

La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario

2021 labour reform and curbing unjustified temporary employment as a priority objective

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada.
Director de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social.
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615*

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León
Subdirectora de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5910-2982*

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social, Laborum
https://orcid.org/0000-0001-5054-8822*

“El derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio [...] Esta lucha durará tanto como el mundo, porque el derecho habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La lucha no es, pues, un elemento extraño al derecho; antes bien, es una parte de su naturaleza y una condición de su idea”

RUDOLF VON IHERING¹

“Un régimen que no proporciona a los seres humanos ninguna razón profunda para cuidarse entre sí no puede preservar por mucho tiempo su legitimidad”

RICHARD SENNETT²

El Acuerdo adoptado el pasado 23 de diciembre de 2021 entre el Gobierno y los interlocutores sociales (direcciones confederales de UGT y CC.OO., de un lado, y CEOE-CEPIME, de otro), a través del Ministerio de Trabajo y Economía Social, ha sido plasmado en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Alcanzado con el sosiego necesario tras meses de negociaciones, de prestaciones y contraprestaciones, el texto tiene como principal objetivo promover la estabilidad en el empleo y limitar el recurso abusivo, injustificado y

¹ IHERING, R.V.: *La lucha por el Derecho*, versión de Adolfo Posada, edición y estudio preliminar, “Ihering y la lucha por el Derecho” (pp. VII-XXXI), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2008, p. 31.

² SENNETT, R.: *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo* (1998), Barcelona, Anagrama, 2000, p. 155.

desproporcionado a la contratación temporal, apostando por un modelo más justo y garantista de relaciones laborales.

Bajo tales loables premisas y el mérito del consenso que ya venía siendo ensayado con éxito en la atinada normativa laboral de emergencia asociada a la pandemia, se adoptan ahora coherentes medidas y certeras actuaciones en diversos frentes tendentes a evitar la rotación de efectivos. Dichas novedades serán presentadas brevemente en las páginas siguientes, no sin antes hacer un rápido repaso del entorno productivo en el que emerge la reforma con el fin de aquilatar el diagnóstico de partida que ayude a vislumbrar los efectos de un pronóstico normativo de futuro, orleado por el comprometido entendimiento exigido para poder allegar los fondos destinados a España en el marco del Plan de Recuperación de la Unión Europea a partir del programa *Next Generation*.

1. COORDENADAS PRODUCTIVAS ANTES DE LA REFORMA DE 2021: LA PRECARIEDAD COMO PREMISA

La automatización y la digitalización han venido provocando no solo que algunos trabajadores hayan quedado alejados del mercado laboral ante la masiva destrucción de puestos de trabajo, pasando a formar parte de los “permanentes inempleables”³, sino también un empobrecimiento generalizado de los asalariados que se encuentran en activo. La robotización, la generalización de internet, la inteligencia artificial, la fabricación aditiva, el blockchain, el M2M, las redes de gran velocidad, el trabajo en la nube o la virtualización, han ocasionado mutaciones radicales en los procesos de producción de bienes y servicios, con un objetivo claro: al igual que las revoluciones tecnológicas de épocas pretéritas, la optimización del beneficio es la “razón de ser última” de todas estas innovaciones, al permitir “producir más en menos tiempo y con menos mano de obra”⁴, todo ello bajo el parámetro ineludible de la vinculación de materiales, dispositivos, instalaciones o maquinarias al sistema digital⁵. Al tiempo, la necesidad de alcanzar los porcentajes marcados a nivel europeo e interno en cuanto al nivel de emisiones nocivas para el medio ambiente está forzando a todos los sectores de actividad, tanto tradicionales como emergentes, a adaptar sus modos de producción y este cambio del tejido empresarial está teniendo su reflejo en el ámbito laboral, por cuanto aquí importa en cuanto a la cantidad y calidad en las condiciones de trabajo.

Las incertidumbres derivadas de estas reconversiones digitales y ecológicas han venido provocando una “transformación disruptiva en los modos y formas de entender en la idea de trabajo”⁶. La constante y permanente necesidad empresarial de responder y adecuar su estructura a las fluctuaciones del mercado y de la demanda en el sustrato productivo actual, caracterizado por feroces exigencias de competitividad y rentabilidad empresarial⁷, y el fuerte impacto de la digitalización y de la economía verde, aconsejan dotarse de una estructura móvil, no estática, en tanto presupuesto y condición *sine qua non* para la propia supervivencia del negocio, que necesita disponer a la carta de un mayor o menor número de efectivos con el fin de dar respuesta rápida a las

³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *La política de empleo como instrumento de lucha contra la precariedad laboral*, Albacete, Bomarzo, 2011, con referencia a la anticipación y delimitación del concepto de “inempleabilidad” realizada por GALBRAITH, J. K.: *El nuevo Estado Industrial (1967-1971)*, trad. Manuel Sacristán, Barcelona, Ariel, 1974 (1ª edición 1967), Cap. XXI (“La naturaleza del empleo y del desempleo”), pp. 293 y ss.; SAGARDOY, I. y MERCADER, J. R.: “Desarrollo de la robotización y justo reparto de la riqueza”, en *Conferencia Nacional OIT. El futuro del trabajo que queremos en la Conversación II. Trabajo y Sociedad*, 2017.

⁴ ALARCÓN CARACUEL, M. R.: “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, M. R. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (Coords.): *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2004, p. 10.

⁵ KAHALE CARRILLO, D. T.: “El despido de los trabajadores por la automatización de sus puestos de trabajo: ¿es posible?”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 2, 2020, p. 215.

⁶ MERCADER UGUINA, J. R.: *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Valencia Tirant Lo Blanch, 2017, p. 33.

⁷ GARCÍA NINET, J. I.: “A vueltas con el tiempo de trabajo y la productividad o sobre cómo flexibilizar más el tiempo de trabajo”, *Tribuna Social*, núm. 164-165, 2004, p. 5.

continuas oscilaciones de la demanda⁸. Las profundas transformaciones adoptadas, ya desde finales de los años sesenta en las principales economías a escala mundial, han significado la base material de una auténtica transición hacia un nuevo modelo de acumulación y regulación social. Cambios significativos que va a poner en crisis el paradigma productivo, de legislación y concertación heredado del siglo anterior, y cuyas consecuencias en el ámbito laboral y en las normas que lo regulan a ser profundas e importantes por su mismo carácter estructural. Un nuevo marco caracterizado por el avance de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación; el abaratamiento y la mejor de los medios de transporte –que permiten una distribución rápida y segura de los bienes de consumo y de personas a nivel planetario-; profundas mutaciones en los modos de producción y revaloración capitalistas y debilitamiento de los Estados nación como fundamento estructural de las relaciones económicas y sociales⁹.

Es más, los menores costes (salariales y de Seguridad Social) han jugado siempre como un poderoso incentivo para que se trataran de dotar de naturaleza extralaboral (civil o mercantil) a aquellas relaciones que, situadas en zonas grises, pudieran presentar dudas acerca de su verdadera naturaleza jurídica y, desde luego, las nuevas tecnologías y las exigencias de la descarbonización de la economía, proporcionan un caldo de cultivo idóneo para que el intento de fuga se renueve¹⁰. Desde esta perspectiva, el trabajo autónomo ha sido utilizado, sobre todo en épocas regresivas, como una forma de reducción de costes en contraposición con el trabajo subordinado más gravoso¹¹, donde la subordinación económica sustituye a la dependencia personal, tales como el trabajo semi-autónomo o, mejor, falso autónomo, que denotan un perfil de rostro preocupante, desplazando al trabajador parte del riesgo patronal con la consiguiente desprotección, pues a estos sujetos no llega ni la regulación legal, ni la convencional¹². No es baladí hacer notar que la propia legislación ha *construido* figuras intermedias que lejos de resolver “zonas grises” contribuyen en la experiencia jurídica a ampliar los espacios para los “falsos autónomos”¹³.

Además, la implantación de cambios en la estructura de las empresas habilitan formas de externalización productiva, real o aparente, acudiendo a mecanismos de no laborales de reclutamiento de mano de obra o al empobrecimiento de las condiciones de trabajo de los afectados por las relaciones en red, que indudablemente provocan interrogantes respecto de la corrección o no

⁸ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “El derecho a la desconexión digital en la Ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica”, *Lan Harremanak*, núm. 42, 2919, p. 53.

⁹ MONEREO PÉREZ, J. L. y PÉRAN QUESADA, S.: “Presentación” y “Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y PÉRAN QUESADA, S. (Dirs.): *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2018, pp. VII, y 1 y ss.; y ampliamente en un estudio transversal de todas las institucionales laborales concernidas por el cambio tecnológico disruptivo actual, MONEREO PÉREZ, J. L., VILA TIERNO, F. y PÉRAN QUESADA, S. (Dirs.): *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el Derecho del Trabajo del siglo XXI*, Granada, Comares, 2021, 1152 pp. La dimensión internacional del cambio de paradigma al cual contribuyen las nuevas tecnologías, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. y GÓMEZ GARCÍA, F. X.: *Nuevas tecnologías en los acuerdos marco globales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2021.

¹⁰ LÓPEZ CUMBRE, L.: *Start-ups y capitalismo de plataforma: renovación o adaptación de los presupuestos laborales*, en LÓPEZ CUMBRE, L. (Dir.): *Start-ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2018, pp. 43 y ss.

