ámbito de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto del convenio sectorial para evitar la degradación de las condiciones salariales en convenios de empresa; y la reforma de la ultraactividad indefinida para potenciar los mecanismos de solución autónoma y la vuelta al régimen de retroactividad indefinida. Más allá de esa lectura literal, una interpretación más completa atendiendo a los antecedentes de las normas, sus finalidades, su concordancia con otras de su mismo grupo normativo, y la realidad del tiempo en que han de ser aplicada, permite desentrañar un elemento menos evidente pero trascendental para el entendimiento de la reforma de la negociación colectiva: la potenciación de la autonomía colectiva y un menor dirigismo.

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva laboral, reforma laboral en España 2021.

ABSTRACT: The 2021 Labor Spanish Reform has modified the collective labor bargaining system in just two concrete aspects, but two very relevant aspects within the architecture of the system: the reduction of the scope of the application priority of the company agreements with respect to the sectoral agreement to avoid degradation of salary conditions in company agreements; and the reform of the indefinite ultraactivity to enhance the mechanisms of alternative solution and the return to the regime of indefinite retroactivity. Beyond that literal reading, a more complete interpretation considering the background of the norms, their purposes, their concordances with others of its same normative group, and the reality of the time in which they has to be applied, allows unraveling a less obvious element, but transcendental for the understanding of the reform of collective bargaining: the empowerment of collective autonomy and less control.

KEY WORDS: Collective labor bargaining, labor spanish reform 2021.

1. JUSTIFICACIÓN Y ALCANCE DE LA REFORMA ACOMETIDA EN EL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En materia de negociación colectiva, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, el RDL 32/2021), ha reformado dos apartados de dos artículos del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, el ET: el apartado 2 del artículo 84 del ET y el apartado 3 del artículo 86 del ET (cuyo contenido, tras la reforma acometida, se ha desdoblado en dos apartados, el 3 y el 4).

Con estas dos reformas, afectantes a tan escaso número de normas, se pretende dar solución a las tres “debilidades y distorsiones” de las que, según la Exposición de Motivos del RDL 32/2021, adolece nuestro sistema de negociación colectiva, a saber:

- a) “Una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna” pues las empresas, en lugar de utilizar mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue.
- b) “Falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables”, lo 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 asimismo sobre los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo.
- c) “Unas reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa que deben ser matizadas a efectos de reforzar el convenio sectorial” pues los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada.

Una comparativa superficial entre el tan escaso número de normas afectadas y la profundidad de las finalidades que con ellas se pretenden podría hacer pensar que el Poder legislativo ha incurrido en el vicio (que a veces se aprecia en las Exposiciones de Motivos) de la ampulosidad vacía de la parte expositiva si comparada con el impacto sustantivo del articulado de la parte dispositiva. Sin embargo, “(la) brevedad (de la reforma) no oculta su verdadera dimensión material, que descende a los problemas reales y aporta las soluciones necesarias ... consecuencia de un detallado análisis previo acerca de cuáles son los verdaderos defectos del sistema de negociación, más allá de apriorismos y de soluciones generalizadas poco adecuadas a la realidad española”¹.

Y es que si entramos en más profundidades, podemos comprobar cómo el RDL 32/2021 acomete dos reformas aparentemente puntuales pero que afectan a dos aspectos sustanciales del régimen estatutario de negociación colectiva: una de las reformas (la del artículo 84.2) se refiere (dentro de la regulación de la prohibición de concurrencia de convenios colectivos) al régimen de prioridad aplicativa de los convenios de empresa frente a los del sector con la finalidad de reducir el ámbito de dicha prioridad (especialmente vinculada esa reforma con las justificaciones a y c invocadas en la Exposición de Motivos); la otra (las del artículo 86.3 y 4) se refiere (dentro de la regulación de la vigencia de los convenios colectivos) al régimen de ultraactividad del convenio colectivo con la doble finalidad de imponer una mediación obligatoria en el supuesto de ausencia de acuerdo en orden a la renovación del convenio colectivo y de restablecer, en defecto de pacto, la ultraactividad indefinida (especialmente vinculada esa reforma con la justificación b invocada en la Exposición de Motivos). Aparte de estos cambios sustanciales de fondo, se aprecian algunos otros cambios de redacción.

Más en concreto, las dos reformas acometidas por el RDL 32/2022 afectan a dos aspectos sustanciales del régimen estatutario de negociación colectiva que habían sido reformados en profundidad en la Reforma de 2011 (Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio y 2012) y, muy especialmente, en la Reforma de 2012 (Real Decreto-ley 3/2021, de 10 de febrero, y Ley 3/2012, de 6 de julio). La comparación entre lo introducido en esas dos reformas y la nueva regulación es un aspecto básico para entender su alcance, y verificar en

.....

1 María Amparo BALLESTER PASTOR, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social (Madrid, 2022), pp. 154–155. Se trata de una opinión doctrinal generalizada. Para Carlos Luis ALFONSO MELLADO, “los cambios que se han introducido son notables, pese a su sencillez”, “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto Ley 32/2021: Orígenes y contenido”, en *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico jurídico de su régimen jurídico*, José Luis MONEREO PÉREZ / Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO / Guillermo RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.) y Francisco ORTIZ CASTILLO (coord.), Ediciones Laborum (Murcia, 2022), p. 474. Para José Manuel MORALES ORTEGA, las reformas en la materia “han sido, en términos cuantitativos, escasas (y) sin embargo, en términos cualitativos, han sido profundas”, “Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RDL 32/2021”, *Trabajo, persona, derecho, mercado*, Monográfico 2022, p. 223. O Alexandre PAZOS PÉREZ, quien califica los ajustes hechos como “parciales, eso sí, sustanciales”, “El retroceso del criterio de prioridad aplicativa del convenio de empresa y ultraactividad de los convenios colectivos”, *Revista Galega de Dereito Social – 2ª Etapa*, núm. 14, 2022, p. 43.

qué medida estas dos reformas suponen una marcha atrás sin mayores apreciaciones, o esa marcha atrás es solo relativa pues aparece conjugada con el mantenimiento de aspectos introducidos en las Reformas de 2011 y de 2012 que se consideran deben ser conservados y en su caso con el añadido de aspectos novedosos.

Analizaremos, en consecuencia, las dos reformas acometidas por el RDL 32/2022 con un somero análisis, previo al análisis de cada una, de la evolución de la regulación desde el ET de 1980, y en particular tras las Reformas de 2011 y de 2012, incidiendo en particular en el alcance que las mismas tuvieron en la realidad negocial; y ello (aunque supone revisar lugares comunes sobradamente conocidos) nos permitirá conocer la situación previa a cada una de las reformas existentes en la materia afectada.

2. LA REFORMA ACOMETIDA EN LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

2.1. La situación previa: desde el ET de 1980 hasta las Reformas de 2011 y 2012

En su redacción originaria (Ley 8/1980, de 10 de marzo), el ET, en su artículo 84 (bajo el sucinto título de “conurrencia” y en un único y breve párrafo que, en la redacción actualmente vigente aparece en el apartado 1 del artículo 84), establecía que “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto”. Aunque no es momento de analizar la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, sí es oportuno retener (pues ello será de interés a los efectos de la exposición) las siguientes precisiones surgidas de la jurisprudencia:

- Que la afectación prohibida es la denominada afectación conflictiva, es decir que los convenios con vigencias simultáneas en el tiempo y parcialmente coincidentes, se opongan en sus contenidos normativos, no si se complementan (STS de 29 de enero de 1992, Rec. 886/1991) o si un convenio se remite al contenido del otro convenio.
- Que no rige la prohibición de concurrencia durante la ultraactividad pues esta no es una situación de vigencia en el sentido expresado en el artículo 84 (STS de 29 de enero de 1992, Rec. 886/1991; STS de 23 de octubre de 1995, Rec. 2054/94; STS de 2 de febrero de 2004, Rec. 3069/2002; STS de 17 de mayo de 2004, Rec. 101/2003; STS de 21 de diciembre de 2005, Rec. 45/2005; STS de 20 de junio de 2012, Rec. 31/2011).
- Que la entrada de un convenio colectivo de ámbito superior en el ámbito de aplica-

ción de un convenio colectivo de inferior en ultraactividad no supone la absorción de la unidad de negociación de ámbito inferior en la del convenio colectivo de ámbito superior (impermeabilización de la unidad de negociación) salvo en el caso de que esa unidad fuese objeto de abandono por la suspensión de las negociaciones (STS de 6 de noviembre de 1998, Rec. 1688/1998; STS de 11 de octubre de 2005, Rec. 24/2005).

- Que la sanción de la prohibición de concurrencia no es la nulidad total o parcial del convenio posterior en el tiempo (como en un primer momento entendió la jurisprudencia de la Sala 4ª), sino su inaplicación total o parcial hasta que el convenio anterior en el tiempo pierda su vigencia y entre en ultraactividad (STS de 5 de junio de 2001, Rec. 2160/2000; STS de 17 de julio de 2002, Rec. 171/2001; STS de 31 de octubre de 2003, Rec. 17/2002; STS de 8 de junio de 2005, Rec. 100/2004; STS de 24 de abril de 2006, Rec. 3443/2004; STS de 13 de noviembre de 2007, Rec. 8/2007).

La regla general de prohibición de concurrencia admite pacto en contrario, aunque ese pacto solo cabe “mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos (de) las organizaciones sindicales y las asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad autónoma”, pues solo a ese nivel negocial en la cumbre se podrá regular “la estructura de la negociación colectiva ... las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores” (artículo 83.2 al que remite el actual 84, apartado 1).

Desde 1994 (Ley 11/1994, de 19 de mayo), se ha añadido otra salvedad, que es la institución del descuelgue autonómico que se introdujo debido a la iniciativa del Grupo Parlamentario Vasco. Según la redacción actualmente vigente (artículo 84, apartado 3), “salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, en el ámbito de una comunidad autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación”. Ahora bien, se considerarán materias no negociables en ámbito de comunidad autónoma (artículo 84, apartado 4) el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica, salvo régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según artículo 83.2.

Pues bien, la Reforma de 2011 introdujo una tercera excepción o salvedad a la prohibición general de concurrencia de convenios colectivos en el apartado 2 del artículo 84, y es la prioridad del convenio de empresa (o del convenio de grupo de empresas o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas) respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Además, los acuerdos y convenios colectivos del artículo 83.2 podían contemplar más materias con prioridad.

La Reforma de 2012 mantuvo el alcance material de esta prioridad aplicativa, pero mientras la Reforma de 2011 admitía pacto en contrario cuando en acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 se establecieran reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios, la Reforma de 2012 estableció la imperatividad de la norma, o sea “los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”, aunque sí se admite (como ya en la Reforma de 2011) que en dichos acuerdos o convenios colectivos se amplíen a mayores las materias objeto de prioridad aplicativa.

¿Qué alcance ha tenido estas reformas en la realidad negocial? Si con esta reforma se pretendía erosionar la prevalencia del convenio sectorial en nuestro sistema de negociación colectiva, ello no se consiguió, o a lo menos no se consiguió plenamente pues la tasa de cobertura de los convenios sectoriales sigue siendo mucho más elevada (unos 10.000.000 en 2019 y unos 9.000.000 en 2020, efecto pandemia) que la de los convenios de empresa (unos 550.000 en 2019 y unos 250.000 en 2020, efecto pandemia)². El problema no ha sido tanto de cantidad como de calidad pues el incremento de los convenios de empresa ha pivotado sobre la aparición de convenios de empresas con baja afiliación sindical, y sobre todo de empresas multiservicios, en ambos casos con la finalidad de introducir condiciones salariales a la baja respecto a los convenios colectivos de sector. Lo que ha motivado

.....

2 He manejado los datos ofrecidos en el panorama de la negociación colectiva contenido en la *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2020* (última publicada), del Consejo Económico y Social, estando todas las memorias accesibles en <http://www.ces.es/memorias> (consultado el 17/05/2022).

un malestar sindical así como denuncias de *dumping* social de los empresarios anclados en los salarios sectoriales³.

2.2. La Reforma de 2021: la nueva regulación estatutaria de la concurrencia de convenios colectivos

El RDL 32/2021 ha modificado el régimen de prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, pero solo en dos aspectos muy puntuales: se ha eliminado la letra a (referida a la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa), y en la letra referida a las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal (actual letra e debido el corrimiento de letras derivado de la supresión de la a), se añade la corresponsabilidad.

La redacción originaria del RDL 32/2021 incluía otro cambio en la redacción de una de las letras (la actual d), pues se refería a “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente ley a los convenios colectivos”, y no “a los convenios de empresa” como se decía en la redacción anterior a la Reforma de 2021, y que es lo que, tras corrección legal de calado⁴, se sigue diciendo.

2.2.1. La reducción del ámbito de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto del convenio sectorial

La principal novedad en la regulación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa o grupo de empresas sobre los convenios de sector estatales, autonómicos o de otro ámbito se encuentra en la eliminación de la letra a referida a la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. De este modo, se corrige el “efecto de devaluación salarial que provocó la posibilidad de que el convenio de empresa pudiera derogar el convenio sectorial en este ámbito, pero no afectó al resto de materias que pueden alterarse por el convenio de empresa

.....
3 Jesús LAHERA FORTEZA, quien explica el escaso impacto de la reforma en la amplia implantación de pequeñas y medianas empresas y en la arraigada cultura empresarial de aplicación del convenio sectorial porque un convenio de empresa supondría trasladar el conflicto sindical al seno de la empresa, *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2022), p. 32.

4 Obviamente, la referencia a “los convenios colectivos” y no a “los convenios de empresa” era un *lapsus calami*, aunque de tal calado que fue necesario corregirlo, no con una corrección de erratas, sino con una nueva norma modificativa de la redacción original, y que se encuentra camuflada en el artículo 4 del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos de la Reestructuración Bancaria.

sobrevenido”⁵. Se trata de un cambio “de por sí bastante simple” pero “tan importante que evita en gran medida la aparición de convenios que presentaban claros rasgos de abusividad y que había aparecido al amparo de esta posibilidad, frente a los que era difícil reaccionar judicialmente por la no exigencia de causalidad de lo pactado”⁶. Tan es así que es “una de las medidas estrella del RDL ... no solo en el contexto de la negociación colectiva, sino en el conjunto de esta norma”⁷.

Pero el efecto buscado por la Reforma de 2021 de evitar la devaluación salarial del personal en empresas de baja afiliación sindical, y sobre todo en empresas multiservicios, no se obtiene sin más con la eliminación de la letra a del artículo 84.2 del ET. No estamos ante una medida autoejecutiva y, en el caso de empresas multiservicios, ni siquiera es una medida autocompleta en orden a la finalidad buscada.

No estamos ante una medida autoejecutiva porque lo que la medida posibilita es que los agentes sociales, al nivel sectorial que estimen oportuno, sean quienes establezcan la cuantía del salario base y de los complementos salariales en el ámbito sectorial que consideren más oportuno: estatal, autonómico o de otro ámbito. O sea, de lo que finalmente hagan dependerá de que en efecto se corrija la deriva salarial en una mayor o menor medida. Y aunque serán ellos quienes decidan en cada caso (y en este sentido sería poco realista negar el mayor poder de los sindicatos y de las asociaciones empresariales a nivel estatal, a salvo de mayorías alternativas en algunas partes del territorio del Estado), muy probablemente los convenios de sector estatal, si algo hacen, sea limitarse a establecer la ordenación general del sistema de negociación colectiva en materia de cuantía salarial pues “no es de esperar de la prudencia de (las entidades sindicales y patronales a nivel estatal) que nos veamos abocados a una ola de centralización y uniformización de las cuantías salariales”⁸, dejando así la cuestión de la cuantía concreta a convenios sectoriales intermedios (sector autonómico o provincial).

Tampoco es una medida autocompleta en orden a la finalidad buscada de mejorar los salarios de las personas trabajadoras en el caso de empresas multiservicios, porque no basta con que se despriorice la cuantía del salario base y de los complementos salariales en relación con los convenios colectivos de empresa o de grupo de empresas (primer vértice del triángulo), y con que los convenios colectivos de sector estatales, autonómicos o de otro ámbito regulen esas cuantías (segundo vértice del triángulo), para que las empresas multiservicios se vean compelidas a mejorar los salarios de su personal: es necesario un tercer vértice del triángulo donde se establezca la vinculación de las empresas multiservi-

5 María Amparo BALLESTER PASTOR, *La reforma laboral ...*, obra citada, p. 159.

6 Carlos Luis ALFONSO MELLADO, “La reforma ...”, obra citada, p. 477.

7 José Manuel MORALES ORTEGA, “Negociación colectiva ...”, obra citada, p. 229.

8 Jaime CABEZA PEREIRO, “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *NET21*, núm. 8, 2022.

cios a las cuantías salariales del convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad de la empresa que en cada contrata sea la principal. Y ese tercer vértice del triángulo el RDL 32/2021 se encarga de introducirlo en el artículo 42.6 del ET (es otra de las grandes novedades de la Reforma 2021, aunque su análisis ya se nos queda fuera del estudio sobre negociación colectiva). Para evitar cualquier elusión, el artículo 46.2.II aclara que, si la empresa contratista o subcontratista cuenta con un convenio propio, se aplicará este “en los términos que resulten del artículo 84” (esto es, sin prioridad aplicativa en relación a las cuantías salariales con respecto al convenio sectorial de la actividad de la empresa principal).

¿Supone ello la imposibilidad de que los convenios colectivos de empresa o grupo de empresa regulen al alza la cuantía del salario base y de los complementos salariales? A nuestro entender, no. Lo que supone la pérdida de prioridad aplicativa es que la regulación en esta materia del convenio colectivo de empresa o de grupo de empresas queda sometido a la aplicación de la prohibición de concurrencia en los términos establecidos en el artículo 84.1 (y sin perjuicio del artículo 83.2). De esta manera, si la regulación supone cuantías a la baja, se producirá una concurrencia conflictiva, y como tal prohibida e inaplicable. Pero si la regulación supone cuantías al alza, no hay una concurrencia conflictiva, sino complementaria, que no está prohibida pues nada impide aplicar al mismo tiempo las dos normas colectivas (una, la sectorial, con la cuantía salarial mínima; y la otra, la empresarial, con la cuantía salarial superior).

El comentario de esta reforma debe hacer hincapié en lo que se mantiene, y es así es que se ha llegado a afirmar que “es más lo que se conserva que lo que se pierde”⁹.

