



RESUMEN DE LA REFORMA LABORAL (RDL 32/2021)

Real Decreto-ley 32/2021 de 28 de diciembre

Este documento pretende dar una lectura comprensiva de las principales novedades introducidas en la legislación laboral por la reforma laboral del año 2021 en materia de negociación colectiva, contratación eventual y subcontratación.



Contenido

Introducción.....	1
1. Modificaciones en los Contratos de Trabajo	2
1.1 Contrato a Tiempo Parcial	2
1.2 Contratación Eventual	2
<i>Novedades Respecto de la Regulación Anterior</i>	2
1.2.1 Contrato por Circunstancias de la Producción	2
1.2.2 Contrato de Sustitución	3
1.2.3 Incumplimientos y sus consecuencias	4
<i>Fijeza por encadenamiento de contratos</i>	4
1.2.4 Indemnización por finalización de contrato eventual	5
1.2.5 Otros Contratos Eventuales	5
1.2.6 Régimen transitorio de la contratación eventual	5
1.2.7 Régimen transitorio del encadenamiento de contratos.....	6
1.2.8 Entrada en Vigor	6
1.3 Contrato Fijo-Discontinuo.....	6
1.3.1 Contrato a Tiempo Parcial y Contrato Fijo-Discontinuo	7
1.3.2 Supuestos de Utilización	7
1.3.3 Supuestos Especiales	7
1.3.4 El llamamiento	9
1.3.5 La negociación colectiva y el contrato fijo-discontinuo.....	9
1.3.6 Derechos de las personas fijas-discontinuas	10
1.3.7 Entrada en vigor.....	10
2. Subcontratación.....	11
<i>El artículo 42.6 ET se aplica a todo tipo de contrataciones</i>	11
3. La reforma y la negociación colectiva.....	14
3.1 El nuevo artículo 84.2	14
3.2 Ultractividad	17

Introducción

En el documento que tienes en tus manos vamos a intentar explicarte algunos aspectos de la reforma laboral. En concreto, destacamos los cambios que ha habido respecto de las contrataciones temporales, los trabajos fijos discontinuos y la prestación de servicios a tiempo parcial. También abordamos las cuestiones referidas a la subcontratación. Y, por último, las novedades incluidas en materia de convenios colectivos.

Todas estas cuestiones se ofrecen de la forma más sencilla posible e interrelacionados entre sí, con expresa mención a lo que cambia y que interpretaciones tiene.

No pretende sustituir a sesudos análisis de la denominada doctrina especializada, el objetivo confesable de estas páginas es dotar a fecha de hoy de un instrumento al que acudir de forma rápida para conocer, esperemos que, en un lenguaje accesible, cuales son los rasgos generales de la reforma.

Sin embargo, no ha sido una tarea sencilla. En varios de los artículos poner sobre la mesa una interpretación definitiva y cerrada no resulta posible. En general, tenemos un Estatuto de los Trabajadores que no ha sido excesivamente propenso a definir con claridad los conceptos, lo que es trasladable al texto de la reforma, que utiliza unos términos de contornos no siempre bien definidos (oscilaciones, imprevisible, ...). Otras veces la redacción de las normas no está exenta de ambigüedades.

Van a ser, por tanto, bien otras normas que se vayan dictando, bien los órganos judiciales los que den contenido a una buena parte de esas definiciones. Ello significa que el verdadero alcance de la reforma no lo vamos a conocer de forma inmediata sino tras la espera de algunos años. Con estas limitaciones, pues, abordamos esta tarea.

Hemos estructurado su contenido en tres partes que nos van a llevar sucesivamente de una a la otra.

En la primera abordaremos los contratos a tiempo parcial, los temporales, y el llamado fijo-discontinuo.

En la segunda, la externalización de la actividad de la empresa, con expresa referencia al convenio colectivo aplicable.

Y, por último, las novedades en la negociación colectiva, fundamentalmente en lo concerniente a la prevalencia del convenio sectorial sobre el de empresa en algunos aspectos, y la ultractividad de los convenios.

1. Modificaciones en los Contratos de Trabajo

1.1 Contrato a Tiempo Parcial

En el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores (ET), se define la parcialidad como la **prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable**. Puede ser **temporal o indefinido**, se explicita así en la reforma.

Hasta la reforma existía un apartado que consideraba la parcialidad del contrato en el caso de servicios prestados periódicamente dentro del volumen normal de actividad de la empresa, si se repetían en fechas ciertas. Por el contrario, si no se repetían en fechas ciertas se acudía a la modalidad de fijo-discontinuo.