¹¹ CABEZA PEREIRO, J.: *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Albacete, Bomarzo, 2020, p. 109.

¹² SERVAIS, J. M.: *International labour market Law*, La Haya (Kluwer), 2005, p. 89.

¹³ MONEREO PÉREZ, J. L.: “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación (I y II)”, en *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, Vol. 2, n.º. 4-5, 2009, pp. 79-106 y 71-101, respectivamente; MONEREO PÉREZ, J. L., LÓPEZ INSUA, B. M. y GUINDO MORALES, S.: *La protección socio-laboral de los trabajadores autónomos. Entre Derecho normal y Derecho de la Emergencia*, Murcia, Laborum, 2021, Cap.II, pp. 135 y ss.

de tales prácticas desde el punto de vista de la calidad en el empleo y de su adecuación a los criterios de frontera entre trabajo subordinado y trabajo autónomo¹⁴.

La proliferación, junto al tipo contractual clásico de carácter permanente y a jornada completa que queda orillado, de nuevas figuras caracterizadas por la precariedad en sus condiciones de trabajo al verse reducido el histórico papel preponderante de la regulación legal de máximos, adquiere un protagonismo preocupante en estos entramados productivos asociados a la transición digital y verde¹⁵. El trabajo a tiempo parcial, el trabajo intermitente y *quasi* a la llamada, la facilidad en las modificaciones y descuelgues, la distribución irregular de la jornada, el crecimiento de fórmulas no directas de conexión del trabajo con el proceso productivo, sin olvidar –por lo que aquí interesa– las distintas modalidades de contratación por duración determinada, constituyen un elenco de circunstancias ejemplificativas que hacen indiscutible una realidad frecuente, máxime cuando en todos estos casos existe una clara dimensión de género debido a la posición más débil dentro del mercado de trabajo que tienen las mujeres, con fenómenos como la segregación ocupacional, la brecha salarial de género, la parcialidad, etcétera¹⁶.

Lamentablemente, tales coordenadas negativas de trabajo, con exponente sustancial en las altas tasas de temporalidad, se recrudecen en el año 2020 que, inequívocamente, viene marcado por una nueva crisis de alcance mundial provocada por la pandemia de la COVID-19, que, además de un lamentable número de decesos y personas infectadas, ha provocado un terremoto de dimensiones terribles aún no determinadas en los ámbitos sanitario, económico y social, poniendo de manifiesto de una forma todavía más preclara el fenómeno calificado como “adicción a la precariedad”, derivado de una intensa disponibilidad (cuasi servilismo de las personas trabajadoras) y una falta de contundencia en cuanto a la restricción del uso injustificado a la contratación temporal, sobre todo como consecuencia de un sistema indemnizatorio que no contribuye en modo alguno a desincentivar su uso, de las dificultades para el control por parte de la Inspección de Trabajo y de los costes de oportunidad que conlleva la interposición de una acción judicial reparadora por parte del trabajador¹⁷.

2. LA TEMPORALIDAD EN LA CONTRATACIÓN COMO PUNTA DEL ICEBERG NECESITADO DE REMEDIO INMEDIATO

No hace falta hacer acopio de datos explicativos para constatar que la enorme presencia de contratos de duración determinada en la población activa española se ha convertido simultáneamente en uno de los problemas principales de nuestras relaciones laborales y en una seña

¹⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Derecho Social*, núm. 83, 2019, p. 15; VILA TIERNO, F.: “El trabajador autónomo económicamente dependiente”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y VILA TIERNO, F. (Dir.): *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Granada, Comares, 2017, pp. 27-51.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “100 años de la implantación de la jornada máxima de trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2019, p. 356.

¹⁶ Un estudio jurídico-crítico de conjunto sobre las modalidades de contratación laboral, indefinida y temporal, en MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C.: “El modelo de contratación laboral en España: Aspectos generales de la contratación laboral”, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, SERRANO FALCÓN, C. (Coord.), Granada, Comares, 2010, pp. 3 y ss., y 529-565 (“Conclusiones finales”); asimismo las aportaciones doctrinales sobre las modalidades concretas de contratación temporal recogidas en dicha obra colectiva. Un estudio crítico sobre la diversificación del tipo contractual y la precariedad en el empleo en el marco de las políticas de flexibilidad laboral liberalizadoras, importante para tomar en consideración la trayectoria del modelo de contratación laboral en nuestro país, en MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho Flexible del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 86 y ss.; *Ibid.*, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1996, Cap. II.3 (“La edad de la diversidad normativa”), pp. 64 y ss.

¹⁷ GOERLICH PESET, J. M.: “¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?”, *Documentación Laboral*, núm. 111, 2017, vol. II, p. 19.

de identidad del mercado de trabajo patrio¹⁸, prácticamente a la misma altura que el otro inconveniente y rasgo identificador, el desempleo. Al tiempo, tampoco cabe desconocer que los índices de temporalidad que se producen en la segunda década del siglo XXI van acompañados de marcadas características de atipicidad: escasa duración del trabajo de extensión determinada y jornadas muy reducidas, preocupantes características a las que se unen formas conocidas como “casual work”, referidas, sin ánimo exhaustivo, a los contratos de cero horas, los “trabajos a la llamada, kapovaz o de libre disposición”, los “*jobbers-sharing*”, los “*free-lances*”, los becarios, las actividades colaborativas a través de plataformas on-line o de empresas en red, así como los reclutamientos bajo la gestión por proyectos con un horizonte marcado de antemano (*interim management*), todas ellas variantes dotadas de un sustrato común, cual es la disminución significativa de derechos de los trabajadores y, en especial, de sus posibilidades efectivas de tutela¹⁹.

Amplio es, además, el consenso existente sobre la consideración de que las elevadas tasas de temporalidad constituyen un factor altamente perjudicial, tanto para el desarrollo de la economía y del bienestar de los trabajadores, como para el tejido social en su conjunto. Desde la perspectiva empresarial, este sistema provoca una tendencia hacia modelos de baja productividad, de escasa inversión en capital humano, de dificultades en las necesarias políticas de retención del talento, así como, a la postre, efectos nocivos en la competitividad. Desde el punto de vista de los trabajadores, debilita una planificación en el medio plazo de la carrera profesional, acentúa la oferta de trabajo en actividades profesionales de baja cualificación y, por ende, de menores niveles retributivos, al tiempo que concentra en mayor medida el peso de las prerrogativas de dirección empresarial, rebajando la actividad sindical. En fin, sobre el conjunto de la sociedad conlleva consecuencias devastadoras frente a las tasas de natalidad, el desarrollo del consumo en el medio o largo plazo, a la par que repercute gravosamente sobre el gasto público especialmente por lo que afecta a la prestación por desempleo²⁰.

En definitiva, el alto grado de temporalidad y rotación del sistema español de contratación provoca efectos perjudiciales para la calidad del trabajo, la formación y los derechos de los trabajadores, así como para las necesidades de mejora de la productividad y competitividad de nuestra economía y de las empresas²¹. Tales corolarios perniciosos, al situarse en ámbitos externos o en el largo plazo no han sido tomados en consideración por las organizaciones productivas cuando han venido adoptando sus decisiones de gestión en el ámbito de los recursos humanos, máxime cuando la reforma de 2012 parecía haber dado por bueno el entendimiento de que los contratos temporales podían ser adecuados instrumentos de política económica para tratar de combatir el lacerante desempleo, diseñando incluso nuevas formas de contratación de dudoso amparo jurídico (apoyo a los emprendedores o primer empleo joven).

Este lamentable panorama venía exigiendo una intervención normativa capaz de revertir *de radice* tales inercias.

¹⁸ Según la a Encuesta de Población Activa (EPA) del primer trimestre de 2021, el 23,8 % de los contratos suscritos en España son temporales. De conformidad con los datos del Eurostat en el año 2020, la media de temporalidad en la Unión Europea se situó en un 13,5 % mientras que en España casi duplicaba esa cifra, alcanzando el 24,2 %. CRISTOS EGUILIOR, M. y DE VEGA TREMIS, P.: “Reforma laboral: análisis de la ambiciosa modificación de la temporalidad de los contratos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 981, 2022, BIB 2022/231.

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo”, *Temas Laborales*, núm. 135, pp. 115-117; VARVA, S. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Plataformas digitales: Una perspectiva comparada en los ordenamientos italiano y español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 10, 2019, pp. 1008-1025.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: “La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual”, *cit.*, p. 210.

²¹ CASAS BAAMONDE, M. E.: “Una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales. Conclusiones del debate del grupo FIDE”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2016, p. 296.

3. EL DIÁLOGO SOCIAL COMO AVAL DEL CONTENIDO NORMATIVO

Entendiendo erróneo considerar que “el empleo precario es preferible al desempleo total”²² o que “es mejor un empleo sin derechos que la carencia absoluta de empleo y que se agravarían más los índices de paro si desaparecieran las situaciones infraprotegidas”²³, la reforma de 2021 apuesta por impulsar las posibilidades de creación de ocupaciones “decentes”²⁴. Sin desmerecer otros éxitos de esta importante reforma como es la consolidación de los ERTE y la corrección de algunas inercias en el sistema de negociación colectiva, la verdad es que su principal acierto va asociado a su núcleo fundamental, centrado en la reducción de las elevadas dosis de temporalidad existentes implementando el diseño de mecanismos destinados a la generación de puestos de trabajo estables y más productivos, acompañados de superiores derechos laborales y que garanticen una mayor calidad de vida a los trabajadores y sus familias.