- Se mantiene la prioridad aplicativa del convenio de empresa o grupo de empresas en todas las demás materias enumeradas en el artículo 84.2 del ET porque o bien estamos ante materias más propias de una gestión a nivel empresarial (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; la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa; las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal), o bien se trata de una prioridad admitida en la negociación colectiva en la cumbre (de ahí el mantenimiento de la prioridad en

.....

9 Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “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*, vol. 3 – número extraordinario sobre la Reforma laboral de 2021, enero 2022, p. 119 ss.

relación con aquellas otras materias que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2).

Con esta última cláusula (que ya existía en la regulación anterior y que, como hemos dicho, se mantiene en la actual), “se abre la puerta a que los niveles centralizados de negociación amplíen el listado de materias para los que se conserva la preferencia de los convenios de empresa ... una puerta que, aunque presumimos no será abierta con regularidad, sí posibilita el desarrollo de una descentralización centralmente coordinada o, si se prefiere, una descentralización organizada que permita, de este modo, un reajuste de la estructura de la negociación colectiva, orientada desde los niveles superiores a través de reparto de tareas y en función de las capacidades negociadoras”¹⁰.

Incluso sería posible que se volviera a dar prioridad aplicativa a los convenios de empresa en relación con la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, a que se refería la desaparecida letra a. Pero en este caso “la prioridad es concedida por los propios interlocutores sociales; y en la medida en que lo hacen, la estructura y contenidos negociadores quedan en sus manos, por lo que se supone que respetarán y atenderán a los oportunos equilibrios de poder y a los derechos de las personas trabajadoras”¹¹.

- Se mantiene el carácter imperativo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa o grupo de empresas sobre los convenios de sector estatales, autonómicos o de otro ámbito. No se trata de una vuelta a la Reforma de 2011, donde la prioridad aplicativa era disponible en virtud de los acuerdos o convenios colectivos negociados y aprobados de acuerdo con el artículo 83.2 del ET, sino una confirmación de la Reforma de 2012, que introdujo esa imperatividad, lo que, “de manera intervencionista, asegura la imposible neutralización de la descentralización de la negociación colectiva en la empresa en estas materias a través de acuerdos sectoriales estatales o autonómicos”¹².
- Se mantiene en general la estructura y contenido del artículo 84.2 del ET, de manera que sigue siendo aplicable la jurisprudencia que, con relación a los supuestos enumerados de materias en que el convenio colectivo de empresa o de grupo de empresas es prioritario frente a los convenios de sector estatales, autonómicos o de otro ámbito, viene manteniendo su interpretación en términos literales. Según la SAN de 1 de diciembre de 2014 (Sentencia 90/2014), confirmada en la STS 1 de abril de

10 Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin ...”, obra citada, p. 120.

11 José Manuel MORALES ORTEGA, “Negociación colectiva ...”, obra citada, p. 230.

12 En este sentido, Jesús LAHERA FORTEZA, *La negociación colectiva ...*, p. 34.

2016 (Rec. 147/2015), la tarea fundamental que resulta del artículo 84.2 del ET es la de precisar qué preceptos convencionales de un concreto convenio de empresa encajan en los conceptos que sucesivamente utiliza el propio apartado en las letras a a f, de manera que se puede afirmar la prioridad aplicativa de los que encajen y rechazarla respecto de los que no encajen¹³, que quedarán sometidos a la prohibición general de concurrencia.

- Se mantiene, finalmente, la posibilidad de inaplicación del convenio colectivo en materia de “sistema de remuneración y cuantía salarial” (artículo 82.3.II.d) a través de la cual se puede conseguir la reducción de la cuantía salarial en el ámbito de una empresa o grupo de empresas, como también antes se podía conseguir a través de un convenio colectivo de empresa o grupo de empresas gracias a la prioridad aplicativa que ahora ha desaparecido en esta materia, pero con la importante diferencia de que estamos ante una medida solo justificada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o sea es causal, con lo cual es “más fácil de controlar judicialmente”¹⁴. Precisamente entre las finalidades del RDL 32/2021, está, según se afirma en su Exposición de Motivos, corregir “una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna” que, con la eliminación de la vieja letra a) del artículo 84.2, se corrige pues tras la Reforma de 2021 lo único que puede afectar a la cuantía salarial es un mecanismo de flexibilidad interna (el que se mantiene en el artículo 82.3.II.d), sin que esa flexibilidad interna se pueda ya alcanzar a través de la negociación de un convenio colectivo empresarial, impropia figura para tal finalidad.

En conclusión, nos encontramos con una puntual corrección del sistema normativo de concurrencia de convenios preexistente. Bajo un análisis político tanto se puede considerar esta reforma puntual como la punta de lanza de una reforma más profunda, como se puede considerar como la consolidación del sistema normativo de concurrencia de convenios preexistente y, en particular, el surgido de las Reformas de 2011 y 2012. Lo que está claro es que, no obstante su carácter puntual, su trascendencia práctica es importante, aunque, eso sí, la misma se deja a la acción de los agentes sociales con poder negociador a nivel sectorial, que son quienes podrán rectificar, en los términos que acuerden y que estimen oportunos, la devaluación salarial posibilitada por las Reformas de 2011 y 2012. En este sentido, la Reforma de 2021 “tiene un innegable trasfondo político, pero es, de largo, menos dirigista que las de 1994, 2011 y 2012”¹⁵.

.....

13 Véase ampliamente sobre la doctrina contenida en la SAN, Francisco Javier GÓMEZ ABELLEIRA, “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014: la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015.

14 Carlos Luis ALFONSO MELLADO, “La reforma ...”, obra citada, p. 478.

15 Jaime CABEZA PEREIRO, “Prioridad aplicativa ...”, obra citada.

2.2.2. Corresponsabilidad y conciliación

Con anterioridad a la Reforma de 2021, una de las materias incluidas en la prioridad aplicativa del convenio de empresa o de grupo de empresa frente a los de sector eran “las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”. Tras la Reforma de 2021, tal materia se define de manera más comprensiva como “las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”. O sea, a la referencia antes solo a las medidas de conciliación, se une ahora la referencia a la corresponsabilidad (actual artículo 84.2.e).

Se trata de un cambio loable desde las perspectivas simbólica y de pedagogía normativa, “una anexión que no está huérfana de significado”¹⁶, pues con este cambio o anexión se nos recuerda la necesidad, a los efectos de alcanzar la igualdad de los sexos, de que los hombres asuman sus responsabilidades familiares como las mujeres, y en particular les recuerda esa necesidad a los agentes negociadores de los convenios colectivos de empresa o grupos de empresa (empresas y representación del personal), que son quienes deben plasmar en el convenio correspondiente las medidas para favorecer la conciliación y corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral.

Pero el cambio no tiene tanta trascendencia jurídica si consideramos que, según el artículo 44.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, “los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”. Dicho de otra manera, la conciliación a que se alude en el actual artículo 84.2.e del ET se debería interpretar sin necesidad de más añadido como declinada en clave de corresponsabilidad pues la LO Igualdad no admite otra conciliación que no sea aquella que fomente una asunción equilibrada de las responsabilidades familiares.

Una última precisión merece ser destacada. Y es que el ámbito empresarial o de grupo de empresas es el ámbito más idóneo para negociar esta clase de medidas de conciliación / corresponsabilidad dada la cercanía de quienes negocian en este ámbito con la realidad productiva de la propia empresa o grupo de empresas y de las necesidades conciliatorias de su personal. Ciertamente, el ámbito empresarial o de grupo de empresas presenta debilidades sindicales que pudieran conducir a una escasa plasmación de esta clase de cláusulas en el convenio colectivo¹⁷. Pero esta escasa plasmación a lo que obedece es a una cultura negocial necesitada de superación pues las cláusulas de favorecimiento de conciliación / corresponsabilidad no debieran ser solamente de interés sindical, sino que deberían ser

.....

16 Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin ...”, obra citada, p. 120.

17 José Manuel MORALES ORTEGA, “Negociación colectiva ...”, obra citada, p. 229.

también de interés empresarial en la medida en que, comprometiéndose la empresa con las necesidades de las personas trabajadoras, estas se comprometerían con las necesidades productivas de la empresa¹⁸.

2.2.3. Situaciones de transitoriedad

El RDL 32/2021 regula en su disposición transitoria sexta la “aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma”. Tal disposición transitoria ha sido muy bien recibida en la doctrina científica que la contrasta con la ausencia de disposiciones transitorias en las anteriores reformas afectantes del artículo 84 del ET (Reformas de 1994, de 2011 y de 2012), y en especial con los problemas debidos a la brusquedad aplicativa de la Reforma de 2012¹⁹.

La disposición transitoria parte de la base de la ausencia de una norma especial de entrada en vigor de la reforma acometida en el artículo 84.2 del ET, de manera que su entrada en vigor es la de la entrada en vigor de la Reforma de 2021: al día siguiente de la publicación del RDL 32/2021 en el BOE, lo que acaeció el 30 de diciembre de 2021: en consecuencia, la reforma acometida en el artículo 84.2 entró en vigor el 31.

Partiendo de esa base, la disposición transitoria sexta contiene tres apartados referidos a convenios colectivos sin mayores precisiones. Ahora bien, si consideramos que la reforma del artículo 84.2 se refiere a la pérdida de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa o grupo de empresas, debemos presuponer que, en principio, solo son estos los convenios colectivos a los que se refiere la disposición transitoria sexta.

- (1) En su apartado primero, la disposición transitoria sexta establece que, “sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto–ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto–ley”. Con lo cual, el tránsito de lo anterior a lo nuevo no es brusco pues los convenios colectivos suscritos y presentados a registro con anterioridad a

.....

18 Sobre la idoneidad del nivel empresarial para negociar medidas de igualdad y en particular de conciliación / corresponsabilidad, así como la necesidad de superación de la cultura negocial imperante para implicar a las personas trabajadoras en las necesidades empresariales y a la empresa en las necesidades de conciliación de su personal, más ampliamente me remito a José Fernando LOUSADA AROCHENA, “El impacto de género de la reforma de la negociación colectiva”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 33, 2013, págs. 12–17.

19 Jaime CABEZA PEREIRO, “Prioridad aplicativa ...”, obra citada; Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin ...”, obra citada, p. 123.

la entrada en vigor del RDL 32/2021 (recordémoslo: el 31 de diciembre de 2021) no aplicarán la nueva norma hasta que pierdan su vigencia expresa (entendiendo por tal la que se deriva de la vigencia pactada, artículo 86.1; entendemos que no la prorrogada por tácita reconducción del 86.2, y mucho menos la vigencia ultraactiva del 86.3²⁰), o como máximo un año desde la entrada en vigor de la Reforma de 2021 (lo que nos sitúa en la fecha de 31 de diciembre de 2022). Y a partir de la fecha que resulte de uno u otro modo (pérdida de vigencia o plazo de un año), las tablas salariales de los convenios de empresa o grupos de empresas dejan de estar amparadas por una preferencia aplicativa y pasarán a regirse por las reglas ordinarias de concurrencia de los convenios colectivos.

A contrario sensu, sí se aplicará la nueva norma a los convenios colectivos suscritos y presentados a registro con posterioridad al 31 de diciembre de 2021.

¿Qué se quiere decir con el “sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1” que encabeza el apartado primero de la disposición transitoria sexta? Que los convenios colectivos a quienes en principio se aplicaría la disposición transitoria sexta (los de empresa o grupo de empresas suscritos y presentados a registro con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 32/2021) conservarían, sin embargo, la regulación de las cuantías del salario base y de los complementos salariales cuando fueran anteriores en el tiempo al convenio sectorial concurrente en aplicación del artículo 84.1, con el resultado de que no estarían sujetos a los plazos de transitoriedad a que se ha hecho referencia y, en suma, de que, mientras mantuvieran su vigencia temporal, podrían mantener sus tablas salariales más allá del 31 de diciembre de 2022²¹.

- (2) En su apartado segundo, la disposición transitoria sexta establece que “las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras”. Lo que es lógico pues la mayor cuantía salarial establecida en un convenio colectivo de empresa o grupo de empresas no entra en concurrencia conflictiva con la menor cuantía contenida en un convenio de sector estatal, autonómico o de otro ámbito, y en consecuencia no es una concurrencia prohibida *ex* artículo 84.1.



20 Parecidamente, Jesús Rafael MERCADER UGUINA concluye que “el concepto «vigencia expresa» puede ser razonablemente identificado con la vigencia del convenio colectivo anudada a su duración inicial pactada (art. 86.1 ET) o con aquella que se establece por acuerdo expreso de prórroga antes del vencimiento del plazo inicial de vigencia y que operan como fecha límite de duración del convenio. Más dudoso puede resultar que la misma se proyecte sobre la situación de «tácita reconducción» del art. 86.2 ET ... Tampoco alcanzaría al período posterior a dicho momento, una vez el convenio ha sido denunciado, esto es, durante la vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el art. 86.3 ET” (Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin ...”, obra citada, p. 126).

21 En este sentido, Jesús Rafael MERCADER UGUINA, “El fin ...”, obra citada, pp. 124–125.

Puede plantear problemas esta norma en su aplicación en orden a discernir si al comparativa de salarios debe hacerse en términos similares a aquellos en que se hace la absorción y compensación ordinaria (artículo 26.5 del ET: sobre conceptos homogéneos y en cómputo anual), o si frente a este sistema (que se denomina de acumulación) debe regir otro diferente atendiendo a un cómputo global (sistema de conglobamiento), o atendiendo separadamente a los distintos conceptos salariales (sistema de espiguelo). Resulta lo más acorde con la seguridad jurídica atender a un criterio ya establecido legalmente y aplicado judicialmente como es el contenido en el artículo 26.5 del ET²².

- (3) En su apartado tercero, la disposición transitoria sexta establece que “los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el 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”. O sea, cuando los convenios de empresa o grupo de empresas pierdan la preferencia aplicativa frente a los convenios de sector que se les brindaba en materia de cuantía salarial antes de la Reforma de 2021 y que en esta se les mantiene bien por aplicación de la prohibición de concurrencia del artículo 84.1 del ET bien transitoriamente por aplicación de la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021 (según el apartado primero de la disposición transitoria sexta), el enganche al convenio del sector habrá de producirse en ese plazo de seis meses. No quiere esto decir que la empresa o grupo de empresas dispone de seis meses más de transitoriedad, pues (según el apartado primero de la disposición transitoria sexta) las tablas salariales del convenio de sector ya habrán inundado el convenio de empresa o grupo de empresas, y serán directamente aplicables y consiguientemente exigibles, desde el mismo momento en que comienza a computar este plazo de seis meses, que estará más bien dirigido a ajustar la estructura salarial a la propia del convenio sectorial.

¿Es el convenio de empresa o grupo de empresas el único que puede enganchar con el sectorial, o es posible que el procedimiento se haga desde otro ámbito negocial superior? La disposición transitoria sexta se presupone aplicable a los convenios de empresa o grupos de empresa y, en consecuencia, cuando se refiere a los convenios colectivos debemos

.....

22 También se inclina por aplicar la técnica de la absorción y compensación Jesús Rafael MERCADER UGUINA (“El fin ...”, obra citada, pp. 127 y 128). Por el contrario, Jaime CABEZA PEREIRO considera que las condiciones establecidas en el convenio colectivo inundado se podrían mantener como condiciones más beneficiosas adquiridas, lo que sería tanto como admitir el espiguelo (“Prioridad aplicativa ...”, obra citada). Otra opinión diferente es la de Jesús LAHERA FORTEZA, quien atiende a una “cuantía global de la masa salarial”, sería un conglobamiento (*La negociación colectiva ...*, p. 44).

entender se refiere a los de empresa o grupos de empresa. Pero no vemos inconveniente alguno en que el enganche se acuerde en cualquier ámbito de negociación apropiado que según el artículo 84.1 sea de aplicación, ya sea por prioridad temporal o por mandato de acuerdo o convenio regulado al amparo del artículo 83.2²³.

Una conclusión final surge en relación con la disposición transitoria sexta del RDL 32/2021, y esta va en la línea de destacar que el escaso dirigismo demostrado por el RDL 32/2021 en la reforma del artículo 84.2 del ET, se aprecia igual en aquella a la vista de que se deja a salvo la aplicación del artículo 84.1 y de que se establece una suave aplicación temporal de la reforma con plazos largos y uno adicional de enganche.

3. LA REFORMA ACOMETIDA EN LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS

3.1. La situación previa: desde el ET de 1980 hasta las Reformas de 2011 y 2012

En su redacción originaria (Ley 8/1980, de 10 de marzo), el ET, en su artículo 86 (bajo el sucinto título de “vigencia”), distinguía (de hecho, los sigue distinguiendo en su redacción actualmente vigente) hasta tres periodos temporales diferentes en la vida jurídica de un convenio colectivo: la vigencia pactada (apartado 1: “corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio”); la vigencia prorrogada (apartado 2: “salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes”); y la vigencia ultraactiva (apartado 3: “denunciado un convenio, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normativo”.

La Reforma de 1994 (Ley 11/1994, de 19 de mayo) dio una nueva redacción del artículo 86.3 del ET según la cual “la vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio”. O sea, la regulación de la ultraactividad se dispositiviza posibilitando que cualquier convenio colectivo pueda regular su propia ultraactividad, excluyéndola, limitándola temporalmente o manteniéndola indefinidamente; solamente en el supuesto

23 En este sentido, Jaime CABEZA PEREIRO, “Prioridad aplicativa ...”, obra citada.

de no regulación, la ultraactividad indefinida legalmente prevista se aplicaría supletoriamente. Se trata de una reforma de gran calado.

La Reforma de 2011 supuso un engrosamiento del contenido del artículo 86.3 del ET, modificándolo enteramente pero sin alterar sustancialmente su sentido:

- (1) Se reconfigura el alcance de la ultraactividad con una finalidad meramente clarificadora al eludir la distinción entre contenido normativo y contenido obligacional del convenio colectivo, pero sin que ello suponga cambios sustantivos pues, mientras que en la redacción anterior se distinguía entre ambos contenidos para establecer que el normativo mantendría su vigencia pero no el obligacional con la finalidad de expresar que las eventuales huelgas durante la ultraactividad eran huelgas lícitas aunque en el convenio colectivo se hubiese pactado renunciar a ellas durante su vigencia, la reforma dice lo mismo pero de modo menos elíptico al establecer que “durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia”.
- (2) Se admite la posibilidad de adoptar acuerdos parciales que se dirigen a “la modificación de alguno o algunos de los contenidos prorrogados para adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa”. Tales acuerdos “tendrán la vigencia que las partes determinen”, lo que supone admitir tanto una posible vigencia definitiva como simplemente interina mientras se negocia la redacción definitiva del convenio colectivo.
- (3) Se impone a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83.2 del ET la obligación de regular “procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje”. Si bien no lo expresa con tanta claridad, la norma manifestaba una preferencia por el arbitraje, y más en concreto por el arbitraje obligatorio dado que dicha regulación debía contemplar “los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes”, y “en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio”. Finalmente, el artículo 86.3 del ET aclaraba que “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”.