En la práctica, diferenciar contratos a tiempo parcial y los denominados fijos-discontinuos no era tarea fácil, y daba lugar a no pocas dudas.

A partir de ahora esta diferenciación entre ambos basada en las fechas ciertas o inciertas no aparece ya en el texto del Estatuto de los Trabajadores, y parecen unificarse en el artículo 16 (contrato fijo-discontinuo).

A nuestro juicio, sin embargo, y a pesar de la supresión del apartado, ello no significa la desaparición de diferentes prestaciones de servicios que puedan ser consideradas como contrato a tiempo parcial.

1.2 Contratación Eventual

El artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores (ET) es uno de los más profundamente afectados por la reforma, vamos a intentar, con la suficiente pedagogía, explicar en nuevo esquema que se establece, y que se puede resumir en que **la temporalidad constituye la excepción frente al desempeño normal de la actividad** en la empresa que tendría la naturaleza de fijo o indefinido.

Novedades Respecto de la Regulación Anterior

- 1) **Presunción de que el contrato es por tiempo indefinido**.
- 2) Se establecen dos modalidades de contratación temporal frente a la regulación anterior: **circunstancias de la producción**, que concentra las anteriores causas temporales basadas en las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas y el exceso de pedidos; y por **sustitución de la persona trabajadora**. Desaparece, por tanto, el contrato para obra o servicio determinado.
- 3) Los contratos se han de celebrar **siempre por escrito**, independientemente de la duración, y se ha de **especificar** con precisión **la causa, justificar las circunstancias concretas** de la causa y su **conexión con la temporalidad**.

1.2.1 Contrato por Circunstancias de la Producción

Como ya hemos dicho, en esta modalidad de contrato se engloban las antiguas circunstancias del mercado, acumulación de tareas y el exceso de pedidos.

Distinguiremos entre los contratos temporales recogidos en el artículo 15 ET cuatro supuestos, y advertimos desde ahora que el lenguaje de la reforma no es todo lo preciso que debiera. Aun así, el elemento que vertebra todo el precepto es el de **la imprevisibilidad o previsibilidad del incremento de la actividad de la empresa.**

Así, se entenderán como circunstancias de la producción **el incremento ocasional e imprevisible de la actividad.** Como elemento diferenciador en esta enumeración de supuestos, utilizaremos el parámetro de la previsibilidad o no de la actividad ordinaria de la empresa.

- A. **Incremento Imprevisibles.** 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**, pero que no sean trabajos fijos discontinuos. Se incluyen, como ejemplo de las oscilaciones, las **vacaciones anuales, a pesar de que el Tribunal Supremo las había rechazado como causa temporal** que justificara el contrato de sustitución.

En estos supuestos la **duración máxima** del contrato es de **6 meses ampliables a un año si así lo dispone el Convenio Colectivo Sectorial.** Si se concierta por tiempo inferior al legal o al convencional, existe **posibilidad de prórroga** de mutuo acuerdo por una sola vez hasta el límite legal o del Convenio.

- B. **Situaciones ocasionales, previsibles y de duración reducida.** Se puede usar este contrato durante un **período máximo de 90 días durante el año natural sin que puedan ser continuados.**

Genera muchos interrogantes esta causa del contrato. **No existe límite de personas que se pueden contratar cada día ni en todo el período**, ni se observa limitación alguna al número de contratos a suscribir con cada persona. Tampoco aparece clara la forma de concentrar esos 90 días. Y en cuanto a las actividades que pueden tener cabida, existen aún muchas dudas que habrá de ir clarificando en base a la jurisprudencia

En todo caso, **se ha de identificar esta concreta causa en el contrato.**

- C. Existe la **obligación de trasladar a la Representación Legal de las personas trabajadoras el último trimestre del año una previsión anual del uso de estos contratos.**
- D. El contrato por circunstancias de la producción **no se puede emplear para las contrataciones, subcontratas** y concesiones administrativas que constituyan la actividad ordinaria de la empresa. **EXCEPCION** podrán ser utilizados cuando concurren las **circunstancias de la producción de los supuestos anteriores.** Para clarificar este supuesto diremos que si la actividad ordinaria de la empresa es la prestación de servicios a terceros no cabe su utilización, sino que debemos acudir a la contratación de personas fijas-discontinuas.