Antes de entrar en el fondo de las respuestas vertidas por la reforma para conseguir que la indefinición de los contratos de trabajo sea la regla y no la excepción, es menester reseñar que entre sus muchas virtualidades procedimentales, destacan dos fundamentales: de un lado, el camino seguido en su gestación, pues es fruto de un diálogo social tripartito culminado con éxito; de otro, el equilibrio del producto final derivado del alcance de un punto de encuentro entre intereses en conflicto, dando muestras cabales de la capacidad de transacción y avenencia entre los protagonistas, que combinan en su justo medio los logros, las soluciones de compromiso, las mutuas concesiones y, en fin, las renunciadas²⁵.

Con esta reforma, no cabe duda de que el diálogo social y el acuerdo se recuperan como señas de identidad de un modelo social democrático, avanzado y maduro de relaciones laborales²⁶. Se recobra, así, la impronta del diálogo social, entendido como una atracción de los agentes sociales hacia el ámbito propio de la elaboración de la política pública, de tal forma que influyen sobre ella, pero también la legitiman adicionalmente²⁷, no en vano proporciona “las capacidades institucionales necesarias para navegar el futuro de las transiciones”²⁸. La función de la concertación social “se vincula íntimamente con la creciente necesidad de una gestión consensuada de los procesos sociales en los sistemas de gobierno de los países industrializados”. En una perspectiva más concreta, que

²² IGLESIAS CABERO, M. y MARÍN CORREA, J. M.: *Comentario de urgencia al marco normativo del contrato a tiempo parcial*, Madrid, Colex, 1999, p. 153.

²³ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Economía sumergida y empleo irregular”, *Relaciones Laborales*, 1985, Tomo I, p. 2. En estudio exhaustivo sobre esta problemática, MONEREO PÉREZ, J. L. y PERÁN QUESADA, S. (Dirs.): *Derecho Social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Comares, 2016, p. 640. En esta obra colectiva se hace notar que la existencia de prestaciones laborales ajenas a la tutela pública mínima se manifiesta como la expresión más severa del fracaso jurídico y político de un aparato institucional incapaz de adaptarse a los tiempos presentes y como un espacio privilegiado para las mayores violaciones de los más básicos derechos fundamentales. La economía informal es paradigmática en la tensión entre el respeto de los derechos laborales fundamentales, la protección social y demás rasgos del trabajo decente y su inobservancia radical, pero, además, es incompatible con el desarrollo sostenible de los Estados, en la medida que debilita los ingresos públicos, favorece la corrupción política e imposibilita el desarrollo de empresas responsables y competitivas.

²⁴ Para noción técnica de trabajo decente o digno de la persona de trabajo y la posición de la OIT, véase ampliamente, MONEREO PÉREZ, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Murcia, Laborum, 2019, pp. 161 y ss. (“La dignidad de la persona que trabaja como expresión “materializada” del principio de dignidad humana”), y 217 y ss. (“Dignidad humana y trabajo decente: la función garantista de la OIT”).

²⁵ MARTÍNEZ MORENO, C.: “Breve anotación a la reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Martinez_NOTA-AEDTSS.pdf

²⁶ GOERLICH PESET, J. M., MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Editorial”, *Labos*, vol. 3, número extraordinario, 2022, p. 5.

²⁷ BAYLOS GRAU, A.: “El futuro de las normas del trabajo que queremos”, en VV.AA.: *El futuro del trabajo que queremos*, Madrid, MEYSS, 2017, p. 123.

²⁸ OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra (OIT), 2019.

interesa particularmente a la relevancia de estos acuerdos en la coyuntura actual, “la concertación social se puede definir como un modo singular de formación de la política en virtud de la cual las grandes organizaciones de intereses intervienen en el proceso de adopción de decisiones de gobierno. La concertación refiere a un particular tipo de intercambio político que supone la transacción entre distintos núcleos de poder sustancialmente político”²⁹. En un momento histórico de cambios estructurales –como el actual– que presenta la dimensión compleja de un “hecho social total” y que en calidad de tal incide en todos los ámbitos del sistema social (trabajo, economía, salud, bienestar, democracia, etcétera) es cuando se hace más necesario si cabe un nuevo pacto social (o nuevo contrato social como lo denomina la OIT) para dar una respuesta de adaptación y de equilibrio de racionalidades económicas y sociales³⁰.

Como con acierto ha señalado la doctrina, el diálogo social dota de legitimación adicional a la iniciativa gubernamental para la aprobación de normas legales y reglamentarias, desde la determinación de la oportunidad de las mismas y la acotación temática, hasta la redacción concreta de los contenidos de los proyectos. Dicho en otros términos, permite adoptar decisiones conjuntas o en colaboración entre el gobierno y los agentes sociales, de manera que estos últimos intervienen y se corresponsabilizan en las correspondientes decisiones del poder público, asegurando una mayor efectividad de tales propuestas en un contexto de mayor paz social. Enriquece, por tanto, el sustento democrático en una sociedad tan compleja y cambiante como la contemporánea³¹.

Según la OIT, el diálogo social puede ser utilizado como instrumento para promover el buen gobierno y para fomentar no solo la cooperación entre los interlocutores sociales, sino también mejorar el rendimiento económico y el bienestar de los trabajadores. En ese sentido, crea un entorno cohesionado donde los agentes sociales pueden cumplir y trabajar para lograr objetivos mutuamente deseables de trabajo decente y crecimiento³². Así, parafraseando a la propia OIT, “fortalecer el respeto de los mecanismos de diálogo social y utilizarlos es una forma de cimentar la resiliencia y el compromiso de los empleadores y de los trabajadores para la adopción de medidas de política necesarias”³³. La Unión Europea también ha señalado cómo el diálogo tripartito ofrece a las partes en el contrato social la oportunidad de considerar las cuestiones sociales más generales que trae consigo la situación actual y cómo abordar el futuro, orientando con ello las respuestas políticas de forma consensuada para su efectiva puesta en práctica³⁴.

Descendiendo a nuestro ordenamiento interno, la ubicación de los sindicatos y de las asociaciones empresariales dentro del Título Preliminar de la norma máxima opera como muestra clara de que su actuación resulta de gran relevancia para la consecución de los fines del Estado Social y Democrático de Derecho, proclamado por el art. 1.1 CE³⁵. De este modo, el constituyente

²⁹ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Concertación y diálogo social*, Valladolid, Lex Nova, 1999, pp. 16 y 22. “De tal manera que la concertación social acaba desempeñando el papel de *fuerza de fuentes públicas y privadas* en materia económica y social” (*Ibid.*, p. 41). Un estudio completo sobre la trayectoria de la concertación social en España y su incidencia en la legislación laboral y de Seguridad Social, en MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.): *La concertación social en España: una evaluación de su trayectoria en la perspectiva de los cambios socioeconómicos*, ÁLVAREZ GIMENO, R., DE VAL TENA, Á. L., MALDONADO MOLINA, J. A., MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N., Y MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. (Autores), Madrid, Consejo Económico y Social de España (Premio de Investigación del CES), 2015, p. 406.

³⁰ Véase MONEREO PÉREZ, J. L.: “Por un nuevo pacto social garantista de los derechos fundamentales para la crisis y la recuperación”, *Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social*, núm. 1, 2020, pp. 16-83. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/10403/10516>

³¹ CABERO MORÁN, E.: “Diálogo social y reconstrucción económica y social en la crisis del coronavirus”, *Trabajo y Derecho*, núm. 12, 2020, p. 2.

³² BALLIESTER, T. y ELSHEIKHI, A.: “The Future of Work: A Literature Review”, *OIT Working paper*, núm. 29, 2018, p. 41.

³³ OIT: *Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)*, Ginebra (OIT), 2020.

³⁴ OIT: *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, cit., p. 44.

³⁵ MORENO VIDA, M. N.: “Persona, conflicto y pluralismo: Grupos organizados y mediación de los conflictos (Comentario al artículo 7 de la CE)”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (...)

atribuyó a las mismas un papel de innegable repercusión política, otorgándoles la condición de interlocutores óptimos ante los poderes públicos, portadores frente a ellos de los intereses de los ciudadanos³⁶. No cabe duda, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, desde la sentencia de 11 de mayo de 1983, que la función de los sindicatos y de las asociaciones empresariales no es la de representar a sus miembros a través de esquemas del apoderamiento y de la representación del derecho privado, sino que la propia Constitución, en su art. 7, les ha investido, a diferencia de otras asociaciones ordinarias, el carácter de “asociaciones de relevancia constitucional” dentro del Estado social y democrático de Derecho con competencias para defender intereses generales de la sociedad³⁷. Como con acierto se ha dicho, el art. 7 CE convierte a los sindicatos y las asociaciones empresariales en “piezas básicas del sistema social y político”, mostrando una clara preferencia por estos tipos de organizaciones profesionales en comparación con otras formas de asociación, como las formas corporativas e incluso las fórmulas espontáneas o asamblearias³⁸.