Como la de 1994, la Reforma de 2012 fue menos extensa, pero de muchísimo más calado. Y es que, aunque se mantiene el carácter dispositivo de la ultraactividad, la solución en defecto de pacto no es que “se mantendrá la vigencia del convenio colectivo” (como era desde el ET/1980), sino que este perderá su vigencia “y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”; además se fija un plazo legal para la negociación, que inicialmente se fijó en dos años (Real Decreto-ley 3/2021), y finalmente se redujo a un año (Ley 3/2012).

¿Qué alcance ha tenido estas reformas en la realidad negocial? Mucho menos de la esperada dada la respuesta de la negociación colectiva, así como la interpretación que a la ultraactividad con plazo de caducidad dio la Sala Social del Tribunal Supremo.

En cuanto a la respuesta de la negociación colectiva: en relación con la imposición de arbitrajes obligatorios, y a pesar del notable esfuerzo de convicción desplegado por el Poder legislativo, esa opción no se ha contemplado en los Acuerdos sobre solución autónoma de conflictos –sistema extrajudicial– adoptados con posterioridad a la Reforma de 2011 (el ASAC V de 2012 y el ASAC VI de 2020); en relación con la aceptación de la ultraactividad con plazo de caducidad, la negociación colectiva ha optado mayormente por excluirla haciendo uso del régimen dispositivo²⁴.

En cuanto a la interpretación que a la ultraactividad con plazo de caducidad dio el Tribunal Supremo, supuso una reducción importante de su eficacia: en primer lugar, porque aquellos pactos anteriores a la Reforma de 2012 que acogían la ultraactividad indefinida que era entonces la regla supletoria legal, se consideraron como pactos en contrario tras la Reforma de 2012 (STS de 17 de marzo de 2015, Rec. 233/2015); y, en segundo lugar, porque, no habiendo un pacto en contrario ni tampoco convenio de ámbito superior que pudiese ser aplicado, se consideró que lo procedente no era aplicar las condiciones legales mínimas en el ámbito del convenio colectivo fenecido, sino que lo procedente era aplicar las condiciones del convenio anterior al considerar que las mismas quedaban contractualizadas (STS de 22 de diciembre de 2014, Rec. 264/2014).

3.2. La Reforma de 2021: la nueva regulación estatutaria de la ultraactividad de convenios colectivos

El RDL 32/2021 ha modificado el régimen de ultraactividad del convenio colectivo con la doble finalidad de imponer una mediación obligatoria en el supuesto de ausencia de

.....

24 Boletines de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, el último (s.e.u.o.) con datos sobre la ultraactividad es el de Noviembre/2021, donde se detecta una pérdida de presencia de los convenios colectivos que acuerdan una ultraactividad de un año, a la par que un paulatino incremento de la presencia de la cláusula que prolonga la ultraactividad del convenio hasta la firma de uno nuevo (accesible en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/cncc/B_Actuaciones/Boletin/No_80_noviembre_2021.pdf, consultado a 17/05/2022).

acuerdo en orden a la renovación del convenio colectivo y de reestablecer, en defecto de pacto, la ultraactividad indefinida. También se ha dado nueva redacción al apartado 3 del artículo 86 del ET, reordenando su contenido en dos apartados 3 y 4, aunque esto no implica más cambios sustantivos que los dos a que nos hemos referido. Dicho en positivo y más concretamente, la dispositividad de la normativa se mantiene, si bien esa dispositividad se encuentra afectada por las otras dos reformas acometidas.

3.2.1. El mantenimiento de la dispositividad y cómo sobre ello inciden las reformas

Según el párrafo primero del nuevo apartado 3 del artículo 86 del ET, “la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio”. En el párrafo segundo se contiene la regulación supletoria al establecer lo siguiente: “Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen”.

En consecuencia, no hay cambios sustantivos en cuanto al régimen de dispositividad de la regulación de la ultraactividad, salvo la reordenación sistemática de las disposiciones legales previamente existentes determinante de que los dos primeros párrafos del anterior apartado 3 sean ahora los dos únicos párrafos del actual apartado 3.

Con no haber cambios sustantivos en la dispositividad de la regulación de la ultraactividad, ello no quiere decir que no puedan surgir nuevos problemas colaterales dada la modificación del régimen legal supletorio, que con la Reforma de 2012 era la ultraactividad a plazo, y con la Reforma de 2021 para ser la ultraactividad indefinida.

En primer lugar, porque, a los efectos de su validez y de su eficacia, un pacto de ultraactividad a plazo exige un mayor esfuerzo de concreción negociadora que un pacto de ultraactividad indefinida, lo que determina una mayor dificultad para separarse del régimen legal supletorio bajo la vigencia de la Reforma de 2021 que bajo la vigencia de la Reforma de 2012. Y es que en el pacto de ultraactividad a plazo no solo debe establecerse el plazo de caducidad (lo que ya de por sí abre múltiples posibilidades, desde plazos de corta duración a otros de más larga duración; incluso ningún plazo, es decir exclusión de la ultraactividad), también deben establecerse las consecuencias de su superación (aplicación del convenio superior o el que se designe por las partes negociadoras; contractualización

de las condiciones normativas del convenio colectivo ultraactivo; una cláusula compromisaria de sumisión a arbitraje; o cualquiera otras consecuencias que puedan establecer libremente las partes negociadoras). De esta manera, si se establece un plazo de caducidad pero no las consecuencias de su incumplimiento, o estas consecuencias son de imposible cumplimiento (por ejemplo: se remite al convenio superior, pero ese convenio superior no es posible identificarlo de manera precisa; la cláusula compromisaria adolece de vicios de nulidad ...), encontramos un campo abonado para el conflicto, que, en aproximación muy general (y sin perjuicio de otras posibles soluciones), se podría resolver declarando la nulidad de la defectuosa cláusula de ultraactividad a plazo y aplicando el régimen legal supletorio implementado por la Reforma de 2021, o se podría resolver volviendo a la vida, con todas sus incertidumbres, la jurisprudencia acerca de la contractualización fraguada bajo la Reforma de 2012. Aquí la interpretación de la voluntad real de las partes es decisiva.

En segundo lugar, porque el cambio de la regla legal supletoria convertirá en más factibles los litigios donde se cuestiona si ha existido un abandono tácito de la negociación derivado de la suspensión de la negociación durante largo tiempo (STS de 6 de noviembre de 1998, Rec. 1688/1998; STS de 11 de octubre de 2005, Rec. 24/2005). Con la supletoriedad de la ultraactividad a plazo, se había estrechado el campo de actuación de esa jurisprudencia pues no era tan factible considerar un abandono tácito de la negociación con una suspensión que no alcanzase un año. Pero con la supletoriedad de la ultraactividad indefinida, el campo de actuación de esa jurisprudencia vuelve a ensancharse. Quizás una consideración a realizar en orden a su aplicación sea la de atender a la existencia de *facta concludentia*, siendo uno de esos hechos concluyentes (pero no solo) el largo tiempo sin intentos de negociación. En todo caso, el llamamiento a la *prudentia iuris* es recomendación especialmente trascendente pues a veces una larga suspensión de la negociación no siempre resulta concluyente.

3.3.2. El fomento de mecanismos de solución autónoma

Dentro de los mecanismos de solución autónoma de los bloqueos negociales durante la ultraactividad, la Reforma de 2021 ha desplazado el protagonismo del arbitraje (del que ya había rehuído la negociación colectiva) por la mediación (de mayor tradición en nuestras relaciones laborales y que ha cosechado unos mejores resultados). Y esto permite implantarla obligatoriamente pues las dudas de constitucionalidad que genera el arbitraje forzoso (recordemos que es una solución heterocompositiva) se disipan cuando se trata de implementar una mediación obligatoria (que, por el contrario, es una solución autónoma). Así, el nuevo apartado 4 del artículo 86 del ET dice que “transcurrido un año desde

la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, 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”.

Merece esta norma detenernos en varias consideraciones. Primera: Que los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal ya admiten la obligatoriedad de la mediación en determinados supuestos (artículos 12 del ASAC V y del ASAC VI), pero esto no es así en todos los acuerdos interprofesionales autonómicos, aunque parece lo lógico pensar que se deben entender corregidos por el texto legal. Segunda: Que las partes “deberán someterse” se debe interpretar en el sentido de que si una de las partes solicita la mediación, la otra no puede oponerse; pero nos parece más dudoso que se pueda interpretar en el sentido de que los órganos instaurados en dichos acuerdos deben actuar de oficio si conocen el desacuerdo existente en alguna unidad negocial. Tercera: Que el cómputo del año debería iniciarse desde el momento en que, a la vez, se haya denunciado el convenio y este haya perdido su vigencia pactada, con la finalidad de evitar situaciones absurdas en que la mediación antecede al fin de la vigencia pactada²⁵.

Aún prefiriendo la mediación, la Reforma de 2021 no se olvida de la posibilidad del arbitraje, y al respecto establece que “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”. Destacable es la habilitación del pacto compromisario, siempre expreso, tanto con carácter previo (una cláusula compromisaria en el propio convenio colectivo), como coetáneo a la ultraactividad.

Lo que sí se olvida la norma es de obligar a quienes negocian los acuerdos interprofesionales del artículo 83 del ET a regular tanto el procedimiento de mediación como el de arbitraje (como si se hacía en las redacciones provenientes de la Reforma de 2011 y de la Reforma de 2021). Aunque esa ausencia la podemos considerar un mero *lapsus calami* susceptible de corrección sin necesidad de asumir ningún especial esfuerzo interpretativo bajo la consideración de que, en aras a posibilitar la solución autónoma de los conflictos laborales, la norma implícitamente impone tal deber de negociación a quienes negocian los acuerdos interprofesionales del artículo 83.2 del ET.

En todo caso, el ASAC V (2012) y el ASAC VI (2020) regulan la mediación y el arbitraje (como ya anteriormente hicieron todos y cada uno de los ASEC desde 1996), e incluso el ASAC VI (2020) afirma expresamente (en su artículo 1) que “las organizaciones firmantes

.....

25 Amparo MERINO SEGOVIA, “La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021”, *Brief de la Asociación Española del Derecho del Trabajo*, 2022.

estiman que la mediación y el arbitraje previstos en este Acuerdo son suficientes para considerar cumplido el deber de establecer procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de convenios colectivos, recogido en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores”.

3.3.3. La ultraactividad indefinida

El cambio más relevante introducido en la Reforma de 2021 en la regulación de la ultraactividad contenida en el artículo 86 del ET, y seguramente también uno de los cambios más relevantes de todos los introducidos en la Reforma de 2021²⁶, ha sido el retorno de la ultraactividad indefinida, lo que acaece en el último párrafo de su nuevo apartado 4: “Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo”.

Sin dejar de reconocer la relevancia del cambio, sin embargo se debe situar en el contexto de las reacciones a la ultraactividad a plazo de la Reforma de 2012 desde la negociación colectiva (con un incremento importante de las cláusulas convencionales de ultraactividad indefinida, así como decremento de las cláusulas convencionales de ultraactividad a plazo de un año) y desde la jurisprudencia social (que desactivó en gran medida los efectos de la ultraactividad a plazo a través de la contractualización del contenido normativo del convenio colectivo en el supuesto de ausencia de pacto y de convenio colectivo de ámbito; en la misma línea, se situaría la admisión de la validez de las cláusulas convencionales anteriores a la Reforma de 2012 que recogían el criterio de la ultraactividad indefinida como cláusulas en contrario de la ultraactividad a plazo).

Haciendo hincapié, en particular, en la reacción de la negociación colectiva a la ultraactividad a plazo de la Reforma de 2012, la Reforma de 2021, al haber retornado a la ultraactividad indefinida, no hace sino dar fuerza legal a lo que se mostraba como una tendencia clara en la negociación colectiva. Y es lo más respetuoso con la autonomía de las partes que una regla legal supletoria en defecto de pacto en contrario sea la que se corresponde con el sentido mayoritario de la realidad en la que dicha regla se aplica.

Adicionalmente, la complejidad regulatoria de la ultraactividad a plazo (como lo de-

.....

26 Luis GORDO GONZÁLEZ va más aún allá cuando apunta que “este es quizás el único aspecto en el que se cumple de forma plena la derogación de la reforma laboral del año 2012 propuesta reiteradamente por los partidos que conforman la coalición de gobierno”, “El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012”, *Labos, Revista del Derecho del Trabajo y Protección Social*, enero 2022, volumen 3, número extraordinario, p. 130. Más matizada acerca del impacto favorable a las posiciones negociadoras sindicales del retorno es la opinión de Jesús LAHERA FORTEZA, para quien “existe ... desde posiciones sindicales un exceso de expectativas respecto a la recuperación de legal de la ultraactividad indefinida (pues) la negociación colectiva ha cambiado mucho desde 2012 y no se debe asegurar, ahora, que la prolongación indefinida de lo acordado favorezca siempre la posición negociadora sindical”, *La negociación colectiva ...*, obra citada, pp. 68 y siguientes.

mostró la importante litigiosidad causada por la aplicación de la Reforma de 2012) es un elemento de inseguridad jurídica que se restringe con la ultraactividad indefinida.

Queda ahora saber cuáles son los efectos del retorno a la ultraactividad indefinida, en particular en materia salarial, pues la situación actual no es la misma que la del año 2012: frente a quienes alertan de que está por ver que la vigencia ultraactiva del convenio colectivo mejore los salarios en un entorno de creciente inflación²⁷, para otros, por el contrario, el retorno a la ultraactividad indefinida coadyuva, junto con la reforma acometida en el artículo 84.2 del ET, a romper la espiral de devaluación salarial como instrumento para obtener una ventaja competitiva²⁸. Pero que sea de una u otra manera dependerá, en mayor medida, no de lo que diga la ley, sino de lo que, lidiando con las circunstancias existentes en cada momento, decidan las partes negociadoras, sujetándose a la ultraactividad indefinida o pactando en sentido diferente en todas las materias o en algunas en concreto, señaladamente en la materia salarial. Y la ley, dejándoles que lidien, no está haciendo más que respetar su propia autonomía colectiva, siendo esto lo realmente positivo de la reforma de la ultraactividad, esto es, no tanto el que beneficie a la parte más débil (puede que no lo haga), como el que atribuye a la autonomía de la voluntad la decisión de lo que en cada momento sea lo conveniente.

3.3.4. Situaciones de transitoriedad

Según la disposición transitoria 7ª del RDL 32/2021, rubricada “régimen aplicable a los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-ley”, “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”. Obviamente, lo establecido en esta disposición es disponible por las propias partes negociadoras pues el artículo 86 del ET, tanto bajo la vigencia de la Reforma de 2012 como bajo la vigencia de la Reforma de 2021, admite la disponibilidad de la cuestión de la ultraactividad cualquiera que sea el régimen legal supletorio previsto, y ello aquellas pueden acordarlo en cualquier momento temporal, también después de denunciar el convenio colectivo.

En relación con los pactos de ultraactividad anteriores a la entrada en vigor de la Reforma de 2021 (su entrada en vigor se produjo al día siguiente de la publicación en el BOE, lo que acaeció el 30 de diciembre de 2021: en consecuencia, entró en vigor el 31), cabe apuntar la existencia de dos situaciones en los que la aplicación de la disposición transi-

.....

27 En este sentido, Jesús LAHERA FORTEZA, *La negociación colectiva ...*, p. 70.

28 En este sentido, Alexandre PAZOS PÉREZ, “El retroceso ...”, obra citada, p. 27.

toria resulta clara: si se ha pactado una ultraactividad indefinida conforme a la Reforma de 2012, la misma se mantiene, ahora ya coincidiendo con el régimen legal supletorio implementado en la Reforma de 2021, de manera que un pacto inicialmente *contra legem* pasa a ser *secundum legem*; si se ha pactado una ultraactividad a plazo de un año, o estableciendo otro superior, la misma también se mantiene, aunque tras la Reforma de 2021 su mantenimiento supone diferir del régimen legal supletorio, de manera que un pacto inicialmente *secundum legem* para pasar a ser *contra legem*. Por lo tanto, la disposición transitoria respeta los pactos anteriores, aunque seguramente su mutación de *contra legem* a *secundum legem*, o de *secundum legem* a *contra legem*, es un elemento nada desdeñable a tomar en consideración a la hora de su interpretación.

Los problemas de transitoriedad en relación con los pactos de ultraactividad anteriores a la Reforma de 2021 se agudizan cuando no esté claro el alcance de la cláusula de ultraactividad pactada en el convenio colectivo. Pensemos, por ejemplo, en que el convenio colectivo simplemente se remite a lo establecido en el artículo 86.3 del ET, donde surge la duda de si realmente se quiso implementar una ultraactividad diferente a la que en cada momento estuviera vigente, con lo cual, aún acordada bajo la vigencia de la Reforma de 2012, se podría considerar que no es una cláusula en contrario de la ultraactividad indefinida de la Reforma de 2021. Más claro parece si se transcribe el texto de la norma en el convenio colectivo, pues su transcripción exterioriza un compromiso manifiesto de las partes con el contenido del propio texto de la norma²⁹. En todo caso, la labor de interpretación debe tomar en consideración todas las circunstancias de la cláusula de que se trate, lo que impide dar soluciones generales.

Cuando no haya pacto de ultraactividad en el convenio colectivo, no parece tan problemática la aplicación de la disposición transitoria en relación con la nueva regla supletoria de ultraactividad indefinida, según si han sido denunciados antes o después de la entrada en vigor de la Reforma de 2021 (recordemos: el 31 de diciembre de 2021).

- Si ya han sido denunciados antes de la Reforma de 2021, no les resulta aplicable la nueva regla supletoria de ultraactividad indefinida y (como no distingue al respecto) tanto si ha concluido la vigencia pactada como si no ha concluido la vigencia pactada. En todo caso (pues como ya se ha apuntado en los párrafos anteriores la disposición transitoria instaura una regulación dispositiva), sin perjuicio de que las partes acuerden, durante la vigencia ultraactiva o lo que reste de la vigencia pactada, la ultraactividad indefinida o, atendiendo a la conducta de las partes, se pueda llegar a esa conclusión (por ejemplo, las partes negociadoras acuerdan seguir

29 En este sentido, Luis GORDO GONZÁLEZ, “El retorno ...”, obra citada, p. 140.

negociando, la empresa sigue aplicando el convenio denunciado y la parte sindical no se ha opuesto).