1.2.2 Contrato de Sustitución

Este contrato está ligado a la **sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo**, siempre que se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución. **IMPORTANTE**, a diferencia de otras normas, **la reforma laboral no contempla que se especifique el puesto de trabajo a ocupar, si no el de la persona sustituida u otro.** Se puede, en este supuesto, iniciar la relación laboral hasta 15 días antes de ser efectiva la sustitución.

Igualmente, se contemplan **otros dos supuestos:**

1. El primero, **completar la jornada reducida de otro trabajador o trabajadora** por causas legales o convencionales. Se ha de especificar el nombre de la persona trabajadora y la causa.
2. **Durante el tiempo que dure la selección de un puesto fijo.** En este caso se establece una **duración en este caso de tres meses o menos** si así lo marca el Convenio Colectivo. La aplicación de este supuesto en la administración pública tiene consideraciones particulares.

1.2.3 Incumplimientos y sus consecuencias

El **incumplimiento** de las disposiciones en materia de contratación, incluyendo la ausencia de forma escrita, significa **la FIJEZA en plantilla.** Dentro del incumplimiento se incluyen **contratos temporales celebrados en fraude de ley,** es decir, los contratos que a pesar de su apariencia y denominación como temporales responden a una actividad permanente de la empresa, y para los que hay que predicar una relación laboral de carácter indefinido.

También adquirirán la condición de fijas las personas trabajadoras temporales que **no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social** una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba.

Recordamos otro motivo por el que se puede considerar indefinido el contrato como es el supuesto contenido en el 49.1.c ET, esto es por **ausencia de denuncia y seguirse prestando servicios una vez transcurrido el período máximo.**

Fijeza por encadenamiento de contratos

Esta figura ya existía en la redacción anterior a la reforma, pero tanto el plazo de prestación de servicios como el período en el que se desarrollaba tal prestación eran superiores, de 24 y 30 meses respectivamente. En este supuesto de encadenamiento se incluyen los contratos celebrados a través de ETT.

Lo que dice ahora la reforma:

- A. Será fija en la empresa una persona que haya encadenado **dos o más contratos de circunstancias de la producción durante más de 18 meses e un periodo de 24 en el mismo o diferente puesto de trabajo para la misma empresa o grupo de empresas.** Esta regla es aplicable también en casos de sucesión o subrogación empresarial. En cuanto al puesto de trabajo en el que se adquiere la fijeza, no hay mención en el texto de la reforma. Podría parecer, por la lógica del artículo, que tal fijeza se produce en el último puesto de trabajo desempeñado, pero podrían darse situaciones más peculiares, que la mayoría de los 18 meses se hubiera ocupado otro puesto diferente al que se desarrolla cuando se consolida la fijeza.
- B. **Persona que presta servicios en un PUESTO DE TRABAJO** ocupado **por más de 18 MESES EN un período de 24 meses,** mediante contratos, en plural, de circunstancias de la producción. En este sentido existe el problema de delimitar el puesto de trabajo. No hay en el Estatuto de los Trabajadores ninguna referencia a lo que es un puesto de trabajo. Cabe preguntarse si sirven las diferentes categorías que se marcan en los Convenios Colectivos, o se pide algo más como una relación de los mismos.

En relación a la adquisición de la fijeza por encadenamiento hay dos novedades importantes a tener en cuenta. De una parte, la **empresa tiene la obligación de emitir certificado que acredite la fijeza trascurridos 10 días desde el transcurso de los plazos.**

Así mismo existe la posibilidad de la persona trabajadora se dirija al **SEPE** (Servicio Público de Empleo Estatal) para pedir una **certificación de los contratos temporales celebrados**.

1.2.4 Indemnización por finalización de contrato eventual

El artículo 49.1.c ET dice que a la expiración del tiempo convenido las personas trabajadoras tendrán derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar **doce días de salario por cada año de servicio**, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

Esta indemnización **no aplica a los contratos de sustitución**.

1.2.5 Otros Contratos Eventuales

Aunque simplemente se enuncien, se incluyen tres tipos de contratos que no responden a lo dispuesto en el artículo 15 ET. Son los siguientes:

- 1) Contratos a celebrar por las entidades que conforman el sector público para la ejecución de los previsto en el Plan de Modernización.
- 2) Ejecución de programas de carácter temporal financiados por la UE.
- 3) **Contratos de Activación para el Empleo**. Las administraciones públicas y, en su caso, las **entidades sin ánimo de lucro** podrán realizar contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, cuya duración **no podrá exceder de doce meses**.