Así, el Tribunal Constitucional ha dado a los sindicatos y asociaciones empresariales la condición de “organismos básicos del sistema político” o de “piezas económicas y sociales indispensables” para la defensa y promoción de los intereses colectivos³⁹, de manera que si los partidos políticos son cauce para la participación política de los ciudadanos, los sindicatos y asociaciones empresariales se conciben como canales de participación social⁴⁰, como portadores de los intereses característicos de la sociedad productiva. Estos intereses, pese a ser contrapuestos, no pueden simplificarse en un modelo constante de conflicto, perteneciente más bien a los inicios del movimiento obrero en el albur de las revoluciones industriales, sino que, sin olvidar esta característica de confrontación siempre latente, también pueden actuar de consuno en relación con el poder público para lograr el bienestar social o el desarrollo de una vida digna.

Bajo tales postulados, el Real Decreto Ley 32/2021 cuenta con la legitimidad máxima bajo el auspicio del diálogo social, recogiendo el contenido de los acuerdos alcanzados por los interlocutores sociales en un texto que aglutina varias líneas de actuación, dentro de las cuales ocupa un lugar primero y principal la reforma de los cauces de acceso al mercado de trabajo con el fin último de reforzar del principio de causalidad en la contratación temporal. Todo ello dentro del marco del Componente 23 (que lleva por rúbrica “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en su reforma 4: “Simplificación de contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad y simplificación de la contratación temporal”, que no olvida cómo los agentes sociales europeos que suscribieron el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, incorporado en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, expresaron en su Preámbulo que “los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores”, sentando un doble objeto: a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación; y b) establecer un

(Dir.): *Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 115 y ss.; SANGUINETI RAYMOND, W.: “Sindicatos y diálogo social en España: un balance”, *Jus et Veritas*, 2005, p. 219.

³⁶ “Se desea que esa representación de intereses colectivos sea lo suficientemente eficaz y eficiente como para que influyan en el proceso de adopción de decisiones por parte de los poderes públicos. Esa participación, en clave de diálogo social, escasamente jurificado, en todo caso propicia que se logre un cierto equilibrio de los correspondientes intereses presentes en nuestra sociedad, de forma que se proporcione una satisfacción mínima a los representados y, con ello, se permita la integración de tales grupos sociales dentro del sistema político”, CRUZ VILLALÓN, J.: “La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004, pp. 142-143.

³⁷ SALA FRANCO, T.: “Art. 7”, en PÉREZ TREMP, P. y SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.): *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 223.

³⁸ GARCÍA MURCIA, J.: “Art. 7”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, BOE, 2018, p. 19.

³⁹ STC 11/1981, de 8 de abril.

⁴⁰ MORENO VIDA, M. N.: “Diálogo social y concertación en las Relaciones Laborales de Andalucía”, *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, pp. 551 y ss.

marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada⁴¹.

4. LA OPORTUNIDAD DE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS: EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL COMO HILO CONDUCTOR

Cierto es que tradicionalmente la opción entre la contratación temporal e indefinida no ha sido libre. Las necesidades permanentes de personal debían ser cubiertas con personal fijo y el reclutamiento temporal debía responder a la concurrencia de una causa específica y, por tanto, ser casi residual⁴². La causalidad o tasación legal de las circunstancias habilitantes para la celebración de vínculos *a termino* implicaba, como *conditio sine qua non*, la necesaria concurrencia de unos presupuestos legitimadores en cada caso que la empresa no podía obviar, exigiendo un ajuste perfecto entre el supuesto legalmente previsto y la realidad del trabajo requerido, sin ser de recibo usar un molde determinado para una situación de hecho ajena al mismo.

Así pues, la autonomía de la voluntad de las partes no desplegaba toda su potencialidad a la hora de determinar el contrato laboral que iba a unir al empleador y al trabajador, no en vano los principios de estabilidad en el empleo y de conservación del negocio jurídico convertían a la contratación indefinida en la regla general y configuraban a la temporal como excepcional, amparada en una precisa tipificación. De este modo, debía acudirse, como regla general, al contrato de duración indefinida, salvo que se apreciaran alguna de las hipótesis previstas legalmente para la celebración de un contrato limitado en el tiempo⁴³.

Sin embargo, pese a esta rígida configuración teórica, en la práctica, la tendencia ha sido siempre la contraria, pues dentro de esta variedad, las empresas han preferido, sobre todo en los últimos años, recurrir a la contratación temporal frente a la indefinida, muchas veces utilizando esta vía de forma irregular, sin respetar los presupuestos justificativos al amparo del art. 15, pero toras muchas veces de forma lícita, pues dicho precepto, con anterioridad a esta última reforma, olvidaba que no debían colocarse en pie igualdad a la contratación indefinida y a la temporal, no quedando claro en su tenor el impedimento a una opción empresarial sin condicionantes.

Por tal razón, el Real Decreto Ley 32/2021, de una forma categórica, se encarga de recalcar la preferencia por la contratación indefinida a través de una serie de cauces contundentes y efectivos:

1.- Frente a su precedente, que parecía permitir la elección en el tipo de contrato de trabajo a realizar (“podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada”), la nueva redacción parte de una declaración categórica de que el contrato de trabajo se “presume concertado por tiempo indefinido”.

2.- Frente al “podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos”, que a continuación se enumeraban, ahora se circunscriben las posibilidades “solo” y únicamente a dos: “por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora”, lo cual implica la desaparición de la figura del contrato para obra o servicio determinado, muchas veces utilizado como subterfugio para atender necesidades permanentes de mano de obra.

3.- De modo concreto, se exige, para que se entienda que concurre motivo justificado de temporalidad, “que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la

⁴¹ TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Notas sobre la contratación temporal en España”, *Net21*, núm. 1, 2021, p. 4.

⁴² NORES TORRES, L. E. y RAMOS MORAGUES, F.: “La contratación laboral en el sector público”, en BLASCO JOVER, C. (Dir.): *Empleo y productividad en el sector público y en el privado. Valoración, retos y oportunidades*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 148.

⁴³ Por todas, STS, Social, 17 octubre 2006 (rec. 2426/2005).

contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”, facilitándose un posterior control sancionador y judicial⁴⁴.

4.- Aclara que “las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas”, incluyendo, como primera aproximación a la espera de los oportunos pronunciamientos judiciales, no sólo (como antes) los supuestos de fraude sino cualquier otra transgresión de menor entidad.

5.- La empresa ya no podrá desvirtuar la condición de contrato indefinido (y a jornada completa) si, como ocurría en la anterior regulación, “de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar en derecho.

6.- Rebajando los márgenes temporales, tendrán la consideración de fijas “las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses (antes treinta y veinticuatro meses, respectivamente), con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal”. Es más, en lo que supone una novedad, se convertirá en indefinido quien “ocupe un puesto que ha sido ocupado dieciocho meses en un periodo de veinticuatro, con o sin solución de continuidad, con dos o más contratos temporales por circunstancias de la producción”, esto es, aunque sea por varias personas trabajadoras, esto es primando así la estabilidad de la última⁴⁵.

7.- Se establece una cotización adicional para los contratos de muy corta de duración (entendiendo como tales, aquellos que tengan una duración inferior a 30 días). Dicha contribución se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar la 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 (art. 153 TRLGSS). Se trata de una cantidad fija que, por tanto, será proporcionalmente más gravosa mientras más corto sea el contrato y mientras más bajo sea el salario y, por tanto, la específica base de cotización, si bien no se aplicará ni a los trabajadores agrarios, empleados al servicio del hogar familiar, minería y a todos los contratos por sustitución⁴⁶.

8.- En el caso ya previsto de solicitud del trabajador de copias de los contratos ante el Servicio Público de Empleo para acreditar la condición de fijeza, dicho servicio público deberá informar también a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social “si advirtiera que se han sobrepasado los límites máximos temporales establecidos”.

9.- La transgresión empresarial de la normativa sobre contratación temporal deja de ser general y da lugar a una infracción –y sanción– por cada persona, al tiempo que se incrementan las cuantías previstas en el art. 40 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del orden social (LISOS) (grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; medio, de 2.001 a 5.000 euros y máximo, de 5.001 a 10.000 euros), lo que sin duda alcanza un carácter plenamente disuasorio⁴⁷.

⁴⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias de la producción en el Real Decreto Ley 32/2001”, *Brief AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>

⁴⁵ FRABEGAT MONFORT, G.: “Una primera y sintética aproximación al Real Decreto Ley 32/2021, de reforma laboral”, *Aranzadi Digital*, núm. 1, 2022 (BIB 2022/2).

⁴⁶ NIETO ROJAS, P.: “La contratación temporal en el Real Decreto Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones”, *Labos*, Vol 3, Número monográfico 2021, p. 38.

⁴⁷ FALGUERA BARÓ, M. A.: “Guía/esquema de la reforma laboral de 2021”, *Revista Cuidad de Trabajo*, núm. 50, 2022, p. 273.

10.- Se orientan *ex lege* las medidas que puedan establecerse en convenio colectivo sobre planes de reducción de la temporalidad, así como sobre la fijación de criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, los criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, o la fijación de porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos.

11.- Se incide en la singularidad de la *causa contrahendi* de los contratos formativos: mientras que la razón típica del contrato de trabajo es el cambio de trabajo por salario (tal y como sintetiza la expresión legal “servicios retribuidos” del art. 1.1. ET), la causa de estos vínculos es más amplia, en cuanto que el cambio se produce entre trabajo de un lado y salario más formación de otro. Desde tal perspectiva, se intenta afianzar precisamente su característica más singular, cual es precisamente la “formación”, tan necesaria en los momentos actuales de reconversión de los procesos productivos por mor de la transición digital y ecológica.