- Si se denuncian después de la Reforma de 2021, es aplicable la nueva regla de ultraactividad indefinida y (como no distingue al respecto) tanto si ha concluido la vigencia pactada como (aquí con mayor razón) si no ha concluido la vigencia pactada.

Más allá de estos y otros problemas aplicativos posibles, la Reforma de 2021 se manifiesta de nuevo respetuosa con la autonomía colectiva, en este caso con lo pactado bajo la vigencia de la ley anterior aunque sea contrario a la ultraactividad indefinida.

4. PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA Y VIGENCIA ULTRAACTIVA: ¿SE HA CAMBIADO ALGO O SE MANTIENE TODO IGUAL?

Un problema teórico y práctico vinculado a la regulación de la ultraactividad y a la prohibición de concurrencia en la redacción originaria de los artículos 84 y 86 del ET (Ley 9/1980, de 10 de marzo) fue si la ultraactividad indefinida e indisponible (entonces vigente) que imponía imperativamente el mantenimiento *ad aeternum* del contenido normativo del convenio colectivo, también, y por derivación, petrificaba las unidades negociales si se entendiese que durante la vigencia ultraactiva regía dicha prohibición de concurrencia. Además, ese riesgo de petrificación de las unidades negociales devendría, dada la realidad en el cual se iba a aplicar el sistema edificado por el Título III del ET, en un seguidismo de las unidades negociales construidas bajo la vigencia del sistema autoritario previo, haciendo menos perceptible la transición a un sistema democrático (más aún si a ello añadimos la vigencia transitoria como derecho supletorio de las ordenanzas laborales franquistas contemplada en la disposición transitoria 2ª del ET).

Justamente para evitar esa petrificación, la jurisprudencia, con claridad desde la década de los noventa, sentó una doctrina según la cual la ultraactividad del artículo 86.3 no era la vigencia de la que se hablaba en el artículo 84. Una solución que chocaba con que ese artículo 84 habla de vigencia sin más distinguos y con que el artículo 86 se rubrica “vigencia” y su apartado 3 hasta en dos ocasiones habla de vigencia respecto a la ultraactividad. Pero no se puede negar que la interpretación jurisprudencial, con no responder a la literalidad (incluso se podría decir que era una interpretación *contra legem*), era la solución más respetuosa con la autonomía colectiva pues posibilitaba que, bajo un régimen de

ultraactividad indefinida *ex lege*, las representaciones empresariales y sindicales abriesen unidades de negociación superando los ámbitos de negociación provenientes del sistema de negociación franquista, potenciando una estructura del sistema adecuada a la realidad democrática y a los legítimos intereses de ambas partes.

Tal apertura de nuevas unidades de negociación, acorde con la interpretación dada en la jurisprudencia, actúa de una manera diferente según si las mismas son de ámbito superior o inferior al del convenio colectivo ultraactivo. Si son de ámbito superior, se potencia la centralización de la negociación colectiva, mientras que si son de ámbito inferior, se potencia la descentralización de la negociación colectiva. Ciertamente, los acuerdos interprofesionales a que se refiere el artículo 83.2 del ET (los llamados acuerdos en la cumbre) podían establecer “cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito”; pero la indisponibilidad de la ultraactividad indefinida no facilitaba la labor de la autonomía negocial a ese nivel.

En todo caso, la invasión de otro convenio colectivo sobre el ámbito del convenio colectivo ultraactivo no supone un abandono de la unidad de negociación ultraactiva. Lo cual está claro cuando el convenio invasor es de ámbito inferior al convenio ultraactivo pues el mayor ámbito de aplicación de este posibilitaba siempre la existencia de ámbitos no regulados en los que se debía negociar de buena fe. Pero no está tan claro cuando el convenio invasor es de ámbito superior al convenio ultraactivo, pues todo su ámbito de aplicación quedaba integrado en el del superior. De ahí la necesidad de insistir en que, en estos casos, también se debe continuar negociando de buena fe y sin sumisión a cláusulas obligacionales (esto es, cabría ejercer legítimamente el derecho de huelga u otras medidas de conflicto colectivo) al objeto de alcanzar un nuevo convenio colectivo de sustitución del denunciado (impermeabilización de la unidad de negociación). Y de acordarse un nuevo convenio, su entrada en vigor, para soslayar la prohibición de concurrencia del artículo 84 del ET, se debería vincular a la pérdida de vigencia pactada o prorrogada del más amplio convenio colectivo invasor.

Queda traer a colación que, más allá de esa época inicial bajo la vigencia de la redacción originaria de los artículos 84 y 86 del ET, esta jurisprudencia se mantuvo tras la Reforma de 1994, aunque, tras las Reformas de 2011 y 2012, aparecieron algunos vaivenes jurisprudenciales. Al respecto, la STS de 30 de diciembre de 2015 (Rec. 255/2014) aparentaba ser un cambio copernicano al considerar que durante la ultraactividad seguía vigente la prohibición de concurrencia de convenios colectivos. Pero la reciente STS de 5 de octubre de 2021 (Rec. 4815/2018) insiste de una manera muy razonada en la doctrina judicial anterior. Con lo cual, la STS de 2015 no es lo que aparentaba ser, y ha pasado de entenderse como un cambio copernicano a entenderse como una matización a la norma

general cuando las partes negociadoras aplican un convenio colectivo ultraactivo sin cuestionárselo en ningún momento: en estos casos (vendría a decir la STS de 2015) el convenio colectivo superior no invadiría al inferior.

Con la Reforma de 2021, ¿se ha cambiado algo o se mantiene todo igual? A nuestro juicio, hay motivos para justificar una evolución en la jurisprudencia a que hacemos mención que casaría con la finalidad de potenciar la autonomía colectiva que se respira en las modificaciones de los artículos 84 y 86 acordadas en el RDL 32/2021.

De entrada, con el paso del tiempo ha ido decayendo la fuerza de convicción de los argumentos utilizados para sustentar la jurisprudencia a que hacemos mención.

En primer lugar, el argumento de prevenir la petrificación de la negociación colectiva podría tener sentido bajo el imperio de una ultraactividad indefinida e imperativa (la establecida en la redacción originaria del ET) que dificultaba la apertura de nuevas unidades negociales en un momento de transición en el cual la negociación colectiva democrática era incipiente, desestructurada y débil; pero (desde la Reforma de 1994) la ultraactividad no es imperativa, sino que es facultativa; y a la altura de 2021 la negociación colectiva es madura y estructurada con unidades negociales consolidadas, sin que nada impida la apertura de nuevas unidades de negociación si se ajustan a las reglas del artículo 84 del ET (por ejemplo, nada impide abrir nuevas unidades de negociación en niveles empresariales donde se podría negociar, en todo caso sobre aquellas materias con prioridad aplicativa según el artículo 84.2, y sobre otras materias siempre que no se incurra en la concurrencia conflictiva prohibida en el artículo 84.1).

En segundo lugar, el argumento de que, cuando el artículo 86.3 se refiere a la ultraactividad, el término vigencia se usa en sentido técnicamente erróneo pues se quiere referir a la eficacia, mientras que, cuando el artículo 84.1 se refiere a la prohibición de concurrencia, el sentido es diferente y técnicamente correcto, tiene recorrido con la redacción originaria de ambas normas, pero pierde fuerza de convicción una vez que en las sucesivas reformas siempre el Poder legislativo ha insistido en usar el término vigencia en el artículo 86.3, sin sustituirlo por eficacia, lo que nos hace razonablemente pensar que estamos ante la misma vigencia a que alude el artículo 84.1.

Precisamente, nuestro actual sistema de negociación colectiva madura y estructurada con unidades negociales consolidadas aconseja que sea cada unidad negocial, en ejercicio de su autonomía colectiva, la que decida lo que hacer con sus propios productos negociales, sin que se le venga a imponer a una unidad negocial, por mucho que el convenio colectivo que la rige esté ya vencido y se encuentre en vigencia ultraactiva, la aplicación de un convenio colectivo de ámbito superior o yuxtapuesto. Cada unidad debe poder decidir si abandona la unidad, o si la mantiene, y mientras lo decide, lo más lógico es concluir que su voluntad presunta es mantener la aplicación del convenio colectivo ultraactivo, y no

que la unidad se vea invadida por otro convenio. Todo ello sin perjuicio de lo negociado en los acuerdos y convenios colectivos del artículo 83.2, lo que, lejos de ser una excepción al respeto de la autonomía negocial de las partes negociadoras, es la ratificación de la autonomía negocial en el más alto nivel.

El resultado final de toda esta revisión jurisprudencial sería menos disruptivo de lo que pudiera parecer. Mantener la jurisprudencia tradicional permitiendo la entrada de convenios de ámbito superior en unidades negociales con convenios colectivos ultraactivos obliga, para evitar resultados excesivos, a admitir por excepción que se mantenga la aplicación del convenio ultraactivo por la voluntad de las partes negociadoras consensuada o simplemente concurrente (vg. la empresa sigue aplicando el convenio ultraactivo, y ni la representación del personal ni las personas trabajadoras individuales lo cuestionan), y siempre obliga a impermeabilizar la unidad negocial para posibilitar la continuidad de la negociación hasta su culminación en un nuevo convenio colectivo (que, además, se encontraría con problemas nada desdeñables para no entrar en concurrencia conflictiva con el convenio colectivo de ámbito superior que ya ha invadido la unidad negocial inferior). Mientras que revisar la jurisprudencia tradicional permitiría mantener la vigencia del convenio ultraactivo salvo en el caso de que las partes abandonasen expresa o tácitamente la unidad negocial, y en el caso de acordar un nuevo convenio, el tránsito entre uno y otro no sería problemático. Lo que supone alterar el juego de la regla general y la excepción (en un caso invasión del convenio superior salvo aplicación consensuada o concurrente; en el otro mantenimiento del convenio inferior salvo abandono expreso o tácito) para llegar a una solución mucho más simple (la doctrina de la impermeabilización resultaría innecesaria y, en caso de alcanzar acuerdo, no habría problemas de sucesión normativa) y, a nuestro entender, más acorde con la autonomía negocial del artículo 37.1 de la Constitución Española.

5. UNA CONCLUSIÓN: MÁS AUTONOMÍA COLECTIVA, MENOS DIRIGISMO

Podríamos resumir las dos modificaciones acometidas en la Reforma de 2021 en una gran idea: más autonomía colectiva, menos dirigismo. En la modificación del artículo 84.2, la reversión de la evolución salarial a la baja que propició la inclusión de la cuantía del salario base y de los complementos salariales entre las materias con prioridad aplicativa de los convenios de empresa y grupos de empresa, no se acomete por la misma norma,

sino que se deja a las partes negociadoras a nivel sectorial, que son quienes tendrán que completar esa reversión en cada sector negocial en los términos que acuerden; la regulación de la transitoriedad también deja amplia libertad negociadora. En la modificación del artículo 86.3, también se demuestra la potenciación de la autonomía colectiva en el mantenimiento de la dispositividad de la regulación de la ultraactividad, incluso en lo que se refiere a situaciones de transitoriedad, en la preferencia por la mediación, que es solución autocompositiva, más que por el arbitraje, que es solución heterocompositiva, y, lo que es más relevante, en el acogimiento de una regla de ultraactividad indefinida que estaba ya siendo asumida en la mayoría de los convenios colectivos anteriores al RDL 32/2021 y que se confirma en el proceso de concertación social que dio lugar al acuerdo que sirvió de base para el RDL 32/2021.

Aquí encontramos, después de una interpretación de la norma utilizando todos los instrumentos que la hermenéutica nos ofrece, el subtexto de la nueva regulación de la negociación colectiva estatutaria, consecuencia de un largo periodo de negociación entre asociaciones empresariales y sindicatos previo a la aprobación del RDL 32/2021, generando así unas reformas medidas al milímetro para posibilitar el consenso social.

Un buscado fortalecimiento de la autonomía colectiva que debería tener su reflejo en la aplicación judicial de toda la normativa legal en materia de negociación colectiva estatutaria y en particular en la interpretación de los dos artículos objeto de modificación: el 84 y el 86. Por ello (y según hemos razonado), acaso debería ser reconsiderada la posibilidad de invasión de la unidad negocial durante la ultraactividad, que es precisamente el punto de intersección aplicativa de esos dos artículos 84 y 86.

Otto Kahn-Freund asimilaba, en una muy conocida cita, el sistema de negociación colectiva inglés con el sistema de *common law* para concluir que ambos son algo misterioso y esotérico³⁰. Si se me permite profundizar en la idea, todo sistema de negociación colectiva (no solo el inglés) tiene algo de misterioso y esotérico siempre que sea auténticamente democrático y respetuoso de la autonomía colectiva (que es decir lo mismo con distintas palabras). Quizás porque si en efecto es auténticamente democrático y respetuoso con la autonomía colectiva, son las partes negociadoras de los convenios colectivos las únicas que llegan a entender el alcance, el contenido y el sentido de lo negociado. Los poderes legislativos deben respetar esa autonomía colectiva cuando la misma se expresa, sin perjuicio de promocionarla en cuanto sea oportuno; y lo mismo le cabe al poder judicial cuando ejerza sus competencias. A ello no solo obliga la lógica de la institución; a ello también obliga el artículo 37.1 de la CE.

.....
30 Citado por Jesús María GALIANA MORENO, *El contrato de trabajo en el derecho inglés*, Editorial Bosch (Barcelona, 1978), p. 115. La cita se toma de la obra *Trabajo y Derecho* de Otto KAHN-FREUND, que ha sido recientemente editado en español por la Editorial Comares (Granada, 2019).

LA UTRAACTIVIDAD INDEFINIDA. ASPECTOS RELEVANTES TRAS LA RECIENTE REFORMA LABORAL

*THE INDEFINITE UTRAACTIVITY.
RELEVANT ASPECTS AFTER THE RECENT LABOR REFORM*

ROSA RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

Profesora Ayudante Doctora

Universidade de Vigo

Fecha de recepción: 4/7/2022

Fecha de aceptación: 11/10/2022

SUMARIO: I. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA. II. LA UTRAACTIVIDAD EN CIFRAS. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. III. LA RECUPERACIÓN DE LA UTRAACTIVIDAD INDEFINIDA. EL IMPACTO DEL REAL DECRETO-LEY 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE. IV. CONSECUENCIAS DE LA NUEVA REGULACIÓN. 4.1. ¿Denuncia o fin de vigencia? 4.2. Impacto en el marco de la concurrencia de convenios colectivos. 4.3. Impacto en el marco de la inaplicación de los convenios colectivos. 4.4. Impacto en el marco de la sucesión de empresa. V. EL FOMENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS. VI. LA REGLA TRANSITORIA. VII. BALANCE DE LA REFORMA DE DICIEMBRE DE 2021 EN EL MARCO DE LA UTRAACTIVIDAD. VIII. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: Tras casi diez años, la reforma operada por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, pone el foco en uno de los principales aspectos de la negociación colectiva, como es el art. 86 del Estatuto de los Trabajadores. Con la nueva norma, se recupera la ultraactividad indefinida del convenio colectivo, de modo que ofrece mayor seguridad jurídica a la negociación colectiva y pone en valor el diálogo social. Esta reforma, fruto de

un consenso entre los agentes sociales, dota de garantías a los derechos de los trabajadores, y, aun manteniendo la disponibilidad de las partes en cuanto al ámbito temporal del convenio y las reglas de vigencia una vez denunciado, busca el desbloqueo de las negociaciones a través del recurso a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos. Y todo ello, sin la amenaza de la pérdida de vigencia del convenio.

PALABRAS CLAVE: Convenio colectivo, vigencia, denuncia, ultraactividad, solución extrajudicial.

ABSTRACT: After almost ten years, the reform operated by Royal Decree–Law 32/2021, of December 28, focuses on one of the main aspects of collective bargaining, such as art. 86 of the Workers’ Statute. With the new norm, the indefinite ultra–activity of the collective agreement is recovered, so that it offers greater legal certainty to collective bargaining and values social dialogue. This reform, the result of a consensus among the social agents, provides guarantees to the rights of workers, and, while maintaining the availability of the parties regarding the time scope of the agreement and the rules of validity once denounced, seeks to unblock of negotiations through recourse to out–of–court conflict resolution systems. And all this, without the threat of the loss of validity of the agreement.

KEYWORDS: Collective agreement, validity, complaint, ultra–activity, extrajudicial solution.

I. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

Bajo la rúbrica “Vigencia”, se encuentra en el Estatuto de los Trabajadores uno de los preceptos más determinantes en materia de negociación colectiva. Se trata del art. 86, que, entre otras cuestiones, contempla la figura de la ultraactividad. El punto de partida necesario para analizar esta materia exige destacar la libertad de las partes negociadoras para fijar la duración del convenio colectivo, en los términos que entiendan conveniente. Todo ello, vinculado al contenido mínimo del convenio colectivo, que, de acuerdo con el art. 85, necesariamente debe incluir la referencia al ámbito temporal. Ciertamente, el convenio colectivo tiene ese carácter acotado en cuanto a su duración, en la medida en que su devenir está condicionado por su entorno, en atención a las circunstancias económicas y sociales que lo rodean.

La ultraactividad se ha definido como la «aplicación automática de un convenio colectivo ya denunciado, más allá de la vigencia prevista en su propio texto»¹. Desde el enfoque doctrinal, se ha señalado que «la ultraactividad de los convenios colectivos consiste en la «vigencia prorrogada forzosa, por voluntad legal o convencional, en la que se encuentra un convenio colectivo una vez denunciado y finalizada su vigencia inicialmente pactada hasta la aplicación de un nuevo convenio colectivo o por un determinado tiempo no hay nuevo convenio colectivo aplicable»². Se trata de un mecanismo que pone de manifiesto la voluntad de las partes de negociar un nuevo convenio, pues, ante el fin de la duración inicialmente pactada del convenio, caben dos opciones: o bien no activar ningún trámite y prolongar la vida del mismo, con lo cual –salvo pacto en contrario– se prorrogará de año en año; o bien denunciar expresamente el convenio, lo que hace que, concluida su vigencia, se inicie la ultraactividad. La jurisprudencia ha definido la ultraactividad como “la situación de supervivencia de la eficacia normativa del convenio denunciado más allá de su fecha de caducidad”³, de tal manera que, llegados al fin de vigencia, el convenio mantiene sus efectos en tanto se negocia uno nuevo.