1.2.6 Régimen transitorio de la contratación eventual

El nuevo artículo 15 del estatuto entra en vigor el 30 de marzo de 2022, es decir, a los tres meses de publicarse la reforma. No obstante, como pasa en muchas ocasiones hay normas que regulan lo que pasa entre las anteriores previsiones legales y las nuevas. En este aspecto, las redactoras de la reforma no han obrado con toda la claridad precisa.

- A. **Contratos de Obra o Servicio Determinado**. Los **celebrados antes del 31/12/2021** se siguen rigiendo por su normativa hasta su duración máxima, esto es, 3 o 4 años.
Los **celebrados desde el 31/12/2021 hasta el 30/03/2022** se siguen rigiendo por su normativa, pero con una **duración máxima de 6 meses**.
- B. Los anteriores **contratos eventuales** celebrados **antes del 30/03/2022** se rigen por la **legislación anterior** hasta su **duración máxima** que podría ser de **12 meses**.
Por su parte, los celebrados **entre el 31/12/2021 y 30/03/2022** por la **normativa en la que se hubiesen celebrado**, pero con **duración máxima de 6 meses**.
- C. **Contratos de Interinidad celebrados antes del 30/03/2022** hasta su duración máxima por la normativa anterior.

1.2.7 Régimen transitorio del encadenamiento de contratos.

Las nuevas reglas relativas al encadenamiento de contratos se aplicarán a los contratos suscritos a partir de su entrada en vigor. Esto es, **el contrato suscrito a partir de 30/03/2022 sería el primer contrato a tener en cuenta**, el **período de 18 meses** y el **plazo de 24 meses** empezarán a contar desde la fecha de suscripción del contrato.

Sin embargo, **para los contratos celebrados antes de esa fecha**, y a efectos de cómputo de número de contratos, del período y del plazo en el nuevo artículo de la reforma, **se toma en consideración solo el contrato vigente a la fecha de 30/03/2022, creemos que en toda su extensión.**

Este período transitorio se nos presenta como muy limitado ya que la reforma no establece un derecho a la fijeza que antes no existiera, sino que acorta los plazos ya existentes (18 en lugar de 24, y 24 en vez de 30). Esto es, su innovación no es el reconocimiento de un nuevo derecho sino el acortamiento de los períodos de prestación de servicios y el plazo que se toma como referencia. Sin embargo, la redacción anterior del artículo 15ET queda expresamente derogada.

1.2.8 Entrada en Vigor

Entrada en vigor el 30 de marzo de 2022, no hay fijadas normas transitorias, por lo que se aplicaría a todos los contratos, suscritos o no antes de la reforma. Aun así, el silencio de la nueva ley no va a estar exento de diferentes interpretaciones.

1.3 Contrato Fijo-Discontinuo

Estamos ante uno de los elementos que consideramos más lesivos y que previsiblemente más problemas va a suponer en cuanto a la aplicación. Sin duda, estamos ante una maniobra para enmascarar la eventualidad y hacerla pasar por fijeza.

Para una mejor comprensión de esta figura contractual, exponemos los supuestos recogidos en la reforma para la celebración de los mismos:

- A. trabajos de naturaleza **estacional**.
- B. vinculados a **actividades productivas de temporada**,
- C. para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de **prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados**.
- D. En el **marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas** que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.
- E. Los contratos celebrados entre la persona cedida y las **Empresas de Trabajo Temporal**.
- F. En el marco de la **Administración Pública**.

Como hemos venido diciendo, el contrato fijo-discontinuo cobra en la reforma una mayor dimensión, puesto como alternativa a sucesivas (e ilícitas) contrataciones temporales.

1.3.1 Contrato a Tiempo Parcial y Contrato Fijo-Discontinuo

En primer término, la reforma parece unificar distintos supuestos que con anterioridad podrían pertenecer bien al contrato a tiempo parcial (los llamados fijos periódicos al producirse en fechas ciertas), y aquellos de los que no se podía predicar tal precisión en las fechas, y que se introducían en la categoría de fijos-discontinuos. En ambos casos dentro del volumen de actividad normal de la empresa. El deslinde entre una y otra figura, a pesar de la simpleza de la definición, no ha sido siempre lo suficientemente claro.

En la reforma, ambas categorías podrían integrarse en el contrato fijo-discontinuo, a tenor de la definición ofrecida: *“la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”*.

No obstante, **no creemos que la reforma cierre la posibilidad de que se puedan celebrar contratos a tiempo parcial, con base precisamente en la intermitencia de la prestación de servicios**, al igual que, en ocasiones, la diferenciación entre los fijos-discontinuos y otras formas de contratación temporal (en las que la actividad es previsible) no resulte fácil.