12.- En fin, se relanza el contrato fijo-discontinuo, aglutinando la fuerza de la inserción laboral a través de esta vía que unifica en un mismo contrato indefinido los trabajos “fijos-discontinuos” y “fijos-periódicos”, extendiéndose más allá de incentivar su uso en actividades estacionales, para ser un instrumento que coadyuve a atajar la temporalidad [art. 16 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 (ET)]⁴⁸.

5. EL IMPULSO DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO COMO CAJÓN DE SASTRE

Se permite su utilización para cubrir cuatro extensas variables: 1) “la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada”; 2) “para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”; 3) “para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa”; y 4) quedando superado el veto impuesto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 30 julio de 2020⁴⁹, “para la cobertura de contratos de puesta a disposición en el marco de las empresas de trabajo temporal”.

Como fácilmente puede constatare, en estos dos últimos supuestos no se una vinculación necesaria con el decurso de las estaciones u operaciones sujetas a interrupciones, sino con negocios jurídicos interempresariales⁵⁰, 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 supuesta incertidumbre en el mantenimiento de la continuidad de la actividad empresarial por parte de la contratista o de la ETT se sanciona ahora legalmente, 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

⁴⁸ GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo discontinuo tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>

⁴⁹ Núm. 728/2020.

⁵⁰ GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo discontinuo tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>

continuidad, una nueva convocatoria. No obstante, siguiendo aquí a la doctrina jurisprudencial, el cómputo de la antigüedad se calculará teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados⁵¹.

Cabe la posibilidad de que la pérdida de contratos o concesiones esté contemplada en la negociación colectiva como supuesto de subrogación convencional, adoptando una de estas dos opciones: de un lado, la relación fija-discontinua que pueda haberse establecido con la contratista saliente continuará en las mismas condiciones con la entrante, de manera que las reglas legales en materia de inactividad solo jugarán en caso de que no esté prevista o no se cumplan los requisitos establecidos en el convenio⁵²; de otro, se abrirá al trabajador la opción de seguir en su contrato, a la espera de la recolocación, o pasar a la nueva contratista. Todo ello en el bien entendido sentido de que el plazo máximo de inactividad entre subcontratas puede ser determinado por los convenios colectivos sectoriales, aunque “en defecto de previsión convencional, será de tres meses”. A su vencimiento, “la empresa adoptará las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”, que se materializarán principalmente en medidas de flexibilidad interna (suspensión de contrato o reducciones de jornada) o externa (extinción del contrato por causas económicas, técnicas o de producción). En este último supuesto, el contrato ya no estará suspendido sino extinguido, sin que exista deber alguno de llamamiento en caso de que la empresa iniciara una nueva prestación de servicios⁵³.

La nueva redacción del art. 16 ET abre mayores expectativas al correcto cumplimiento del llamamiento por cuanto exige que los convenios colectivos establezcan para ello criterios objetivos y formales siendo debidamente notificadas a la persona interesada las indicaciones precisas sobre las condiciones de su incorporación, con una antelación adecuada. Además, la obligación empresarial de “trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada ejercicio, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan” también comportan instrumentos novedosos de refuerzo útil de la estabilidad en el empleo⁵⁴. Es más, la remisión a la posibilidad de ejercer las acciones que procedan en caso de

⁵¹ Recoge la jurisprudencia actual que distingue entre la antigüedad a efectos del complemento personal de antigüedad, a cuyo efecto han de tomarse tanto los periodos de servicios como los de inactividad [STS 1 febrero 2021 (rec. 4073/2018), siguiendo la doctrina sentada por el Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-539/18 y C-472/18)] y antigüedad a efectos de calcular la indemnización por despido, en cuyo caso solo se computan los servicios efectivamente prestados, lo cual no es discriminatorio (STS 30 julio 2020 (rec. 324/2018)). GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo discontinuo tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, *Brief AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>

⁵² GOERLICH PESET, J. M.: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, Vol. 3, número extraordinario, 2021, p. 60.

⁵³ La defensa originaria de la aplicación matizada –atendiendo a sus peculiaridades– de la normativa sucesoria laboral en los supuestos de “subrogación convencional”, con base en una noción funcional de unidad u organización productiva, fue realizada en MONEREO PÉREZ, J. L.: “Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y concesiones administrativas”, en *Relaciones Laborales*, núm. 7, 1986, pp. 9-43; “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los «casos difíciles» en la jurisprudencia reciente”, en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. extra 5, 2017; MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M. N.: “La subrogación contractual a través de la negociación colectiva”, en VV.AA.: *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-ré*, Albacete, Bomarzo, 2021, pp. 491-506; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M. N. y LÓPEZ INSUA, B. M.: “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, en *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas (GAPP)*, núm. 22, noviembre-abril de 2019. <https://doi.org/10.24965/gapp.i22.10630>; MONEREO PÉREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional –«ex convenio colectivo sectorial»–. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo”, en *La Ley Unión Europea*, número 65, 2018.

⁵⁴ TRILLO PARREGA, F. J.: “El contrato fijo-discontinuo en la reforma laboral de 2021”, *Net21*, núm. 9, 2022, p. 4.

incumplimientos (art. 16.3.3º ET), sin mención expresa de la acción de despido, que ha sido el cauce de defensa tradicionalmente utilizado en estos supuestos, permite una mejor garantía del derecho a la tutela judicial efectiva al dar mayor satisfacción a los posibles variados intereses de los afectados, máxime cuando, como derivada del principio de transparencia, la elaboración de censos anuales también facilita el conocimiento de cada persona sobre su ubicación a efectos de llamamiento y permite controlar posibles incumplimientos generadores de perjuicios.

Sea como fuere, limitando el juego automático de las posibilidades de combinación, se permite que los convenios colectivos de ámbito sectorial acuerden, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos (art. 16.5.2º ET).

6. LA DESAPARICIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR OBRA O SERVICIO

El fácil recurso a la estadística da sobradas muestras de una realidad harto preocupante: el contrato de obra o servicio aglutinaba los mayores índices de temporalidad, hasta el punto de que casi el 40 por 100 de los contratos celebrados en 2021 lo han sido a través de esta vía, lo que denota implícitamente su utilización muchas veces fraudulenta y abusiva. Tales elevadas cotas cuantitativas contaban con una doble explicación atajada frontalmente por la reforma de 2021:

1.- Una laxitud en la definición del contrato por obra o servicio en el anterior art. 15.1 a) ET, que atendía a dos elementos, cada uno de ellos indispensable pero desvirtuado en su aplicación práctica: una circunstancia fáctica consistente en la ejecución de una obra o servicio “con autonomía y sustantividad propias” y un término resolutorio que expresaba a ciencia cierta que el contrato se va a extinguir con el transcurso del tiempo (tres años prorrogables 12 meses más si así lo prevé el convenio colectivo). El primero de los datos referidos remitía a la existencia de un extremo ajeno al nexo contractual: un trabajo específico y diferenciado, definido por su limitación temporal intrínseca. El segundo indicaba la temporalidad de la obra o servicio objeto del vínculo e impedía su utilización para atender actividades de naturaleza permanente teniendo en cuenta el objeto y finalidad de la empresa.

Ahora bien, pese a su apariencia encorsetada, este diseño vino dando cobijo una utilización masivamente torticera, lo que ha motivado su derogación *in toto*.

2.- Una permisiva regulación de las contrata y subcontratas (art. 42 ET), impulsada por mor de la reforma de 2012, que posibilitaba el recurso a la contratación temporal, normalmente a través del contrato por obra o servicio vinculado a la duración de la relación mercantil o administrativa⁵⁵. La reforma de 2021 impide recurrir al contrato de obra y servicio determinado con carácter general y específicamente para los supuestos de contrata y subcontratas, siguiendo la interpretación judicial sostenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020⁵⁶, en virtud de la cual cuando la actividad de la contratista consiste “precisamente, en desarrollar servicios para terceros”, no concurre el requisito de que esa obra o servicio presente la “autonomía y sustantividad propia, dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa”, que se exigía con anterioridad a la reforma de 2021 para poder justificar la temporalidad del contrato de trabajo.

Como ya consta, la reforma de 2021 da entrada para cubrir las necesidades de personal asociadas a contrata y concesiones administrativas al contrato fijo-discontinuo siempre y cuando las relaciones interempresariales mercantiles o inteviniendo adjudicadores públicos, “siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa” (nuevo art. 16 ET), en cuyo caso

⁵⁵ Y ya antes de dicha reforma MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C.: *La subcontratación empresarial. Hacia un nuevo modelo de regulación*, Documento de trabajo 160/2010, Madrid, Fundación Alternativas, 2010, 72 pp., y bibliografía allí citada. https://www.fundacionalternativas.org/storage/laboratorio_documentos_archivos/bdd953a9a366619ace42093ac43d5dad.pdf

⁵⁶ Rec. 1137/2020. Seguida por la STS 2 febrero 2021 (rec. 3645/2018).

los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”.

Ello se completa con la prohibición del nuevo art. 15 ET sobre utilización del modificado contrato eventual para “la realización de trabajo 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 [previstos con carácter general para este contrato]”; esto es, una vez que se esté desarrollando la actividad de la contrata, se puede acudir a la contratación temporal por circunstancias de la producción, bien por “el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”, o bien ante “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida” (90 días).