1 Diccionario de la Real Academia Española.

2 SALA FRANCO, T., “La ultraactividad de los convenios colectivos”, en AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva*, Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeada Avilés, CARL (Sevilla, 2014), pág. 465.

3 Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2018. Recurso de Amparo núm. 2387/2016.

La capacidad de las partes para autoimponerse plazos propios de ultraactividad es un reflejo del principio dispositivo que caracteriza la negociación colectiva. En este sentido, se debe destacar el respaldo constitucional proporcionado por el art. 37 de la Constitución, que señala que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”. Pese a dicho reconocimiento, el “Tribunal [Constitucional] ha recordado (...) en varias ocasiones que la conexión entre los artículos 28 y 37 de la Constitución no transforma la negociación colectiva en uno de los derechos fundamentales y libertades públicas (STC 98/1985), por lo que debe tenerse en cuenta en todo momento que el derecho a la negociación colectiva no es en sí mismo susceptible de recurso de amparo (ATC 167/1985 y 858/1985) y que sólo puede pronunciarse sobre el artículo 37 en la medida que afecta al artículo 28 (STC 4/1983)”⁴. A partir de este planteamiento, el Estatuto de los Trabajadores ha afrontado la cuestión de la ultraactividad y sus límites con un enfoque fuertemente marcado por los cambios a nivel político.

En sus diferentes versiones, el Estatuto de los Trabajadores ha sido objeto de diversas reformas que han alcanzado al art. 86, y que han hecho que este haya aumentado progresivamente su extensión. Dichas modificaciones han condicionado la dinámica de la negociación colectiva de un modo muy significativo. En ocasiones, para poner en valor la autonomía negociadora de las partes, y en otras, para limitar legalmente los plazos de las negociaciones bajo un aparente fin de desbloqueo.

Los cambios que ha experimentado el art. 86 han estado intensamente marcados por la coyuntura económica de cada momento. Ello obliga a hacer un recorrido por esa evolución, que permita entender la trascendencia de la regulación actual.

Este contexto previo nos lleva al Estatuto de los Trabajadores de 1980⁵. Con una estructura muy simple, el precepto distinguía tres situaciones. Por un lado, partía de la regla de que *corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio*. Por otro lado, señalaba que *salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes*. Y, por último, *denunciado un convenio, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia solamente sus cláusulas obligacionales, manteniéndose en vigor, en cambio, su contenido normativo*. En esta primera regulación, el precepto establecía como prioritaria la vigencia pactada por las partes. La prórroga era un efecto más en caso de no denunciarse el convenio, pero, de haberse denunciado, se planteaba una pérdida de vigencia “relativa”, en tanto no se lograra acuerdo de manera

.....

4 Al respecto, véase <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=37&tipo=2>.

5 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 64, de 14 de marzo de 1980.

expresa. Relativa porque decaía el contenido obligacional –piénsese en la cláusula de paz social–, mientras que se mantenía el contenido normativo del convenio⁶. Lo relevante en este caso es que el texto estatutario no ponía un límite temporal concreto a la ultraactividad, sino que esta se formulaba con carácter indefinido e indisponible, garantizando que el convenio continuase surtiendo efectos en tanto no se alcanzase un nuevo acuerdo, lo que, sin duda, reforzaba la posición de los trabajadores y evitaba negociaciones precipitadas.

El siguiente paso en esta evolución nos lleva a la reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo⁷, que dispositivizó la ultraactividad. Esta norma modificó el apartado tercero del art. 86 del Estatuto de los Trabajadores, indicando que *denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales. La vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio.*

En este tercer párrafo reitera la idea del mantenimiento del contenido normativo, con la particularidad de que se hará de conformidad con lo indicado en el texto convencional, con lo cual, se vuelve a poner en valor la prevalencia de lo establecido por las partes. De este modo, en el caso de no regulación, la ultraactividad indefinida legalmente prevista se aplicaría de forma supletoria. Asimismo, la norma añade un nuevo apartado cuarto al artículo. Este señala que *el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan.* Es decir, este apartado complementa las reglas de vigencia del convenio, disponiendo la prevalencia del principio de modernidad, en el sentido de que prima el convenio posterior, a falta, eso sí, de lo que se disponga por las partes expresamente respecto de la conservación de aspectos del convenio anterior. Ello entronca con las reglas de concurrencia de convenios y prioridad aplicativa, dispuestas en el art. 82.4⁸.

Con posterioridad, este precepto fue objeto de otra reforma, esta vez a través del Real Decreto–Ley 7/2011, de 10 de junio⁹, que ya en su Exposición de Motivos indicaba que «nuestro sistema adolece de falta de agilidad y dinamismo, en particular cuando finaliza la vigencia pactada de los convenios colectivos. Una vez denunciados, los convenios tardan en empezarse a negociar, las negociaciones se dilatan en el tiempo y se producen situaciones de paralización y bloqueo. Ello supone que las condiciones de trabajo pactadas en el convenio anterior se prolongan en el tiempo sin ser renovadas, sin ajustarse a las nuevas

.....

6 Esta distinción (contenido obligacional frente a normativo) no está presente en la versión actual del precepto.
7 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 122, de 23 de mayo de 1994.
8 *El convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquel. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio.*
9 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 139, de 11 de junio de 2011.

condiciones económicas y productivas, lo que termina por producir perjuicios tanto a las empresas como a los trabajadores». Es decir, ya en la misma se anticipaba el sentido de las sucesivas modificaciones que iban a afectar al precepto, en la línea de evitar un desbloqueo de las negociaciones.

Esta reforma de 2011 impacta en el art. 86 en tres aspectos. El primero, es que desaparece la referencia expresa a las cláusulas obligacionales frente a las cláusulas normativas que se venía manteniendo hasta entonces, y realiza el planteamiento en otros términos. Por supuesto, parte de la premisa de que la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio. Pero aquí es cuando entran las modificaciones. Por un lado, garantiza el mantenimiento del convenio colectivo, salvo pacto en contrario –lo que refuerza una vez más la autonomía colectiva–; y por otro, hace referencia a las cláusulas por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia del convenio, estableciendo la pérdida de efectos de estas¹⁰.

En la línea de destacar el papel de la autonomía de las partes, en este apartado también se añade la referencia a la posibilidad de adoptar acuerdos parciales para modificar determinados contenidos prorrogados, *con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen*. Esta posibilidad se mantendría en posteriores versiones del precepto.

Un segundo aspecto que abordó la reforma de 2011 en cuanto a este precepto, fue la referencia a los acuerdos interprofesionales de solución de conflictos. La mención a estos mecanismos, que se mantendrá a lo largo del tiempo, es de gran trascendencia. El precepto incluye el mandato de incorporar en los acuerdos interprofesiones reglas para solucionar las discrepancias que se den durante el curso de las negociaciones, al transcurrir los plazos establecidos sin alcanzar un acuerdo, incluido el compromiso de someterlo a un arbitraje. En tal caso, habrán de expresar el carácter voluntario u obligatorio del mismo, y en ausencia de tal mención, el arbitraje se entenderá obligatorio¹¹. Esta referencia al arbi-

10 Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.

11 Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

traje es llamativa, pues «la norma no acomete una mayor concreción en cuanto al sistema a utilizar salvo una alusión expresa al arbitraje, lo que no deja de ser llamativo a la vista de que el más utilizado en nuestra práctica laboral siempre ha sido la mediación»¹². Se puede observar que «la norma manifiesta una preferencia por el arbitraje, y más en concreto por el arbitraje obligatorio, lo que es un rasgo muy singular si consideramos su escaso uso hasta entonces en las relaciones laborales en nuestro país a diferencia de lo que acaece en especial en USA y el mundo anglosajón»¹³.

El tercer aspecto abordado por la reforma de 2011 se refiere al mantenimiento de la vigencia del convenio colectivo en defecto de pacto, pues en tal caso, indicaba que transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo.

Ese extenso contenido del precepto se mantuvo en los mismos términos durante unos meses, ya que, en febrero de 2012 fue objeto de otra reforma, que fue el inicio de un largo período de limitaciones en el poder negociador de las partes, a falta de acuerdo entre estas. Así, con el Real Decreto–Ley 3/2012, de 10 de febrero¹⁴, se estableció una acotación temporal en el plazo para negociar, circunscribiéndolo a 2 años. Por tanto, denunciado el convenio, y salvo pacto en contrario, al transcurrir dicho plazo se producía la pérdida de vigencia del convenio. En concreto, el nuevo tenor literal indicaba que *transcurridos dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.*

En la norma se hacía referencia al convenio colectivo aplicable de ámbito superior, si lo había. El matiz estaba en que, transcurridos los dos años, el convenio perdería la vigencia, con lo cual habría que estar al convenio de ámbito superior si lo hubiera, para acogerse a condiciones de trabajo por encima de los mínimos del Estatuto de los Trabajadores. Lo que ello suponía, era, en primer lugar, identificar el convenio superior de aplicación, y en segundo lugar, si no había uno aplicable, se abría un escenario de gran incertidumbre e inseguridad jurídica para los trabajadores. En este sentido, se puede afirmar que ante la solución prevista por el legislador de aplicar el convenio de ámbito superior, parece que no

.....

12 LOUSADA AROCHENA, F.J., «La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre», *Revista de Derecho Social*, núm. 97 (2022), pág. 107.

13 LOUSADA AROCHENA, J.F., “El arbitraje laboral”, en *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada* (dir: Agustín–Jesús PÉREZ–CRUZ MARTÍN; coord: Ana María NEIRA PENA), Editorial Civitas – Thomson Reuters (2011), págs. 339–373.

14 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 36, de 11 de febrero de 2012.

consideró que en un escenario real, este podría no existir; o que, de haberlo, no alcanzase todas las materias que contemplaba el convenio anterior, ya decaído también en cuanto a su eficacia ultraactiva.

Esta versión de febrero de 2012 fue matizada unos meses después, pues la Ley 3/2012, de 6 de julio¹⁵, da un sentido aún más restrictivo al precepto (que se introdujo a raíz de una enmienda). Como consecuencia, denunciado el convenio, se redujo a 1 año el plazo para negociar, y de no alcanzarse un nuevo acuerdo, salvo pacto en contrario, el convenio perdería su vigencia y se aplicaría, si lo hubiese, el de ámbito superior¹⁶. Es decir, se mantiene en los términos anteriores, pero con la restricción temporal aún más acotada, al plazo de un año, lo que generó una auténtica polémica ante la limitación legal establecida, bajo el pretexto de tratar de favorecer los desbloques en las negociaciones. Así, «el objetivo de la derogación del tradicional régimen de ultraactividad era claro: impulsar la renegociación a la baja de las condiciones establecidas en el convenio colectivo extinto, a fin de forzar una pretendida renovación y modernización del mercado de trabajo»¹⁷.

Una vez concluido este recorrido normativo, se analizarán las opciones que se bajaron en este contexto, fruto de la interpretación jurisprudencial, y se reflexionará sobre si alguna de ellas sigue surtiendo efectos con la versión vigente tras la reforma de 2021.

A continuación nos situamos en el Estatuto de los Trabajadores de 2015¹⁸, cuyo texto se mantiene inalterado hasta la reforma de diciembre de 2021. Se trata 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 trabajo¹⁹, que modifica el precepto en los siguientes aspectos. En primer lugar, recupera la ultraactividad indefinida²⁰, al señalar que *transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio, 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*. Es decir, la norma pone en un lugar protagonista a los sistemas

.....

15 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 162, de 7 de julio de 2012.

16 *Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación*. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 162, de 7 de julio de 2012.

17 PÉREZ CAPITÁN, L., «La reforma laboral de 2021 y los cambios en la negociación colectiva», *Estudios Latinoa.*, núm. 13–Año 2022–Vol.I., pág. 74.

18 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

19 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

20 Al respecto, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Análisis de la Reforma laboral del RDL 32/2021», *Aranzadi digital*, núm. 1 (2022). También, véase AA.VV (Dir. MERCADER UGUINA, J), *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto – Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch (2022), págs. 289 y ss.

de solución extrajudicial de conflictos, en caso de que se produzca una dilatación en el tiempo de las negociaciones.

Añade que *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*. En este caso, se puede observar que otorga un especial protagonismo al arbitraje, cuando las partes deciden someterse a él de mutuo acuerdo (como ya sucedía con la reforma de 2011).

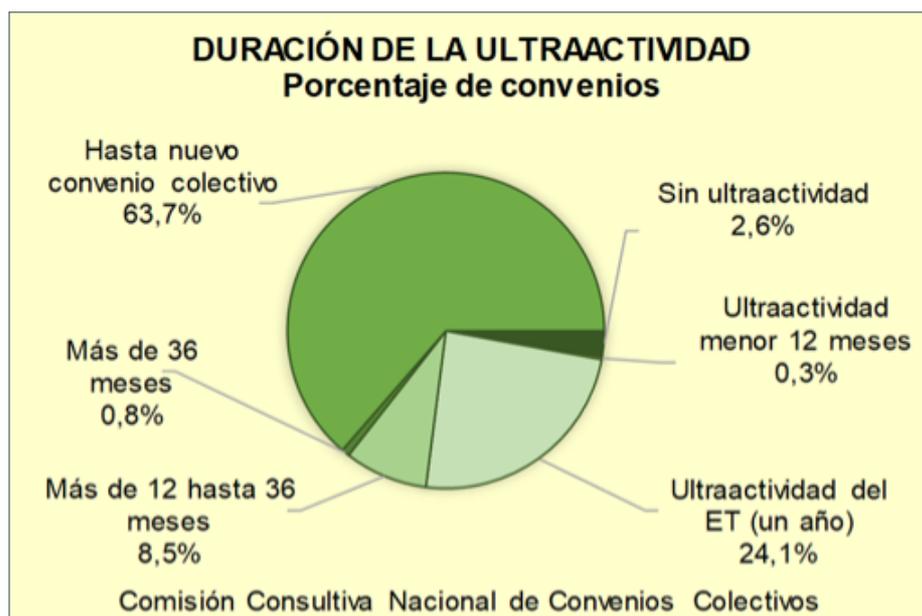
Y, por último, señala una regla fundamental, que proporciona en todo caso gran seguridad jurídica, pues, *sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo*.

II. LA ULTRA ACTIVIDAD EN CIFRAS. EL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Recientemente, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC)²¹, ha realizado un estudio con una muestra de 9.135 convenios colectivos suscritos entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2021. De este modo, del análisis efectuado por la CCNCC, se extrae que «el 36,3% del total de convenios colectivos analizados ha acordado una ultraactividad limitada en el tiempo. En este grupo, la gran mayoría de los convenios, concretamente el 24,1% del total, ha optado por la vía del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, que establece una ultraactividad de un año tras la denuncia». Añade que «también dentro de este grupo de convenios con ultraactividad limitada, los convenios que acuerdan una ultraactividad entre 13 y 36 meses representan el 8,5% del total, en tanto que el resto de las duraciones (ultraactividad menor de 12 meses, mayor de 36 meses y sin ultraactividad) tienen una presencia muy reducida». Interesa el dato de que «el 63,7% de los convenios tiene una ultraactividad que se prolonga hasta la firma de un nuevo convenio colectivo». Es decir, que en muchos casos, era común una ultraactividad indefinida, pero de facto, por así disponerlo las partes.

.....
21 Boletín, núm. 80 (2021). Localizable en https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Boletin/No_80_noviembre_2021.pdf.

Estos datos los acompaña el informe con este gráfico:



Fuente: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Boletin/No_80_noviembre_2021.pdf

A la vista de los datos indicados, interesa traer a colación una serie de convenios recientes, para contrastar en qué términos plantean la ultraactividad en sus textos. Ante todo, destaca el papel de las partes para autoimponerse plazos propios de duración de la ultraactividad, con respeto a las exigencias legales, que se han venido articulando en la línea de los “pactos en contrario” de la regulación anterior. A la luz de ese principio dispositivo, destacan una serie de instrumentos convencionales. Así, el Convenio Colectivo agropecuario de la provincia de Cuenca para los años 2020–2021²², señala a estos efectos que «se mantiene la ultraactividad del presente convenio en todas sus condiciones estipuladas para los años sucesivos, quedando prorrogado indeterminadamente hasta la firma de otro nuevo, obligándose las partes a constituir la mesa de negociación de un nuevo convenio, en el mes último de la duración del presente. Queda así denunciado automáticamente al término de su duración. Al mismo tiempo cualquiera de los firmantes del presente convenio podrán denunciarlo mediante escrito dirigido a las otras partes negociadoras un mes antes de finalizar su vigencia»²³. Esto es, alude a la prórroga indefinida hasta la firma de un nuevo convenio.

En el caso del Convenio Colectivo del sector de Agua para Riegos de la provincia de

.....

22 *Boletín Oficial de Cuenca*, núm. 9, de 21 enero 2022.

23 Art. 4.

Granada²⁴, las partes fijan un límite de ultraactividad superior a la regla en defecto de pacto (que era de 1 año), al disponer que «en la fecha de terminación del Convenio el 31/12/2023 se prorrogará automáticamente durante dos años, finalizando su ultraactividad el 31/12/2025»²⁵.

Respecto del Convenio colectivo 2021–2022–2023 para el sector de la construcción y obras públicas de Álava²⁶ interesa mucho la previsión que contiene, ya que, entre otras cosas, se refiere a una eventual modificación normativa que recupere la ultraactividad indefinida. En concreto, señala que «la negociación del nuevo convenio, una vez denunciado el anterior, deberá comenzar en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación de la denuncia, constituyéndose en ese plazo la comisión negociadora»; y añade que «el plazo máximo para la negociación del nuevo convenio, en su caso, será de 36 meses a partir del momento de expirar la vigencia del convenio anterior. Ello no obstante, en caso de modificarse legalmente el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores durante la vigencia del convenio, estableciéndose nuevamente la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos, dicha modificación será de aplicación inmediata desde el mismo momento de su entrada en vigor»²⁷. Asimismo, este precepto se completa con la referencia a la solución extrajudicial de conflictos, pues indica que «para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación establecidos en el apartado anterior sin alcanzarse un acuerdo, las partes se adhieren y someten a los procedimientos no judiciales de solución de conflictos establecidos o que puedan establecerse mediante acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o de la Comunidad Autónoma del País Vasco».