1.3.2 Supuestos de Utilización

La reforma recoge diferentes supuestos en los que es posible la utilización de esta figura contractual. Los dos primeros se refieren a las actividades **estacionales** o de **temporada**, esto es, tienen que ver con la propia actividad que se desarrolla.

A partir de aquí, el tema se va haciendo más complejo. El tercer supuesto se basa en la **intermitencia** en los “periodos de ejecución”, ciertos, aunque no estén determinados. En otras palabras, **dependen de la organización o planificación que la empresa hace de la actividad**. Es la nota de la intermitencia en la prestación de servicios la característica de este contrato, a diferencia del parámetro en los contratos temporales que residía en el carácter previsible o no de la actividad ordinaria. Sin embargo, tal opción por la intermitencia no solo puede depender de la definición que le otorgue la empresa, y deberá explicitarse algún tipo de razón que ha de tener su reflejo en el contrato suscrito, que debe ser por escrito, y contener, aunque sea de forma aproximada, la duración del período, la jornada y su distribución horaria.

1.3.3 Supuestos Especiales

Si exceptuamos la aplicabilidad de esta figura en el ámbito de la Administración Pública, los otros dos supuestos nos llevan por una senda muy compleja. Se trata de los casos en los que sea una modalidad que una a la persona trabajadora con una **empresa de trabajo temporal**, de un lado; y de otro, en los casos **de contrata mercantiles o administrativos**.

Esos dos supuestos **se han introducido a pesar de una jurisprudencia que había negado** que el contrato fijo-discontinuo pudiera ser objeto de la relación entre la persona operaria y una ETT; y con respecto a las contrata y subcontrata mercantiles o administrativas, estimó que no era procedente el recurso a la contratación temporal, mediante contratos de obra o servicio determinado.

Fijo-discontinuo en Empresas de Trabajo Temporal

En el caso referido a la utilización del contrato fijo-discontinuo por parte de las ETT el Tribunal Supremo dispuso que *“Si el contrato suscrito por la ETT con el trabajador se entiende que ha de atender únicamente a la relación entre ambos contratantes, al margen de la empresa usuaria, no cabría la celebración de dicho contrato.”* Y prosigue: *“No cabe calificar de trabajos fijos-discontinuos la actividad de la ETT que consiste en poner a disposición de la empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados. El hecho de que en el supuesto de que la ETT haya realizado contrataciones de trabajadores con carácter indefinido y pueda acontecer que termina un contrato de puesta a disposición y pasa un cierto tiempo hasta que la ETT suscribe otro contrato de tal naturaleza, no significa que estemos en presencia de actividades de carácter fijo discontinuo ya que se trata de una peculiar actividad que no puede ser equiparada a las así denominadas.”*

Con la reforma laboral, la pretendida cobertura para recurrir a la posibilidad de realizar contratos fijos-discontinuos a través de ETT se obtendría a través de la modificación del artículo 10.3 de la Ley por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal. La ley reguladora de las ETT ya regulaba que a través de un único contrato temporal estas empresas pudieran ligar a la persona trabajadora con distintas empresas cliente.

A través de la reforma, y entendemos que, con el objetivo estético de maquillar las estadísticas de temporalidad, se da la posibilidad de que este tipo de situaciones se traten como fijo-discontinuo. Se equiparán los tiempos de espera entre diferentes contratos temporales, con el tiempo de inactividad, sin que se concrete cuál es la duración máxima de cada período de inactividad. Tampoco se concreta nada en torno a la puesta de disposición.

Es importante señalar que en la regulación de este contrato el estatuto hace muchas remisiones a los convenios colectivos, pues bien, es importante señalar que los **convenios de empresa** de las propias **ETT** podrán modular estos contratos.

En el marco de contrataciones mercantiles o administrativas

Es la segunda de las novedades en las que la reforma laboral no se ha seguido la jurisprudencia. A finales del año 2020 el Tribunal Supremo estimó que la mayor o menor duración del encargo del cliente no puede seguir vinculándose a la nota de temporalidad de este tipo de contrato de trabajo.

Y concluyó que nada de ello puede afirmarse cuando toda la actividad empresarial consiste, precisamente, en desarrollar servicios para terceros. Éstos, como tales, estarán sujetos a una determinada duración en atención al nexo contractual entablado con la empresa cliente, pero tal delimitación temporal en su ejecución no puede permear la duración de la relación laboral de la plantilla de la empresa si no se atienen a las notas estrictas de la temporalidad

En este caso la reforma opta por contemplar el contrato fijo-discontinuo en el supuesto de contrataciones y subcontratas, otorgándole la nota de fijeza, pero que esconde un tratamiento especial, sin expresión de la intermitencia propia de la figura.