Todo ello sin olvidar que el nuevo apartado 6 del art. 42 ET, tras la reforma de 2021, establece que el “convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III”. Con la reforma de 2021, se apuesta porque los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas tengan unas condiciones laborales, en particular las salariales, sustancialmente iguales a las de la empresa principal o, al menos, que sean las del convenio sectorial aplicable a la empresa contratista, aunque dicha empresa tuviera convenio colectivo propio (siempre que este no fuera más favorable), acogiendo, pues, el criterio de aplicación del convenio de sector en función de la actividad efectivamente ejecutada por los trabajadores de las empresas contratistas en las empresas clientes⁵⁷. Es más, en el inciso final del art. 42.6 ET, se señala que “cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”, que, conviene tener presente, ha quedado marginado en materia salarial deviniendo aplicables las condiciones económicas del convenio de sector.

7. LA REGULACIÓN DE UN NUEVO CONTRATO INDEFINIDO EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

Si bien es cierto que las obras tienen una duración determinada, también lo es que las empresas constructoras realizan consecutivamente diferentes obras, circunstancia que hace necesario reformular la configuración tradicional del “contrato fijo de obra” del sector de la construcción, eliminando su componente temporal en la línea marcada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de junio de 2021⁵⁸.

La reforma de 2021 introduce una nueva redacción en la disposición adicional 3ª Ley 32/2006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción (LSC), para establecer el nuevo régimen jurídico del nuevo “contrato indefinido adscrito a obra”, cuyo objeto es ahora la realización de “tareas o servicios cuya finalidad y resultado estén vinculados a obras de construcción, teniendo en cuenta las actividades establecidas en el ámbito funcional del Convenio General del Sector de la Construcción”. Aun cuando se sigue entendiendo de una forma muy amplia el principio de causalidad justificativa del recurso a este vínculo dando cabida a quehaceres ordinarios, lo cierto es que se adopta un punto de vista radicalmente contrario porque el nexo actualmente diseñado tiene carácter indefinido eliminando cualquier viso de inestabilidad. Es más, ya no se alude a la posibilidad habilitada en convenio colectivo de prestación de servicios a una misma empresa en distintos centros de trabajo sucesivos utilizando un único vínculo contractual, sino que cada “tarea” o “servicio” obligaría a formalizar un nuevo contrato, que podría recaer en el

⁵⁷ STS 11 junio 2020 (rec. 9/2019).

⁵⁸ C-550/19.

mismo trabajador o no, si bien esta premisa se encuentra atemperada por la ineludible obligación empresarial de recolocación de la persona afectada, lo cual supone una garantía incuestionable de estabilidad.

La nueva disposición adicional 3ª LSC explica qué se entiende por finalización de las obras y servicios, atendiendo a únicamente a tres tasadas circunstancias: 1) la terminación real, verificable y efectiva de los trabajos desarrollados; 2) la disminución real del volumen de obra por la realización paulatina de las correspondientes unidades de ejecución debidamente acreditada; 3) la paralización, definitiva o temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad. Añade que “la finalización de la obra deberá ser puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras, en su caso, así como de las comisiones paritarias de los convenios de ámbito correspondiente o, en su defecto, de los sindicatos representativos del sector, con cinco días de antelación a su efectividad y dará lugar a una propuesta de recolocación, que es obligatoria para la empresa”. Se trata, por tanto, de evitar, a través de la recolocación, que la concurrencia de causas extintivas conlleve la verdadera terminación del vínculo.

La disposición adicional 3ª LSC aclara, además, que, de cara a la recolocación, “si fuera preciso, se debe llevar a cabo un proceso de formación. Este proceso, que será siempre a cargo de la empresa, podrá realizarse directamente o a través de una entidad especializada, siendo preferente la formación que imparta la Fundación Laboral de la Construcción con cargo a las cuotas empresariales”. Una vez efectuada la propuesta de recolocación como requisito ineludible, el “contrato indefinido adscrito a obra” podrá extinguirse, bajo el rótulo “motivos inherentes a la persona trabajadora”, en los tres supuestos siguientes: a) La persona trabajadora afectada rechaza la recolocación. b) “La cualificación de la persona afectada, incluso tras un proceso de formación o recualificación, no resulta adecuada a las nuevas obras que tenga la empresa en la misma provincia, o no permite su integración en estas, por existir un exceso de personas con la cualificación necesaria para desarrollar sus mismas funciones”. c) “La inexistencia en la provincia en la que esté contratada la persona trabajadora de obras de la empresa acordes a su cualificación profesional, nivel, función y grupo profesional una vez analizada su cualificación o posible recualificación”. Como puede fácilmente comprobarse, pese a su calificación formal, las dos últimas circunstancias para nada entroncan con factores subjetivos de la persona trabajadora; antes al contrario, se trata de claros motivos empresariales.

La extinción del contrato indefinido “por motivos inherentes a la persona trabajadora” en cualquier de las tres circunstancias anteriores, cuyo régimen jurídico será aplicable con independencia del número de personas afectadas, “deberá ser puesta en conocimiento de la representación legal de las personas trabajadoras con una antelación de siete días a su efectividad”. Se eluden así los trámites exigidos para los despidos colectivos cuando se superan los umbrales exigidos, tanto por lo que hace a la apertura de un período de consultas (in casu, simple información), como por lo que hace a la comunicación a la autoridad laboral, que se omite de plano, pero se garantiza el cumplimiento del principio de transparencia aunque solo sea uno el trabajador afectado.

Sea como fuere, ha lugar a “una indemnización del siete por ciento calculada sobre los conceptos salariales establecidos en las tablas del convenio colectivo que resulte de aplicación y que hayan sido devengados durante toda la vigencia del contrato, o la superior establecida por el Convenio General del Sector de la Construcción”. Se acoge, por tanto, el parámetro tradicional que el convenio sectorial había establecido como cuantía indemnizatoria inherente a la extinción de los contratos de obra, eventual o, incluso, interinidad (art. 25.1), lo que en la práctica se traduce en un montante superior al previsto legalmente para la terminación de los contratos temporales (12 días de salario por año de servicio), si bien se habrá de comprobar en cada caso si alcanza el establecido para los despidos por causas empresariales (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades) o asciende a una cantidad inferior en perjuicio del trabajador.

8. CONTRATO EVENTUAL

El nuevo diseño de este contrato responde a un doble objeto: de un lado, circunstancias de la producción “imprevisibles” y, de otro, circunstancias de la producción “previsibles”.

1.-Las primeras, que incorporan el tradicional contrato eventual por circunstancias de la producción ahora derogado, se concretan en “el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”. El incremento de la actividad (normal o no de la empresa) debe ser irregular a lo largo del tiempo, pues si responde a un patrón regular y cíclico, esto es, no es ocasional sino intermitente, llevaría al art. 16 ET.

Corrigiendo la interpretación vertida con carácter previo por el Tribunal Supremo⁵⁹, aun cuando se trata de una razón organizativa en sentido estricto, ordinaria, permanente y plenamente previsible, el Real Decreto Ley 32/2021 señala que “entre las oscilaciones a que se refiere el párrafo anterior se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales”.

La duración máxima del contrato es ahora de 6 meses, admitiendo como antes una única prórroga, si bien por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año.

2.-Las segundas van referidas a la atención “de situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada”, que no se puede extender a más de 90 días (no continuados) en el año natural. Como límite adicional ya analizado *supra*, el tenor legal aclara 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”.

Las principales dudas que plantea el diseño de esta modalidad contractual entroncan con la concreción de la referencia a “situaciones ocasionales”, pues aun cuando habilita para dar satisfacción a variadas necesidades empresariales de corta duración, parece que no permite atender, a la espera de los correspondientes pronunciamientos judiciales, a quehaceres con reiteración regular, excluyendo así las peonadas o faenas de recolección agrícolas o las necesidades cíclicas del sector turístico⁶⁰.

Sea como fuere, a ambas posibilidades de utilización del contrato eventual les corresponde una indemnización extintiva de 12 días de salario por año de servicio (art. 49.1 c) ET), manteniendo aquí la exigua cantidad anteriormente prevista para la terminación de vínculos temporales regulares, generadora de una conocida controversia judicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la que fueron exponentes los Asuntos De Diego Porras (14 de septiembre de 2016), Montero Mateos y Moreira Gómez (5 de junio de 2018) y De Diego Porras II (13 de marzo de 2019)⁶¹.

⁵⁹ STS 30 octubre 2019 (rec. 1070/2017), en virtud de la cual “el que los trabajadores de la plantilla ejerciten sus derechos al descanso y a las vacaciones es una circunstancia plenamente previsible [...]. Tales ausencias al trabajo se producen dentro del normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la previsión organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador, alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar

⁶⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias de la producción en el Real Decreto Ley 32/2001”, *Brief AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf>

⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L., y ORTEGA LOZANO, P. G.: “Discriminación por la diferencia indemnizatoria entre trabajadores fijos y trabajadores temporales o interinos: de la doctrina Diego Porras a la nueva doctrina Montero Mateos y Grupo Norte Facility, S.A.”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, 2018; *Ibid.*, “Cumplimiento de la prohibición de discriminación (cláusula 4 del Acuerdo Marco) pero dudas sobre las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal (cláusula 5) la doctrina De Diego Porras II”, *La Ley Unión Europea*, núm. 66, 2019.