Por otra parte, el Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria²⁸ señala que «quedará automáticamente prorrogado por períodos anuales, si no es denunciado por escrito durante los dos meses anteriores a la fecha de su finalización por quien tenga la representatividad requerida, debiendo comunicar la denuncia a las otras representaciones y a la autoridad laboral». En todo caso, establece que «de no efectuarse la denuncia en el tiempo y forma previstos en el párrafo anterior y habiéndose producido la prórroga anual automática, todos los conceptos salariales se ajustarán siguiendo el mismo criterio de incremento que el establecido para el año 2021». Especialmente, la regla de la ultraactividad, pues indica que «denunciado el convenio, el mismo mantendrá su vigencia durante la negociación y hasta que no se alcance acuerdo sobre el nuevo convenio que lo sustituya»²⁹.



24 *Boletín Oficial de Granada*, núm. 245, de 24 diciembre 2021.

25 Art. 3.

26 *Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava*, núm. 106, de 17 septiembre 2021.

27 Art. 3.

28 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 11, de 13 enero 2020.

29 Art. 4.

En el ámbito de la empresa, el III Convenio Colectivo de Bofrost* SAU³⁰, establece que «con independencia de la fecha de su firma, el presente convenio colectivo tendrá una vigencia de tres 3 años, por el período comprendido entre el 1 de marzo de 2020 y el 28 de febrero de 2023, salvo aquellas materias que se acuerde que entren en vigor con posterioridad [y añade que] quedará denunciado automáticamente seis meses antes de su vencimiento, a partir de cuya fecha, las partes podrán notificar una a la otra las correspondientes propuestas de negociación, manteniéndose vigente todo su contenido en tanto no sea sustituido por otro convenio colectivo de empresa. Durante el periodo de ultraactividad, pues, se mantiene vigente el convenio»³¹. Es decir, en este caso, establece una fecha concreta de denuncia, que queda fijada en el período de seis meses anteriores a la pérdida de vigencia.

En el caso del Convenio Colectivo de la empresa Faes Farma, S.A. (Factoría de Lamiako–Leioa)³², señala que «se acuerda expresamente, a los efectos de lo dispuesto en el art. 86 del Estatuto de los Trabajadores que, una vez finalizada la duración pactada, el presente convenio mantendrá vigente todo su contenido normativo hasta la suscripción por ambas partes de un nuevo acuerdo que lo sustituya. Por su parte, los niveles salariales que cada uno tenga reconocidos se mantendrán en las mismas cuantías que se venían percibiendo a nivel personal hasta tanto no se acuerden modificaciones fruto de nuevos acuerdos colectivos»³³. Aquí acota la vigencia al contenido normativo del convenio, que se mantendrá hasta que se acuerde otro nuevo.

Otro ejemplo se encuentra en el Convenio colectivo de Fernando Buil, SA³⁴, que establece que «la vigencia del Convenio Colectivo se extenderá desde el 1 de septiembre de 2019 y durante los años 2020 y 2021, finalizando en consecuencia el 31.12.2021 sin perjuicio de mantenerse en ultraactividad en tanto en cuanto no se negocie uno nuevo que lo venga a sustituir»³⁵. Por tanto, en la línea de otros que se han reseñado.

Por último, interesa destacar también, el caso de Convenios cuya ultraactividad se ha extendido en el tiempo de forma excesiva, como en su momento fue el caso del I Convenio Colectivo de los registradores de la propiedad y mercantiles³⁶. Como consecuencia, que estuvo vigente 21 años, de los cuales 18 fueron en ultraactividad, hasta que en 2013 se aprobó el II convenio del sector³⁷.

30 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311, de 28 diciembre 2021.

31 Art. 5.

32 *Boletín Oficial de Bizkaia*, núm. 197, de 13 octubre 2021.

33 Art. 1.

34 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 247, de 16 septiembre 2020.

35 Art. 2.

36 *Boletín Oficial del Estado*, nº 234, de 2 de septiembre de 1992.

37 *Boletín Oficial del Estado*, nº 243, de 10 de octubre de 2013.

III. LA RECUPERACIÓN DE LA ULTRA ACTIVIDAD INDEFINIDA. EL IMPACTO DEL REAL DECRETO–LEY 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE

Tras este recorrido, llega el Real Decreto–Ley 32/2021, de 28 de diciembre, y tras casi diez años de ultraactividad limitada en la ley, se recupera la ultraactividad indefinida. La voluntad de llevar a cabo esta reforma venía de unos años atrás, concretamente del Acuerdo 30 de diciembre de 2019, alcanzado entre el PSOE y Unidas Podemos³⁸. La finalidad de dicho acuerdo era «recuperar(...) los derechos laborales arrebatados por la reforma laboral de 2012», y entre ellos, fijaba el objetivo de «derogar(...) las limitaciones al ámbito temporal del convenio colectivo, haciéndolo llegar más allá de las previsiones contenidas en el mismo, tras la finalización de su vigencia y hasta la negociación de uno nuevo». Este era uno de los objetivos que se identificaban en el propio acuerdo como urgentes, pero escasas semanas después todo quedó paralizado como consecuencia de la pandemia de la Covid–19, y las medidas que se adoptaron a nivel normativo –que fueron muy abundantes–, tenían un carácter de emergencia, para tratar de adaptarse a la situación imprevisible que se vivía.

Pasado el tiempo, y recuperada una cierta normalidad, se procede a esta reforma, que incorpora los términos del acuerdo que se alcanzó por los agentes sociales el 22 de diciembre de 2021, sin modificarlo, lo que evidencia la prioridad que ha tenido el diálogo social, en la línea del Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, relativo a “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”. Este Plan, entre otras cuestiones, destaca la necesidad de «modernización de las políticas públicas en el ámbito laboral, sobre la base del diálogo social».

Para comprender el alcance de esta modificación, la Exposición de Motivos de la norma fija como objetivo la modernización de la negociación colectiva, a la par que busca un sistema de relaciones laborales equilibrado.

Sin duda, se trata de una reforma de gran calado en el marco de la negociación colectiva. A este respecto, la propia Ministra de Trabajo, Yolanda Díaz, manifestó que la reforma supone «derogar la muerte súbita de los convenios colectivos»³⁹. Una valoración muy gráfica que evidencia las limitaciones que supuso la regulación anterior en el marco de la negociación colectiva. Y es que el impacto es determinante, pues con la reforma se regresa al marco normativo previo a la reforma de 2012, que jus-

.....

38 Localizable en <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>.

39 10 de noviembre de 2021, sesión de control al Gobierno en el Congreso de los Diputados.

tificaba las limitaciones introducidas en la necesidad de evitar la petrificación de las condiciones de trabajo. Pero, ¿realmente existía esa “petrificación” que justificaba una reforma como aquella? Puede que en ocasiones se dilatara, pero por eso se primaba la disponibilidad de las partes, y el hecho de restringir a un año la fase de ultraactividad tras la reforma de julio de 2012, generó el sentido contrario, no un desbloqueo, sino una gran incertidumbre.

Con la reforma de 2012, de no alcanzarse un nuevo acuerdo en el plazo señalado (1 año), tras la denuncia del convenio, y de no existir convenio aplicable de ámbito superior, se planteaba una auténtica caída al vacío de las condiciones laborales, pues lo que quedaba era el suelo de los derechos laborales, esto es, el Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, la incertidumbre se planteaba a partir del 8 de julio de 2013, un año después de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio⁴⁰. A este respecto, la Disposición Transitoria 4ª de la ley era clara: *en los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor.*

Así las cosas, las salidas que se plantearon ante aquella situación discurrieron del siguiente modo:

- 1) En un primer momento se suscribió un Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultraactividad de los convenios colectivos, firmado el 23 de mayo de 2013⁴¹. Este Acuerdo se limitaba a hacer unas recomendaciones a los sujetos negociadores en el caso de convenios que pudieran verse afectados por el fin de vigencia, como por ejemplo «agilizar e intensificar los procesos negociadores en curso a fin de propiciar el acuerdo antes del término legal de vigencia de los convenios». Asimismo, para evitar situaciones de incertidumbre, recomendaba agilizar las negociaciones e incluso desbloquear los procesos atascados acudiendo a mediación o arbitraje.

No obstante, el problema fue muy serio y obligó a judicializar la cuestión. Y en este caso, hay que acudir al criterio mantenido al respecto por el Tribunal Supremo, como se verá continuación.

- 2) Criterios jurisprudenciales. Siguiendo un orden cronológico, hay tres Sentencias del Tribunal Supremo que resultan determinantes a estos efectos. En primer lugar, la



40 Sobre el tema, véase CÁMARA BOTÍA, A., y GIL PLANA, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch (2015).

41 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 142, de 14 de junio de 2013.

Sentencia de 22 de diciembre de 2014⁴², que respalda la teoría de la contractualización *ab origine* de las condiciones de trabajo. Este caso trae causa de un convenio colectivo de empresa, que se firmó en el año 1999. El convenio tenía una duración de tres años, y como en los años sucesivos no medió denuncia, este se fue prorrogando anualmente hasta 2012, momento en que se denunció. Resultaba que en este supuesto no había convenio de ámbito superior, y por tanto, llegado el 8 de julio de 2013, perdió vigencia. Por tanto, los salarios de los trabajadores a partir de esa fecha se verían notablemente reducidos, pues se les aplicaría el salario mínimo interprofesional, que conforme a la Ley de Presupuestos de ese momento estaba fijado en 752,9 €/mes. Por tanto, se generaba una dualidad en el cobro del salario esa mensualidad, pues hasta el 8 de julio se percibía la cuantía conforme al convenio, y a partir de esa fecha, el salario mínimo.

En el marco de aquel litigio, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 20 de diciembre de 2013, entendió que esa dualidad salarial aplicada por la empresa no era ajustada a Derecho, y condenaba a la misma a reponer a los trabajadores las condiciones previas a la pérdida de vigencia del convenio. Cuando se recurrió al Tribunal Supremo, este puso sobre la mesa las alternativas que ya se venían debatiendo en la doctrina. Esto es, «una primera tesis, que podemos denominar “rupturista”, según la cual 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». Y, por otro lado, «una segunda, que denominaremos “conservacionista”, según la cual dichas condiciones laborales (expresión equivalente, aunque más breve, a la más precisa de: los respectivos derechos y obligaciones de las partes) que venían rigiendo con anterioridad a la pérdida de vigencia del convenio colectivo en cuestión deberán mantenerse puesto que forman parte del sinalagma contractual establecido entre las partes».

El Tribunal Supremo se decantó por la postura conservacionista, que permitía contractualizar las condiciones del convenio para no generar pérdidas de derechos en los trabajadores. Y así lo justifica, al señalar que, de acogerse a la otra tesis, ello «podría producir en el ámbito del contrato de trabajo una alteración sustancial de sus condiciones para ambas partes, trabajador y empresario, que transformaría las bases esenciales del propio contrato o negocio jurídico y el equilibrio de las contraprestaciones, pudiendo dejarlo sin los requisitos esenciales para su validez, como son el “objeto cierto que sea materia del contrato” y la “causa de la obligación que se establezca”». Sin embargo, la

.....
42 Número de recurso 264/2014.

sentencia cuenta con votos particulares, que no comparten la argumentación en la que se apoya el fallo.

La segunda resolución es la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015⁴³, que sigue la teoría de la contractualización espigueada. Dispone que, «salvo en las materias reguladas en el convenio sectorial de ámbito estatal, las demás condiciones de trabajo establecidas con anterioridad en el convenio provincial seguirán siendo de aplicación a los trabajadores afectados por el conflicto, aquéllos que prestaban servicios en empresas guipuzcoanas del sector cuando éste perdió su vigencia, en los términos arriba expuestos, de conformidad con la STS 22-12-2014». Es decir, como ha puesto de manifiesto la doctrina, aquí «el TS mantiene simultáneamente el carácter *ab origine* de la contractualización, y su sujeción a una eventualidad (existencia de un convenio de ámbito superior)»⁴⁴.

Por último, la Sentencia de 6 de julio de 2016, sigue la tesis de la contractualización condicionada⁴⁵, que limita la contractualización exclusivamente a los casos en que no haya convenio de ámbito superior a aplicar. En caso de que haya, no opera.

En todo caso, el problema que presentaba la contractualización, era que resultaba aplicable a los trabajadores cubiertos por el convenio antes de su pérdida de vigencia, pero no a los nuevos trabajadores, ni a aquellos que, aunque afectados, tenían la condición de pasivos –jubilados–, que no tenían contrato de trabajo. A este respecto interesa referenciar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2021⁴⁶, en relación con el IV Convenio Colectivo del Grupo Endesa, que, llegado un momento, fue denunciado con vistas a negociar el V Convenio, pero transcurrido el plazo legal de ultraactividad, y a falta de otro superior aplicable, aquel perdió vigencia. El texto convencional reconocía una serie de beneficios sociales a los pasivos –jubilados, viudas o huérfanos–. En ese sentido, el Tribunal señala que «las disposiciones de un convenio colectivo, que ha dejado de tener vigencia como consecuencia de lo acordado por las partes firmantes, no pueden ser llevadas e incorporadas a un inexistente contrato entre las empresas del grupo ENDESA y el personal jubilado, de las mismas o los familiares de trabajadores. Tal como ya hemos expresado

43 Núm. De recurso 209/2014.

44 BELTRÁN DE HEREDIA, I., «Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021 y Ley 20/2021): Primeras valoraciones críticas sobre el impacto en la contratación temporal», 29 de diciembre de 2021. Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Localizable en <https://ignasibeltran.com/2022/01/11/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-su-impacto-en-la-negociacion-colectiva-prioridad-aplicativa-y-ultraactividad/>.

45 Sobre el tema, véase QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., «La recuperación de la tradicional ultraactividad indefinida de los convenios colectivos», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 5, “Reforma Laboral 2022” (Marzo 2022).

46 Número de recurso 137/2019. Recientemente, se ha dictado una Sentencia en relación con otro conflicto respecto de la supresión de beneficios sociales en el V Convenio Colectivo del Grupo, aunque en este caso sin relación con la ultraactividad. Se trata de la Sentencia de Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2021 (Número de recurso 514/2020).

la única fuente de la obligación de las empresas del grupo ENDESA respecto de estas personas jubiladas y familiares y del correlativo derecho que estos tenían era una norma jurídica, el IV Convenio Colectivo Marco del Grupo ENDESA, mientras estuvo vigente. Su desaparición comporta que tales derechos y obligaciones ya no serán exigibles dado que no existe instrumento normativo o contractual que lo determine». De este modo, la empresa aprovechó los efectos de la reforma de 2012 para evitar tener que abonar dichos beneficios a los pasivos.

Expuestas estas líneas interpretativas, de base jurisprudencial, se plantea la cuestión de si, con la nueva regulación, decae y queda sin contenido la mencionada contractualización. En este sentido, una parte de la doctrina entiende que sí, en la medida en que se elimina toda referencia al convenio de ámbito superior⁴⁷. En atención a esa interpretación, podría pensarse que ya no se activa, puesto que el espíritu de la norma es otro, precisamente la pervivencia del convenio hasta alcanzar un nuevo acuerdo, y de no lograrse, adquiere un importante papel la mediación o el arbitraje. No obstante, podría encontrarse algún escenario en que resultara factible acudir a esta doctrina, en casos de sobrepasarse el plazo de vigencia ultraactiva autoimpuesto por las partes, y no existir convenio superior⁴⁸.

En este sentido, cabe pensar en la cuestión de las condiciones más beneficiosas y el impacto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2014 sobre la contractualización⁴⁹. En este sentido, se ha afirmado que cuando se contractualiza, «no es la condición más beneficiosa en su sentido más puro o exquisito, pero es una condición que se introduce en el contrato y que, al fin y al cabo, produce un efecto similar. Su beneficiario, a la postre, puede mantenerla, y tiene derecho a mantenerla, hasta que las partes del contrato no pacten otra cosa, hasta que entre en escena una regla mejor capaz de absorberla, o hasta que intervenga el poder novatorio del empresario»⁵⁰. También a estos efectos, es interesante «la tesis mantenida –con mayor autoridad– por Rodríguez Piñero, Casas Baamonde y Valdés Dal Ré de que “las condiciones de trabajo no se contractualizan como condiciones más beneficiosas...” y “de ahí la posibilidad de su disponibilidad posterior por pacto posterior, individual y colectivo y de su eventual modificación por el art. 41 ET”», compartida por parte de la doctrina⁵¹.



47 ROJO TORRECILLA, E., «Estudio de la reforma laboral de 2021 (V) La restricción de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad» (8 enero 2022). Localizable en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021-v.html>.

48 BELTRÁN DE HÉREDIA, I., «Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021 y Ley 20/2021): Primeras valoraciones críticas sobre el impacto en la contratación temporal», 29 de diciembre de 2021. Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales...*op. cit.*

49 PAZOS PÉREZ, A., “El retroceso del criterio de prioridad aplicativa del convenio de empresa y ultraactividad de los convenios colectivos”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ª temporada, núm. 14 (2022), págs. 28 a 33.

50 GARCÍA MURCIA, J., «Condición más beneficiosa y negociación colectiva», *Documentación Laboral*, núm. 114 (2018), Vol. II., pág. 102.

51 CONDE–PUMPIDO TOURÓN, T., «Las condiciones más beneficiosas de alcance colectivo y la tesis de la contractualización», *Documentación Laboral*, núm. 114 (2018), Vol. II, pág. 125. En su argumentación, el autor de

IV. CONSECUENCIAS DE LA NUEVA REGULACIÓN

4.1. ¿Denuncia o fin de vigencia?

Destacados los aspectos más relevantes de esta reforma, y el impacto positivo de la misma, al establecer el retorno a la ultraactividad indefinida, procede analizar su alcance en torno a una serie de cuestiones. Si bien se diluye en gran medida la inseguridad jurídica precedente, hay elementos que requieren ser matizados, y cuya concreción, posiblemente, vendrá de la mano de la jurisprudencia.

Uno de ellos tiene que ver con la concreción del momento en que se activa la ultraactividad, ¿desde la denuncia o desde el fin de la duración pactada en el convenio? Al respecto, la norma presenta algunas imprecisiones, pues, por un lado, señala que *la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio (...)*; y por otro indica que *transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio (...)*.

Ante esta aparente indeterminación, la interpretación más adecuada pasa por entender que la norma se refiere al fin de la duración pactada, pues un convenio podría denunciarse mucho antes de perder vigencia, y de entenderse que la norma despliega efectos desde la fecha de la denuncia, se generarían ciertas distorsiones. Así lo ha entendido parte de la doctrina, al señalar que «la denuncia del convenio colectivo surte efectos solo cuando finalice la vigencia pactada, porque, existe la posibilidad de que la precitada denuncia se produzca al día siguiente de la entrada en vigor de aquel»⁵², y que, «de lo contrario, podrían darse situaciones indeseadas: el decaimiento de las cláusulas de paz sindical o el sometimiento a los procedimientos de mediación y arbitraje, antes de que finalice la vigencia pactada»⁵³.