9. CONTRATO DE SUSTITUCIÓN

Manteniendo en su esencia los términos del régimen precedente, el objeto de esta modalidad contractual es triple:

1ª) Sustituir a quien “disfruta de derecho a reserva de puesto de trabajo”, pues si no existiera derecho a la reincorporación del trabajador, no habría necesidad temporal que cubrir⁶². La exigencia de “reserva de puesto de trabajo” permite realizar, como anteriormente, una interpretación amplia del concepto de sustitución, incluyendo tanto suspensiones como interrupciones. Ahora bien, es menester aquilatar los términos, teniendo en cuenta, en primer lugar, que no será posible celebrar este contrato ni para sustituir trabajadores durante una huelga legal, salvo que se hayan incumplido los servicios de mantenimiento y seguridad o los servicios mínimos en huelgas en servicios esenciales para la comunidad (art. 6.5 Real Decreto Ley 17/1997, de 4 de marzo), ni para sustituir a un trabajador con contrato de trabajo suspendido por fuerza mayor temporal, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ni tampoco por cierre patronal legal⁶³. En segundo término, no cabe entender, en paralelo, que en los diferentes supuestos de interrupción de la prestación de trabajo (permisos, descanso semanal, crédito de horas de los representantes...), por su corta duración, pueda celebrarse un contrato de interinidad⁶⁴. Además, queda descartada por la jurisprudencia la posibilidad de celebrar contratos de esta naturaleza para sustituir a trabajadores en vacaciones, no en vano “no se trata técnicamente de una suspensión del contrato sino una mera interrupción ordinaria de la prestación de servicios que no genera una vacante reservada propiamente dicha”⁶⁵. De este modo, de entre los supuestos suspensivos contemplados legalmente, no plantea ningún problema la utilización del contrato de interinidad en los enumerados en el art. 45.1 c), d) [junto al 48.4, 48.5 y 48 bis], f), g), h), k) y n), pero quedan excluidos los mencionados en los párrafos e), i), j), l) y m)⁶⁶.

Como ya había señalado el Tribunal Supremo, el sustituto no tiene que realizar las mismas funciones que la persona sustituida⁶⁷, admitiéndose ahora también que “la prestación de servicios podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo (ambas) en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días”.

2ª) Completar una reducción de jornada, prevista legal o convencionalmente. Con anterioridad, con carácter general, se exigía que el vínculo se concertara a jornada completa, admitiéndose dos excepciones expresas (art. 5.2 Real Decreto 2720/1998): 1.- Cuando el trabajador sustituido estuviera contratado a tiempo parcial. 2.- Cuando el contrato se realice para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejerciten los derechos reconocidos en el art. 37, apartados 5 y 6 ET (por nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto; por guarda legal para el cuidado directo de algún menor de doce años o persona con discapacidad; para el cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo; para cuidar a un familiar de primer grado aquejado de enfermedad muy grave; o para atender, durante la hospitalización y tratamiento continuado, al menor a su cargo afectado por enfermedad grave) o también en aquellos otros casos en que, de conformidad con lo establecido legal o convencionalmente, se haya acordado una reducción temporal de la jornada del

⁶² OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. (Dirs.): *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, Iustel, 2006, p. 256; MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Serrano Falcón, C. (Coord.), Granada, Comares, 2010, pp. 107 y ss.

⁶³ LÓPEZ TERRADA, E.: “Supuestos de contratación temporal”, en GOERLICH PESET, J. M. (Coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 350.

⁶⁴ RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R.: “La causa en el contrato de interinidad”, *Tribuna Social*, núm. 144, p. 35.

⁶⁵ STS, Social, 12 julio 1994 (rec. 121/1994). Con carácter más reciente STS 30 octubre 2019 (rec. 1070/2017).

⁶⁶ MARTÍN BARREIRO, M.: *Los contratos temporales causales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 295 y ss.

⁶⁷ SSTs 26 mayo 2021 (rec. 2199/2019) y 6 julio 2021 (rec. 2746/2019).

trabajador sustituido, incluidos los supuestos en que los trabajadores disfruten a tiempo parcial el permiso de nacimiento y cuidado de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de acuerdo con lo establecido en el art. 48.7 ET. Por tanto, adoptando una redacción legal genérica, se llega al mismo resultado que ya establecía la norma reglamentaria.

3ª) Cubrir una vacante mientras dura el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva. Se incorpora así al ET una previsión que hasta ahora tenía mero rango reglamentario (Real Decreto 2720/1998), añadiendo un importante veto: que el puesto de trabajo ha de ser “fijo”. Aquí sí se establece una estricta duración máxima del contrato, cifrada en tres meses (plazo que el convenio colectivo puede reducir, pero no ampliar), y se añade la prevención de que no puede celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada la duración máxima referida⁶⁸.

Si tales circunstancias se produjeran en el sector público, la disposición adicional 4ª Real Decreto Ley 32/2021 prevé límites para la celebración de contratos de sustitución por vacante, a saber: “se podrán celebrar contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”.

Precisamente, esta Ley trata de atajar el problema de la larga extensión temporal de las interinidades laborales por vacante, respecto de las cuales la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias reiteradas, siguiendo la pauta marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha venido reconociendo, después de una jurisprudencia vacilante, la condición de indefinido no fijo cuando el vínculo se extendiera más allá de tres años⁶⁹. Ahora la disposición adicional 17ª Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), determina que si se superara dicho plazo de tres años, el personal laboral interino por vacante tendrá derecho a una compensación económica, lo cual no supone novedad alguna respecto de la indemnización reconocida al personal indefinido no fijo⁷⁰: “veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades..., si bien no habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria”.

10. CONTRATOS FORMATIVOS

El simple manejo de las fuentes estadísticas pone de manifiesto que el paro es el principal problema de los jóvenes menores de 25 años en el mercado laboral español, con tasas que han crecido exponencialmente a raíz de la pandemia por la COVID-19, pasando desde un 25 por 100 en 2019 (parámetro de por sí elevado) a más de un 30,70 por 100 en diciembre de 2021⁷¹, muy superior a la media de la zona euro que se sitúa en un 17,3 por 100 y también mucho más elevadas que las de otros países de nuestro entorno como Alemania (7,5), Austria (11,0), Polonia (12,70), Bélgica (17,10), Francia (19,10) o Suecia (19,40)⁷².

⁶⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F.: “Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto Ley 32/2021”, *Labos*, vol. 3, número extraordinario, 2021, p. 26.

⁶⁹ Aplicando doctrina de la STJUE de 3 de junio de 2021 (asunto C-726/19), entre muchas, SSTS 28 junio 2021 (rec. 3262/2019), 20 julio 2021 (rec. 4158/2021) y 2 diciembre 2021 (rec. 1321/2019)

⁷⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Contratación temporal irregular en una sociedad mercantil estatal: la aplicación de la figura del “trabajador indefinido no fijo””, *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, núm. 8, 2020.

⁷¹ <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=4247>

⁷² <https://economia3.com/2021/08/27/458270-es-realmente-tan-abultada-la-tasa-de-desempleo-juvenil-en-espana/#:~:text=En%20el%20conjunto%20de%20la,conjunto%20de%20nuestros%20socios%20europeos>

Estos altos porcentajes de desempleo juvenil, preocupantes por lo que significan de aplazamiento de trayectorias vitales, indefinición del futuro, alargamiento de situaciones de dependencia, etc., no son sino manifestación preclara de un problema de exclusión social de gran calado anclado en múltiples factores que se retroalimentan en un círculo vicioso. Entre ellos, cabe mencionar, en un esfuerzo de síntesis, las propias características de los puestos ofertados. Gran parte del empleo juvenil es precario tanto en términos de estabilidad como de cantidad de horas trabajadas. Son precisamente los jóvenes quienes experimentan una mayor probabilidad de ofertas temporales o informales de prestaciones de servicios, de inseguridad en la contratación, de perder el puesto de trabajo, de bajos salarios, de trabajo a tiempo parcial y de permanecer como demandantes de empleo durante períodos prolongados, circunstancias que les convierten en especialmente vulnerables⁷³.

Si las sucesivas reformas laborales han mostrado formalmente y en repetidas ocasiones que favorecer la empleabilidad, contratación y carrera profesional de los jóvenes era una preocupación y un objetivo de primera magnitud, es evidente que, a la vista de sus escasos resultados, o bien tales propósitos no eran tan firmes, siendo una mera formulación retórica, o bien han fracasado estrepitosamente, en una muestra de la dificultad de diseñar de forma coherente una política de empleo juvenil⁷⁴. Ciertamente, el legislador de 2021 ha tratado de esmerarse más, intentando revertir la escasa utilización porcentual de los contratos formativos, corrigiendo algunos defectos técnicos de su diseño y encauzando directamente el fin formativo al efectivo y real aprendizaje de un oficio o profesión⁷⁵.

Bajo tales premisas, la nueva regulación establece dos categorías distintas de contratos formativos, suprimiendo las tres anteriores (el contrato para la formación y el aprendizaje, el contrato en prácticas y el contrato para la formación dual universitaria): una, el contrato de formación en alternancia y, otra, el contrato formativo para la obtención de práctica profesional.

10.1. Notas comunes

Ambas figuras presentan unas pautas comunes tendentes a conseguir el tránsito a un empleo estable y de calidad, a saber (art. 11.4 ET):

1) Se permite la celebración a tiempo parcial de las dos modalidades formativas, aspecto que anteriormente no era posible por su prohibición expresa para el contrato de formación y aprendizaje, habiéndose eliminado ahora dicha exclusión⁷⁶;

2) La acción protectora de la Seguridad Social comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo (modificándose el art. 267.1.6º TRLGSS para referir la nueva denominación de los contratos en cuanto a considerar la finalización como situación legal de desempleo) y la cobertura del Fondo de Garantía Salarial;

3) 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 del contrato;

4) El contrato deberá formalizarse por escrito, incluyendo el plan formativo individual;

⁷³ MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ BERNAT, J. A. y LÓPEZ INSUA, B. M. (Dir. y Coords.): *Las políticas activas de empleo: Configuración y Estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 45 y ss., y 715 y ss. (“Jóvenes y políticas de empleo”).

⁷⁴ GARCÍA QUIÑONES, J. C.: *Políticas activas de empleo durante la crisis económica (2010-2015)*, Madrid, Reus, 2015, pp. 572-573.

⁷⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “El contrato de trabajo en prácticas”, *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 4, 1998, pp. 269 y ss.

⁷⁶ RODRÍGUEZ ROMERO, R.: “Los contratos formativos a la luz del Real Decreto Ley 32/2021: un necesario cambio de modelo con resultados aún inciertos”, *Brief AEDTSS*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/rosa-rodriguez.pdf>

5) Los límites de edad y duración máxima del vínculo no serán aplicables cuando se concierte con personas con discapacidad o con colectivos en situación de exclusión social;

6) Por convenio colectivo sectorial estatal o autonómico o, en su defecto, sectorial de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse;

7) Por convenio colectivo (sin especificar ámbito) se fijarán criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa con estos contratos, así como posibles compromisos de conversión en indefinidos;

8) El contrato se entenderá celebrado por tiempo indefinido si se suscribiera en fraude de ley o se incumplieran las obligaciones formativas por la empresa (sin necesidad, por tanto, de que el incumplimiento sea total);

9) Los representantes de los trabajadores tienen derecho a ser informados sobre los acuerdos de cooperación educativa o formativa, sobre los planes y programas individuales y sobre los requisitos y condiciones de desarrollo de la actividad de tutorización;

10) La empresa tiene derecho a solicitar por escrito al Servicio Público de Empleo información relativa a si las personas a contratar han estado previamente contratadas bajo modalidad formativa y tendrá valor liberatorio a efectos de no exceder la duración máxima:

11) Se remite al desarrollo reglamentario, previa consulta con la Administración competente, el número de contratos por tamaño del centro, las personas en formación por tutor o tutora o las exigencias en relación con la estabilidad en la plantilla;

12) Se diseñan reglas de compatibilidad con las situaciones de crisis de empresa, autorizando la celebración de contratos formativos en los supuestos de suspensión de la actividad empresarial regulados en los arts. 47 y 47 bis ET, siempre que no se destinen a sustituir a personas afectadas por las medidas contempladas en dichos preceptos⁷⁷.

10.2. Contratación en alternancia

Este vínculo, asimilable al anterior contrato para la formación y el aprendizaje, tiene por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo. Acoge, por tanto, la modalidad dual también para los estudios universitarios (art. 11. 2 ET).

Los sujetos que pueden celebrar este contrato son, al igual que sucedía con anterioridad, aquellos que carecen de titulación para realizar un contrato formativo para la obtención de práctica profesional, de manera que si tuvieran titulación previa solo podrán acogerse a esta vía si no hubieran tenido otro contrato formativo precedente asignado a una formación del mismo nivel y del mismo sector productivo. Solo podrá celebrarse un contrato de formación en alternancia por cada programa de estudios conducente a la obtención de la titulación.

Desaparece el límite general de 25 años como máximo para celebrar este contrato. De esta forma, la edad máxima se establece ahora en hasta 30 años pero sólo cuando el contrato se suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2 y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación que formen parte del catálogo de especialidades

⁷⁷ Lo cual no incide para nada en la regulación de las acciones formativas llevadas a cabo por las empresas a favor de aquellas personas afectadas por el ERTE, que van a tener derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el nuevo ap. 7 del art. 9 Ley 30/2015 (de 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona; de 10 a 49: 400 euros por persona; y de 50 o más: 320 euros por persona).

formativas del Sistema Nacional de Empleo. No se establece límite ni para la formación profesional de grado superior ni para la universitaria.

La persona contratada contará con dos personas tutoras: una, designada por el centro o entidad de formación y otra designada por la empresa suficientemente cualificada para el seguimiento del plan formativo individualizado. Este último instrumento adquiere importancia capital, pues marcará no sólo el contenido de la formación, calendario y actividades sino también la duración del contrato, que se extenderá, sin posibilidad de celebrar período de prueba, entre un mínimo de tres meses (antes seis) y un máximo de dos años (antes tres), sin que nada impida, dentro de este espacio temporal, de un lado, la suscripción del vínculo con varias empresas y, de otro, el desarrollo de forma discontinua. No obstante, no se podrá celebrar cuando la actividad o puesto se haya desempeñado con anterioridad en la misma empresa bajo cualquier modalidad por tiempo superior a seis meses (antes doce). La reducción de los lapsos temporales es, pues, manifiesta.

El tiempo de trabajo efectivo no podrá ser superior al 65 por 100 durante el primer año y al 85 por 100 durante el segundo, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada máxima legal (antes, 75 por 100 y 85 por 100, respectivamente). Dicho en otros términos, la formación teórica no podrá ser inferior al 35 por 100 el primer año y al 15 por 100 el segundo. Está prohibida la realización de horas extraordinarias, trabajo nocturno y trabajo a turnos, si bien excepcionalmente se admiten las dos últimas vías cuando el aprendizaje no pueda realizarse en otros períodos atendiendo a la naturaleza de la actividad.

La retribución será la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación, si bien en su defecto no podrá ser inferior al 60 por 100 el primer año ni al 75 por ciento en el segundo, respecto de la fijada en convenio para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas en proporción al tiempo de trabajo efectivo, con el límite mínimo del salario mínimo interprofesional aplicado también bajo la regla de la proporcionalidad.

El contenido de la formación teórica queda remitido al posterior desarrollo reglamentario, que deberá guardar sintonía con la proyectada reforma de la Ley Orgánica de Formación Profesional.

10.3. Contrato formativo para la obtención de práctica profesional

Al igual que sucedía con anterioridad en relación con el contrato de prácticas, la celebración de este vínculo va unida a la disposición de un título, que ahora se concreta en: universitario, de grado medio o superior, especialista, máster profesional o certificado del sistema de formación profesional o equivalente de enseñanzas artísticas o deportivas del sistema educativo, que habiliten o capaciten para el ejercicio de la actividad laboral. En todo caso, el puesto de trabajo ha de permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios, de manera que la empresa ha de elaborar un plan formativo individualizado en el que conste el contenido de la actividad y la asignación de un tutor o tutora que cuente con formación o experiencias adecuadas para el desarrollo de un seguimiento óptimo (art. 10.3 ET).

Se reduce el plazo máximo de disposición del título a tres años o a cinco si se trata de una persona con discapacidad (antes cinco y siete años, respectivamente) para la celebración del contrato. No se podrá suscribir con quien ya haya obtenido experiencia en la misma actividad dentro de la empresa por un tiempo superior a tres meses, sin que se computen a estos efectos los períodos de formación o prácticas que formen parte del currículo exigido durante el tiempo de estudios.

La duración no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de un año (antes dos años). Ninguna persona podrá ser contratada en la misma o distinta empresa por tiempo superior al máximo previsto en virtud de la misma titulación o certificado. Tampoco cabe contratación por tiempo superior al máximo aunque se trate de distinta titulación o certificado, si bien esta limitación queda referida a la misma empresa y para el mismo puesto. Igual que sucedía con anterioridad, los

títulos de grado, máster y doctorado no se consideran la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez la persona trabajadora estuviera ya en posesión del título.

La duración del período de prueba se reduce a un mes (ya no se remite a la titulación habilitante), salvo que el convenio colectivo disponga otra extensión temporal. No se permite la realización de horas extraordinarias salvo para la reparación de daños extraordinarios o urgentes o por razones de fuerza mayor.

La retribución del tiempo de trabajo efectivo será la fijada en convenio colectivo aplicable para estos contratos o en su defecto para el grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas, sin que pueda ser inferior a la mínima establecida para el contrato de formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Desaparece así el sistema de fijación de porcentajes mínimos en función de los períodos de prácticas cuya distribución no encontraría correspondencia con el nuevo máximo autorizado de un año.

La persona trabajadora tiene derecho a la certificación de la práctica realizada, una vez finalizado el contrato.

En fin, sirvan estas líneas de aproximación de conjunto a la reforma de 2021 en lo que se refiere a uno de sus aspectos clave cual es la garantía de la estabilidad en el empleo dentro de una fase inicial de un largo período de futuros debates doctrinales y judiciales, de los que irá dando buena cuenta la Revista que tenemos el honor de dirigir.