Por tanto, sería positivo aclarar este aspecto, en la medida en que está expuesto a diversas interpretaciones, que pueden desencadenar cierta conflictividad.

.....

apoya en la tesis de Rodríguez Piñero, Casas Baamonde y Valdés Dal Ré, de que «las condiciones de trabajo no se contractualizan como condiciones más beneficiosas...» y «de ahí la posibilidad de su disponibilidad posterior por pacto posterior, individual y colectivo y de su eventual modificación por el art. 41 ET», en RODRIGUEZ PIÑERO M., CASAS BAAMONDE Y VALDÉS DAL RÉ, “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales* nº 9 (2013).

52 MERINO SEGOVIA, A., «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, publicado el 25 enero 2022. Localizable en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/1-Ultraactividad-AEDTSS-Amparo-Merino.pdf>

53 *Ibidem*.

4.2. Impacto en el marco de la concurrencia de convenios colectivos

Otro de los aspectos sobre los que puede tener incidencia esta materia, tras su nueva redacción, es en el marco de concurrencia de convenios colectivos. Y es que el art. 84.1 del Estatuto se refiere a la prohibición de concurrencia conflictiva en los siguientes términos: *un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente.*

A la vista de que el precepto hace referencia a la prohibición de afectación “durante su vigencia”, la pregunta que se plantea es, ¿opera esta prohibición de concurrencia en caso de un convenio en fase de ultraactividad? ¿cómo se interpreta esa expresión? En este sentido, la respuesta ha sido diversa con el paso del tiempo⁵⁴. Si bien con la Sentencia del Alto Tribunal de 30 de diciembre de 2015⁵⁵ la prohibición de concurrencia alcanzaba al convenio en fase de ultraactividad, posteriormente en su Sentencia de 5 de octubre de 2021⁵⁶, rectifica su doctrina, al afirmar claramente que «la prohibición de concurrencia finaliza ante la pérdida de vigencia del cc y a pesar de su mantenimiento en situación de ultraactividad», ya que «la expresión legal que hay que entender como la referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al período posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 ET». También en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2022⁵⁷, destaca que la prohibición de concurrencia «se extiende durante la vigencia del convenio preexistente, referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes».

4.3. Impacto en el marco de la inaplicación de los convenios colectivos

El art. 82.3 del Estatuto señala que *cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en*

.....
54 CABEZA PEREIRO, J., «Vigencia y aplicación del convenio colectivo», en AA.VV. (Dir. CRUZ VILLALÓN, J.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Ed. Cinca (2017), págs. 149 y 150.

55 Número de recurso 255/2014.

56 Número de recurso 4815/2018.

57 Número de recurso 33/2020.

el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo; b) Horario y distribución del tiempo de trabajo; c) Régimen de trabajo a turnos; d) Sistema de remuneración y cuantía salarial; e) Sistema de trabajo y rendimiento; f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39; g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Dado que la norma se refiere sin más al convenio colectivo aplicable, ¿cabría el descuelgue en esa fase –lógicamente por causas objetivas–? A este respecto, son interesantes los pronunciamientos del Tribunal Supremo relativos a la aplicación de la técnica del descuelgue, también en casos de un convenio en situación de ultraactividad. Así, la Sentencia de 23 de diciembre de 2015⁵⁸ señala que «es válido el descuelgue respecto del convenio en ultraactividad, que está vigente, sin que se sustituya ni limite el procedimiento ordinario de negociación de un nuevo». Y recuerda que «el “descuelgue” o apartamiento del convenio colectivo es algo que como su propio nombre indica sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional, actúa hacia el futuro». Por tanto, se seguirían los trámites del 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

4.4. Impacto En El Marco De La Sucesión De Empresa

A este respecto, diversos pronunciamientos de los Tribunales de Justicia, tanto a nivel interno como supranacional, han admitido que un convenio en fase de ultraactividad puede continuar obligando a la empresa cesionaria en los casos de sucesión de empresa, regulados en nuestro ordenamiento en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁹.

En su Sentencia de 12 de abril de 2011⁶⁰, el Tribunal Supremo señala que «el Convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa». Con posterioridad, se pronuncia en el mismo sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 11 de septiembre de 2014⁶¹. Teniendo en cuenta la Directiva 2001/23⁶², la resolución judicial señala que «las condiciones de trabajo determinadas mediante un convenio colectivo no pueden considerarse excluidas

58 Número de recurso 28/2015.

59 Al respecto, véase CABEZA PEREIRO, J., «Vigencia y aplicación del convenio colectivo», *op. cit.* págs. 1665–167.

60 Número de recurso 132/2010.

61 Asunto C328/13.

62 Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

del ámbito de aplicación de esta disposición por el mero hecho de que se apliquen a los interesados en virtud de una norma de ultra actividad de un convenio colectivo como la controvertida en el procedimiento principal»⁶³. Por tanto, cuando se produce una sucesión de empresa, no finaliza la vigencia ultraactiva del contenido normativo del convenio colectivo.

V. EL FOMENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

A la vista del impacto positivo de la reforma, que recupera la ultraactividad indefinida, merece especial atención el recurso a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, precisamente para reforzar los procesos negociadores y evitar bloqueos a la par que se proporciona seguridad jurídica.

Si bien la referencia a estos procedimientos en la norma no es nueva, pues ya se contemplaba con anterioridad a la reforma de 2021, la versión vigente pone en valor las fórmulas alternativas de solución de conflictos. En atención al tenor literal del precepto, pasado un año desde la denuncia –la norma debiera decir “pérdida de vigencia”– del convenio colectivo, establece que *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*. Es decir, señala de forma imperativa el deber de acudir a la mediación siempre que una de las partes lo requiera, salvo que las partes decidan de mutuo acuerdo y de forma expresa acudir al arbitraje, en virtud de un pacto compromisario. A modo de contraste con la regulación anterior (por ejemplo, con la reforma de 2011), se indicaba que en caso de compromiso arbitral había que expresar cómo sería el sometimiento a arbitraje, si voluntario u obligatorio, y, de no señalarse nada al respecto, se entendería como obligatorio.

En este sentido, y a modo de ejemplo, se puede traer a colación la previsión del Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa “Fresenius Medical Care Extremadura, SA”⁶⁴, que indica que «una vez denunciado el Convenio Colectivo, durante las negociaciones y, en tanto no se llegue a un acuerdo sobre el nuevo, se entenderá prorrogado duran-

63 Punto 26 de la Sentencia. *Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. 82, de 22 de marzo de 2001.

64 *Diario Oficial de Extremadura*, núm. 15, de 24 de enero de 2022.

te un año desde su finalización, transcurrido el cual sin alcanzar acuerdo, se someterá la cuestión a procedimiento arbitral, ante la Fundación de Relaciones Laborales de Extremadura»⁶⁵.

A la vista del texto del precepto, es interesante destacar el papel de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos, pensados para desbloquear posibles atascos en las negociaciones, teniendo en cuenta que, por encima de todo, el convenio no pierde vigencia⁶⁶. La referencia al deber de mediar transcurrido el año, implica que, si una de las partes lo pide, la otra debe avenirse a someterse a mediación. Asimismo, respecto del arbitraje, siempre que exista pacto expreso, puede contemplarse una cláusula compromisaria en el propio convenio colectivo, teniendo en cuenta que esa alternativa cierra la puerta a las partes a someterse a la vía judicial –salvo motivos tasados que permiten impugnar el laudo, conforme al art. 91.2, inciso segundo, del Estatuto–.

La referencia al deber de someterse a mediación plantea algunas cuestiones de interés, si se piensa en el espíritu y redacción de muchos acuerdos interprofesionales sobre materias concretas, como puede ser el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial), de ámbito estatal (conocido como VI ASAC)⁶⁷ o, a nivel autonómico y por lo que al territorio gallego se refiere, al Acuerdo Interprofesional Gallego sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo (AGA)⁶⁸. Ciertamente, en el VI ASAC se establece la posibilidad de acudir a mediación o a arbitraje, a veces de forma voluntaria, de común acuerdo entre las partes, y otras, más concretas, de forma obligatoria⁶⁹, pero destaca la voluntariedad entre los principios que lo presiden⁷⁰. Por su parte, el AGA se caracteriza por la voluntariedad de estos mecanismos, salvo el caso específico de los servicios de mantenimiento y seguridad en caso de huelga, donde las partes han de llegar a un acuerdo para determinar dichos servicios y, de no alcanzarse el mismo en el plazo correspondiente dispuesto por el texto del Acuerdo (que es de dos días naturales), tendrán que someterse al arbitraje de forma obligatoria⁷¹. ¿Entra, por tanto, en contradicción, la nueva redacción del art. 86 del Estatuto con el AGA, por ejemplo? La respuesta debe ser afirmativa, lo que exigirá una revisión y adaptación del AGA en este sentido.

.....

65 Art. 3, sobre Vigencia y denuncia.

66 *Sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo.*

67 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 334, de 23 de diciembre de 2020.

68 *Diario Oficial de Galicia*, núm. 29, de 12 de febrero de 2020.

69 Art. 9, relativo a “Procedimientos”.

70 Art. 4.

71 Su art. 72 señala que *transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior sin que se obtuviese acuerdo, ambas partes se someterán a un arbitraje.*

VI. LA REGLA TRANSITORIA

Interesa mucho no perder de vista las normas transitorias en este contexto. En concreto, se trata de la Disposición transitoria séptima, relativa al régimen aplicable a los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto–Ley. La norma indica 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.*

En atención a esta norma, los convenios colectivos que se estén negociando en la actualidad, por haber sido denunciados antes de la entrada en vigor de la nueva norma, mantendrán la vigencia hasta que se llegue a un acuerdo.

Esta regla transitoria merece una valoración muy positiva, porque sobre los convenios ya denunciados a fecha de entrada en vigor de la norma no hay duda. Sin embargo, uno de los interrogantes que plantea la redacción de la norma es qué ocurre con aquellos convenios colectivos que hubieran incorporado en sus textos la ultraactividad de un año, en atención a la anterior redacción del artículo 86 ET y aún no estuvieran denunciados, o aquellos que contenían cláusulas de vigencia que exceptuaran el régimen previsto en el Estatuto, acordadas conforme al marco normativo previo a la reforma. En estos casos, se plantea la duda de si al transcribir una norma vigente en el momento de la negociación, pero no así actualmente, hay que interpretarla conforme al sentido de la norma en vigor, esto es, la actual letra del art. 86; o bien interpretarla como un pacto en contrario, admitido por el art. 86.3, para establecer por las partes un régimen alternativo a la ultraactividad. Como la cláusula vendría de atrás, en el peor de los casos (esto es, pasado el año sin nuevo convenio y que no haya otro superior, conforme a las reglas anteriores) podría tener que acudir a las reglas de la contractualización de las condiciones del convenio, de ahí que no esté cerrado el debate sobre si esa doctrina ya no opera o puede surtir efectos en casos como este.

Sin duda, esto podrá generar litigiosidad por las posibles interpretaciones. No obstante, la normativa jurídico–laboral refleja la tendencia a apostar por la solución extrajudicial para abordar este tipo de discrepancias, y buen ejemplo de ello es el proceso de conflictos colectivos, como se ha indicado anteriormente. Se deben canalizar por el mismo los conflictos relativos a la aplicación e interpretación de –entre otros– un convenio colectivo (art. 153 de la LRJS), con lo que las posibles discrepancias que se puedan plantear en este contexto, también nos conducen a la mediación, como ya hemos indicado, si nos atenemos al art. 156 de la LRJS. Este precepto señala que *será requisito necesario para la tramitación*

del proceso el intento de conciliación o de mediación en los términos previstos en el artículo 63. Lo acordado en conciliación o mediación tendrá, según su naturaleza, la misma eficacia atribuida a los convenios colectivos por el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, siempre que las partes que concilien, ostenten la legitimación y adopten el acuerdo conforme a los requisitos exigidos por las citadas normas. En tal caso se enviará copia de la misma a la autoridad laboral. En el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, el acuerdo alcanzado tendrá la eficacia correspondiente a los acuerdos de interés profesional regulados en el artículo 13 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo.

VII. BALANCE DE LA REFORMA DE DICIEMBRE DE 2021 EN EL MARCO DE LA ULTRAATIVIDAD

Como afirmaba el jurista uruguayo Américo Plá, «en todo el derecho del trabajo hay un punto de partida: la unión de los trabajadores, y un punto de llegada: el mejoramiento de las condiciones de los trabajadores. Derecho individual y derecho colectivo del trabajo son simplemente distintas sendas para recorrer el mismo itinerario»⁷². Teniendo en cuenta esta finalidad, de mejora de las condiciones de los trabajadores, son destacables sin un ápice de duda las bondades de esta reforma en este sentido. De ella se pueden destacar, como aspectos positivos, su finalidad de desbloqueo –gracias al recurso a los sistemas extrajudiciales, pero sin la amenaza de la pérdida de vigencia del convenio–; la apuesta por una mayor autonomía de las partes; la seguridad jurídica de que se dota al proceso negociador, caracterizado por su complejidad; y el equilibrio en la negociación que aporta esta regulación, al no forzar a acuerdos *in extremis* o a resultados poco satisfactorios. En cuanto a los aspectos a mejorar, cabría destacar los mencionados sobre la redacción del precepto, y la posible litigiosidad que puede desencadenar en ciertos casos; y las dudas interpretativas ligadas a esa redacción.

No obstante, sin duda debemos estar satisfechos por recuperar a nivel normativo una de las manifestaciones de la negociación colectiva en su plenitud, como es la ultraactividad indefinida del convenio colectivo, tras casi diez años de limitación normativa a falta de pacto entre las partes.

72 PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios el Derecho del Trabajo*, Depalma (1998), pág. 44.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV (Dir. MERCADER UGUINA, J), *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto – Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch (2022).
- BELTRÁN DE HEREDIA, I., «Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021 y Ley 20/2021): Primeras valoraciones críticas sobre el impacto en la contratación temporal», 29 de diciembre de 2021. Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Localizable en <https://ignasibeltran.com/2022/01/11/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-su-impacto-en-la-negociacion-colectiva-prioridad-aplicativa-y-ultraactividad/>
- CABEZA PEREIRO, J., «Vigencia y aplicación del convenio colectivo», en AA.VV. (Dir. CRUZ VILLALÓN, J.) *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Ed. Cinca (2017).
- CÁMARA BOTÍA, A., y GIL PLANA, J., *Denuncia y ultraactividad del convenio colectivo*, Tirant lo Blanch (2015).
- CONDE–PUMPIDO TOURÓN, T., «Las condiciones más beneficiosas de alcance colectivo y la tesis de la contractualización», *Documentación Laboral*, núm. 114 (2018), Vol. II.
- GARCÍA MURCIA, J., «Condición más beneficiosa y negociación colectiva», *Documentación Laboral*, núm. 114 (2018), Vol. II.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «Análisis de la Reforma laboral del RDL 32/2021», *Aranzadi digital*, núm. 1 (2022).
- LOUSADA AROCHENA, F.J., «La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre», *Revista de Derecho Social*, núm. 97 (2022).
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “El arbitraje laboral”, en *Los nuevos retos del arbitraje en una sociedad globalizada* (dir: Agustín–Jesús PÉREZ–CRUZ MARTÍN; coord: Ana María NEIRA PENA), Editorial Civitas – Thomson Reuters (2011).
- MERINO SEGOVIA, A., «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*, publicado el 25 enero 2022. Localizable en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/1-Ultraactividad-AEDTSS-Amparo-Merino.pdf>
- PAZOS PÉREZ, A., “El retroceso del criterio de prioridad aplicativa del convenio de empresa y ultraactividad de los convenios colectivos”, *Revista Galega de Dereito Social*, 2ª temporada, núm. 14 (2022).
- PÉREZ CAPITÁN, L., «La reforma laboral de 2021 y los cambios en la negociación colectiva», *Estudios Latinoa.*, núm. 13–Año 2022–Vol.I.,

- PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios el Derecho del Trabajo*, Depalma (1998).
- QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., «La recuperación de la tradicional ultraactividad indefinida de los convenios colectivos», *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 5, “Reforma Laboral 2022” (Marzo 2022).
- RODRIGUEZ PIÑERO M., CASAS BAAMONDE Y VALDÉS DAL RÉ, “El agotamiento de la ultraactividad del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, nº 9 (2013).
- ROJO TORRECILLA, E., «Estudio de la reforma laboral de 2021 (V) La restricción de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad» (8 enero 2022). Localizable en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021-v.html>
- SALA FRANCO, T., “La ultraactividad de los convenios colectivos”, en AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva*, Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeada Avilés, CARL (Sevilla, 2014).

INSTRUCCIONES DE PUBLICACIÓN

PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES

La aceptación de Estudios estará sometida a revisión por pares. La recepción de un original, a incluir en la sección de estudios, no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para apreciar si cumplen tanto los requisitos formales, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Cumplidos los mínimos establecidos, siguiendo el sistema de cualquier revista académica, los artículos serán sometidos al dictamen de dos o más especialistas externos a los que la **Revista Derecho Social y Empresa** pedirá su colaboración.

Los dictámenes de los evaluadores serán anónimos y podrán recomendar al autor la introducción de determinadas modificaciones. En el caso de que los dos informes recibidos sobre un original sean contradictorios, se acudirá a un tercer revisor externo. Los autores cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a la revista, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de 15 días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos y un miembro del Consejo de Redacción, antes de su eventual publicación. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor sin que la **Revista Derecho Social y Empresa** tenga obligación, por razones de confidencialidad, de hacer conocer el dictamen negativo.

La revista se compromete a comunicar a los autores la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de 2 meses desde que se hayan recibido.

POLÍTICA DE ACCESO ABIERTO

Pertenece a los autores la propiedad intelectual de los artículos que en ella se contienen. Los derechos de edición y publicación corresponden a la **Revista Derecho Social y Empresa**, que provee acceso libre a su contenido por entender que esta medida apoya a un mayor intercambio de conocimiento global.

Después de haber publicado el artículo en la revista, se podrá disponer libremente de los artículos y otros materiales contenidos en la revista solamente en el caso de que se usen con propósito educativo o científico y siempre y cuando se incluya la mención expresa al año y número en el que fue publicado en la revista. Queda expresamente penado por la ley cualquier aprovechamiento comercial.

CONTROL DE PLAGIO

La **Revista Derecho Social y Empresa** con el fin de garantizar la integridad académica de la publicación utiliza la aplicación Feedback Studio que permite revisar los documentos detectando citas incorrectas o plagios.

INDEXACIÓN

La **Revista Derecho Social y Empresa** se encuentra indexada en las siguientes bases de datos:

- Incluida en el Catálogo **LATINDEX** (Versión 1.0).
- Referenciada en **Dialnet** (Universidad de La Rioja).
- Analizada en **MIAR** (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes).

DECLARACIÓN ÉTICA Y BUENAS PRÁCTICAS

El código ético de la **Revista Derecho Social y Empresa** se inspira en los principios de transparencia y buenas prácticas en publicaciones académicas establecido por el Committee on Publication Ethics (COPE).

La Directora, la Secretaria y el equipo editorial actuarán en el respeto de dicho Código de Conducta. La **Revista de Derecho Social y Empresa** no divulgará aquellos textos ya hayan sido publicados y denunciará los casos sospechosos de plagio o de cualquier actitud inadecuada por parte de los/as autores/as, todos los artículos serán sometidos a un control antiplagio.

Por su parte, también se comprometen a garantizar que el proceso de evaluación será justo, garantizando el anonimato, la imparcialidad y que se realizará respetando los plazos establecidos. Asimismo, la selección de los/as evaluadores/as se hará atendiendo los criterios de integridad, calidad y conocimiento de la temática objeto del texto remitido. Finalmente se garantizará en todo momento la confidencialidad tanto de autores como de evaluadores de los artículos.

Respecto a las responsabilidades de los/las autores, deben garantizar la originalidad de sus obras y ser conscientes de las consecuencias de una mala praxis científica. Por lo tanto, en su texto deben indicar siempre sus fuentes y proporcionar citas detalladas de todas las publicaciones que ha empleado para su elaboración siguiendo el método de citación fijado por la **Revista Derecho Social y Empresa**. Finalmente, enviando el artículo, aceptan el proceso de revisión utilizado por la revista (de doble ciego).

Respecto a la responsabilidad de los/as revisores/as, deberán mantener la confidencialidad del texto recibido, evaluar atendiendo a los criterios científicos de fiabilidad y rigurosidad, e informar en el caso en que detecten posibles plagios o mala praxis.

ENVÍOS

Para poder enviar artículos como autor se deberá, bien hacer un envío a través de la web de la Revista, o bien escribir un correo electrónico a la dirección revista@centrosagardoy.com indicando el título de la Revista en el Asunto.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES/AS

Cuestiones Generales para la Publicación

La **Revista Derecho Social y Empresa** publica artículos originales e inéditos.

Los artículos serán el resultado de una investigación original y deberán contener conclusiones novedosas apoyadas en una metodología debidamente planteada y justificada. Solo se admitirán trabajos inéditos que no estén en proceso de evaluación en otras revistas. Se valorará especialmente aquellos artículos que sigan la siguiente estructura: Introducción, Métodos, Resultados y Conclusiones (Método IMRC).

Se deben entregar en soporte informático PC Word, RTF o Wordperfect a las direcciones electrónicas de la Revista (revista@centrosagardoy.com) o a través de la web de la Revista (www.revistaderechosocialyempresa.com). Para facilitar el anonimato en el informe externo, se deberá incluir:

- Una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo (tanto al inicio como al final del artículo, así como cualquier referencia en las citas que se realizan en el artículo).
- Otra copia donde existan todas estas estas referencias.
- Y en un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Normas de edición e Instrucciones de Publicación

Las Instrucciones para los autores son establecidas de acuerdo con la Norma AENOR UNE 50-133-94 (equivalente a ISO 215:1986) sobre Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie y la Norma AENOR UNE 50-104-94 (equivalente a ISO 690:1987) sobre Referencias bibliográficas.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox.

Se debe incluir en castellano y en inglés todo lo que se indica a continuación:

- Un título/*title*.
- Un resumen/*abstract* de 10 líneas con un máximo de 125 palabras.
- Unas palabras clave/*key words* (máximo cinco).

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes de cada epígrafe de su trabajo.

La **Revista Derecho Social y Empresa** establece el uso de las siguientes reglas de cita como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., “Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101–124.
- Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

Las tablas deben presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC). Se generará un documento específico para las tablas y figuras. Cada tabla y figura se presentará en hojas separadas. Las figuras (ilustraciones, diagramas, fotografías y gráficos) deben presentarse en formato imagen (JPG, TIFF o EPS). Las figuras (gráficos, cuadros, mapas, fotografías, etc.) deberán tener gran calidad de resolución, con un mínimo de 300ppp.

Nunca han de entregarse solo las imágenes incrustadas en el documento Word; siempre han de suministrarse también de forma independiente en cualquiera de los formatos mencionados.

Las tablas irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto. Igualmente las figuras irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto.

La referencia a las tablas e imágenes en el texto se hará en la forma: (Tabla 1), (Tabla 2), (Figura 1), (Figura 2). Deberá indicarse claramente en el manuscrito el lugar del texto en el que debe intercalarse cada figura o tabla.

Cada tabla y figura irá acompañada de un pie de tabla o de figura que la explique brevemente. Dichos pies de tabla y de figura deberán añadirse, de manera ordenada, en una nueva página al final del manuscrito. Deberán estar escritas en Times New Roman 10 e interlineado sencillo.

Las notas a pie de página referidas a fuentes y bibliografía se señalarán antes de cualquier signo de puntuación. Figurarán numeradas correlativamente y escritas en tipo de letra Arial, tamaño 10, a simple espacio de interlineado. La veracidad de las citas de fuentes y de referencias bibliográficas será responsabilidad del autor o autores del artículo.

La bibliografía se habrá de presentar al final de los artículos, ordenada alfabéticamente por autores/as.

Normas para las reseñas bibliográficas

Se aceptan reseñas de publicaciones de investigación jurídico laboral y de empresa cuya fecha de publicación esté comprendida en los últimos tres años. Se seguirán las mismas normas de edición que para los artículos.

Las reseñas tendrán una extensión de 2 folios a espacio 1,5. El contenido de las reseñas deberá abordar los siguientes puntos:

- Un resumen que dé cuenta del tema abordado por el autor del libro, señalando sus principales aportaciones y el enfoque adoptado; se recomienda también la referencia a las fuentes utilizadas en la investigación.
- Una contextualización de la obra analizada en un debate más amplio, estableciendo comparaciones con otras investigaciones que hayan abordado temas similares o que hayan adoptado enfoques parecidos.
- Una valoración crítica de la obra que permita establecer las aportaciones del trabajo reseñado pero también sus posibles fallas o las nuevas preguntas que plantea dentro del debate en que se sitúa. No se publicará ninguna reseña que haga una presentación sin valoración crítica.

Las recensiones, una vez evaluadas y revisadas podrán ser devueltas a sus autores para que incorporen las mejoras sugeridas.

Proceso de evaluación y revisión por pares

La recepción de un original no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para comprobar si cumplen tanto los requisitos de las normas de edición, como unos mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

Los originales serán sometidos a informes externos anónimos que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La **Revista Derecho Social y Empresa** no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a **Revista Derecho Social y Empresa** comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de **Revista Derecho Social y Empresa**. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Los/las autores/as reciben una notificación detallada y motivada donde se expone el contenido de los informes originales, con indicaciones concretas para la modificación si es el caso.

El informe emitido por los/as revisores/as incluye:

- Una valoración global del artículo y de los resúmenes.
- Una valoración cuantitativa de la calidad (alta | media | baja) según estos índices evaluadores: originalidad e interés del tema; estructura definida; Rigor metodológico y articulación expositiva; Redacción estilística; y Bibliografía significativa y actualizada.
- Unas sugerencias del evaluador al autor y unas modificaciones concretas propuestas por el evaluador.

Los/as autores/as cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a revista@centrosagardoy.com, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de quince días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor/a justificando los motivos en que se basa.

La Revista se compromete a comunicar a los/as autores/as la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de dos meses desde que se hayan recibido.

Lista de comprobación de preparación de envíos

Como parte del proceso de envío, se les requiere a los autores que indiquen que su envío cumpla con todos los siguientes elementos, y que acepten que envíos que no cumplan con estas indicaciones pueden ser devueltos al autor.

1. El envío no ha sido publicado previamente ni se ha enviado previamente a otra revista (o se ha proporcionado una explicación en Comentarios al / a la editor/a).
2. El fichero enviado está en formato Microsoft Word, RTF, o WordPerfect.

NOTA DE COPYRIGHT

La **Revista Derecho Social y Empresa** es una Revista del Centro de Estudios Sagardoy, perteneciente al Despacho Sagardoy Abogados.

Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento–Sin obras derivadas 3.0 *España* de Creative Commons. Permite Atribución–NoComercial–SinDerivadas 3.0 España.

La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

DECLARACIÓN DE PRIVACIDAD

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

PUBLISHING INSTRUCTIONS

PEER REVIEWING PROCESS

The acceptance of studies will be subjected to peer revision. The reception of an original, to be included in the study section, does not anticipate the acceptance of the publication. Originals are, in first instance, read by the Editorial Department Board to esteem if the papers accomplish the formal requirements, as a minimum scientific content and an adaptation to the Magazine's editorial lines and objectives.

When the minimum is accomplished, following the procedure of any academic magazine, articles will be subdued to judgement of two or more external specialists who the **Revista Derecho Social y Empresa** will ask for collaboration.

The judgement from the evaluators will be anonymous and could recommend the author to introduce certain modifications. In the case both reviews received of an original are contradictory, a third external specialist will be asked for collaboration. Authors whose articles have obtained a positive review but with correction suggestions, will resend the article, with the corrections fulfilled, in a due date of 15 days. In the case of significant modifications, the article will be evaluated once more by the external specialists and a member of the Editorial Department Board, before its supposed publishing. If necessary, the non-acceptance of a paper will be communicated to its author without the **Revista Derecho Social y Empresa** having the obligation, due to confidentiality reasons, to give acknowledgement of the negative judgement of the article.

The magazine commits to communicate the authors the positive or negative resolution for the publishing of the originals in the due date of 2 months from the reception.

OPEN ACCESS POLICY

Authors have the intellectual property contained in the articles. Editing and publishing rights belong to the **Revista Derecho Social y Empresa**, who provides free access to its content due to understanding that this procedure guarantees greater exchange of global knowledge.

After the article is published in the magazine, articles and other contents in the magazine will be available freely only in case of scientific and educational purpose always having an express reference to the year and number of the magazine. Any commercial use will be punished by the law.

PLAGIARISM CONTROL

The **Revista Derecho Social y Empresa** with the purpose to guarantee the academic integrity of the publication uses the application Feedback Studio which allows to review the documents detecting incorrect citations and plagiarism.

INDEXING

The **Revista Derecho Social y Empresa** is currently indexed in the following databases:

- Included in the Catalogue **LATINDEX** (1.0 Version).
- Referenced in **Dialnet** (Universidad de La Rioja).
- Analyzed in **MIAR** (Matriu d'Informació per a l'Avaluació de Revistes).

ETHICAL STATEMENT AND GOOD PRACTICES

The ethical code of the **Revista Derecho Social y Empresa** is inspired in the principles of transparency and good practices in academic publications established by the Committee on Publication Ethics (COPE).

The director, secretary and editorial team will act in consequence of this code of conduct. The **Revista Derecho Social y Empresa** will not spread articles already published and will report those situations suspicious of plagiarism or any inadequate attitude from the authors, all the articles will be subdued to antiplagiarism control.

They also commit to guarantee the evaluation process will be fair, guaranteeing the anonymity, neutrality and will keep to the designated due dates. The designation of the copy editors will be attended due to the criteria of integrity, quality and knowledge of the subject, object of the text submitted. Finally, it will guarantee the confidentiality at any moment from authors and copy editors.

Regarding the responsibilities of the authors, they must guarantee the originality of their articles and to be aware of the consequences of scientific mala praxis. Therefore, their articles must indicate always their sources and provide detailed citations of all their publishing used for the elaboration of the article following the citation method determined by the **Revista Derecho Social y Empresa**. Finally, sending the article, they accept the revision procedure used by the magazine (double-blind).

Regarding the responsibility of the copy editors, they must keep confidentiality of the received articles, evaluating with the scientific criteria of reliability and accuracy, as well as reporting in case of plagiarism or mala praxis.

CONSIGNMENT

To being able to send articles as an author it will be necessary to either sending a mail in the Magazine or sending an e-mail to revista@centrosagardoy.com with the title of the Magazine as Theme of the e-mail.

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

General issues for publishing

The **Revista Derecho Social y Empresa** publishes original and unpublished articles.

Articles shall be the result of an original research and will have new conclusions supported by properly posed and justified methodology. Only unpublished assignments that are not in review for other magazines will be admitted. Assignments with the following structure will be specially evaluated: Introduction, Methods, Results and Conclusions (IMRC Method).

Only PC Word, RTF or Wordperfect formats will be accepted in the Magazine e-mail (revista@centrosagardoy.com) or through the Magazine's webpage (www.revistaderechosocialyempresa.com). To ease the anonymity in the external report, there shall have included:

- A copy where the references to the author of the article must be omitted (from beginning to end, as well as any reference in the citations in the article).
- Another copy with all those references.
- In another file, author's data, University's address, e-mail and a short cv in 5 lines must be included.

Edition rules and Publication Instructions

Instructions for authors are established in accordance with the AENOR UNE Standard 50-133-94 (equivalent to ISO 215: 1986) on the Presentation of articles in periodical and serial publications and the AENOR UNE Standard 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1987) on bibliographic references.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12, will be from 20 to 25 pages at a space of 1.5 approx.

Everything in the following must be included in Spanish and English:

- A title/*título*.
- An abstract/*resumen* of 10 lines with a maximum of 125 words.
- A key words/*palabras clave* (maximum five).

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work.

Revista Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works:** SIERRA BENÍTEZ, M., “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61–91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., “Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past”, *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501–505.
- In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería, cit.*).

The tables must be presented with a Microsoft Word (PC) compatible format. A specific document will be created for tables and figures. Each table and figure will be separated in different pages. The figures (images, diagrams, photos and graphs) must appear in an image format (JPG, TIFF or EPS). Figures (graphs, charts, maps, photos, etc.) must have a great resolution with at least 300ppp.

Images must not be only in the Word document; they must also be sent in any of the mentioned ways in another document.

Charts will be numbered with consecutive Arabic numerals due to their order of appearance in the document. As well, figures will have the same numbering depending on the appearance in the document.

References to charts and images in the text will be: (Table 1), (Table 2), (Figure 1), (Figure 2). It will have to be clearly indicated where in the text the tables and images will be put.

Each table and figure must have a board or figure foot explaining them briefly. These board and figure foot must be added in orderly manners, in a new page at the end of the document. They must be written in Times New Roman 10 and simple line spacing.

Footnotes referred to sources and bibliography will be signed before any punctuation. They will be numbered correlatively and written in Arial, size 10, in simple line spacing. Veracity in citation sources and bibliographic references will be responsibility of the author or authors of the article.

Bibliography must be presented at the end of the article, alphabetically arranged for authors' names.

Bibliographic reviewing rules

Reviews of publications from legal labor and from enterprise which have a publishing date of less than 3 years will be accepted. Editing rules will be the same as for the articles.

Reviews will have 2 pages of extension with 1,5 spacing. The content in the review must comply the following steps:

- A summary showing the content of the issue approached in the author's book, marking the main contributions and the point of view used; it is also recommended references to the sources used in the investigation.
- A contextualization of the article analyzed in a broader discussion, stablishing comparisons with other investigations approaching similar issues or with similar points of view.
- A critical valuation of the article allowing to stablish contributions to the work reviewed but also its possible errors or new questions set out in the discussion it is included. No review will be published without a critical valuation present.

Reviews, once valuated and checked, will be sent back to the authors so they can add the suggested upgrades”.

Process of evaluation and reviewing in pairs

The reception of an original does not mean the acceptance for its publishing. Originals are firstly read by the Editorial Department Board to prove it complies the editing rules as well as a minimum scientific content and proper Magazine's editorial lines and objectives.

Originals will be subdued to anonymous external reports that can: a) Recommending your publication b) Not recommending your publication c) Proposing changes. These reports are the main decision making about publishing or not publishing the article, that is responsibility in last resort of the Magazine's Editorial Department Board (Editing Committee) and its management. The **Revista Derecho Social y Empresa** will not take on

consideration publications handed to other Magazines and the delivery of an original to **Revista Derecho Social y Empresa** means compromising the document will not be sent to any other Magazine during the consideration of publishing it in **Revista Derecho Social y Empresa**. Originals will not be returned to their authors.

Authors receive a detailed and motivated notification where the content of the original reports appear, with specified indications for its modification if needed.

The report sent by the copy editors includes:

- A global valuation of the article and its summaries.
- A quantitative evaluation of the quality (high | medium |low) following these evaluating rates: originality and interest of the issue; defined structure; methodological exactitude and demonstrative articulating; Writing style; and significance and actuality of the bibliography.
- Suggestions from the copy editor and exact modifications proposed by him/her.
- Authors whose articles have had a positive judgement but with correcting suggestions will send it again to revista@centrosagardoy.com, with the corrections, in a due time of 15 days. In case of significative modifications, the article will be reviewed by external copy editors. If a non-acceptance was necessary, the decision would be communicated to the author with the reasons its non-acceptance is based on.

The Magazine implicates to communicate to the authors the positive or negative resolution about publishing their originals in the deadline of two months from the receiving date.

Check list of consignment preparation

As a process of consignment, authors are required to indicate the consignment fulfils all of the following aspects, and to accept consignments not following them can be returned to the author.

1. The consignment has not been published previously nor has been sent to another magazine (or it has been explained in the comments to the editor).
2. The file sent is in Microsoft Word, RTF, or WordPerfect format.

COPYRIGHT NOTE

The **Revista Derecho Social y Empresa** is a magazine from “Centro de Estudios Sagardoy”, belonging to “Despacho Sagardoy Abogados”.

Published articles in this magazine are –if not indicated contrary– under the recognition license –without any work derivation– Spain from Creative Commons. Allows Responsibility–NonCommercial–WhithoutDerivation 3.0 Spain.

Complete license can be seen in: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

PRIVACY STATEMENT

E-mail names and addresses introduced in the magazine will be exclusively used for the designated purpose declared by this magazine and will not be available for any other purpose or person.