Los periodos de **inactividad** solo podrán producirse como **plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones**. Tales periodos tienen la duración máxima, en defecto de lo recogido en los convenios colectivos sectoriales, de tres meses, y a su vencimiento se adoptarán las medidas coyunturales o definitivas que correspondan, y que no son otras que las suspensiones o despidos.

1.3.4 El llamamiento

Elemento fundamental en el caso de las personas fijas discontinuas es el llamamiento para reincorporarse al trabajo. Mediante **convenio colectivo**, o en su defecto, **acuerdo de empresa** (es el término introducido en la reforma) se establecerán los **criterios objetivos y formales** (orden y preferencias, forma y tiempo de la comunicación,).

El nuevo artículo exige una serie de requisitos de forma, bien que se haga por **escrito**, o por otro medio que permita dejar constancia de las indicaciones de su incorporación y con **antelación adecuada**, aunque en este último caso no se fija plazo alguno.

También existe la obligación de traslado por parte de la empresa de las **previsiones anuales o semestrales**, así como de las contrataciones efectuadas.

En caso de **incumplimiento del llamamiento**, se pueden ejercitar las acciones que correspondan a partir de la exclusión o del conocimiento de esta. Es muy importante tener en cuenta que, aunque no sólo cabe la **acción de despido**, ni se estima en todos los casos, pero por la caducidad de los plazos para recurrir (20 días), y si el convenio colectivo no marca otra alternativa, **es la más aconsejable**.

1.3.5 La negociación colectiva y el contrato fijo-discontinuo

En esta modalidad contractual cobra especial importancia las posibilidades que ofrece a la negociación colectiva para modular su aplicación tanto por los convenios sectoriales como por los de empresa, según el caso:

1. Mediante **convenio colectivo** o, en su defecto, **acuerdo de empresa**, se establecerán los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el **llamamiento** de las personas fijas-discontinuas.
2. En el caso de su uso en contratas y subcontratas, los **convenios colectivos sectoriales** podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas. **Por defecto**, este plazo será de **tres meses**.
3. Los convenios sectoriales pueden establecer **bolsas sectoriales de empleo** para favorecer la contratación y formación continua de las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad.
4. Los convenios sectoriales pueden establecer que los contratos **fijos-discontinuos** se celebren a **tiempo parcial**.
5. Los convenios sectoriales, también pueden obligar a que las empresas elaboren un censo anual del personal fijo-discontinuo.
6. Estos mismos convenios sectoriales también pueden establecer un **periodo mínimo de llamamiento anual** y una **cuantía por fin de llamamiento**.

Todas estas remisiones a la negociación colectiva se entenderán hechas en favor de los **convenios de empresa propios de las ETT** para los contratos fijos-discontinuos realizados por estas.

1.3.6 Derechos de las personas fijas-discontinuas

La **antigüedad** de las personas fijas-discontinuas se calcula **desde el inicio de la relación laboral**, y no de los períodos efectivamente prestados. A pesar de ello, se introduce una excepción a esta regla con un alto de indefinición que a buen seguro va ser problemática.

Las personas con este tipo de contrato deberán ser **informadas** por la empresa de las **vacantes** existentes de puestos **fijos ordinarios**.

Este colectivo se considera un colectivo prioritario para el acceso a la formación profesional durante los períodos de inactividad.

Se introduce de manera expresa una **cláusula de no discriminación** de este colectivo en materia de conciliación, licencias, permisos o excedencias y en general en todos aquellos derechos que se reconozcan por ley o por convenio.

1.3.7 Entrada en vigor

Entrada en vigor el 30 de marzo de 2022, no hay fijadas normas transitorias, por lo que se aplicaría a todos los contratos, suscritos o no antes de la reforma. Aun así, el silencio de la nueva ley no va a estar exento de diferentes interpretaciones.

2. Subcontratación

Uno de los grandes cambios introducidos por la reforma laboral es la delimitación del **convenio colectivo aplicable a los casos de contrataciones y subcontrataciones**. En este caso estamos ante la modificación del inciso 6 del artículo 42 ET, de nueva creación.

Como ya hemos dicho en la introducción de este documento hay conceptos que ni durante el devenir del Estatuto de los Trabajadores han resultado definidos con la claridad que se precisa (la subcontratación, por ejemplo, o la falta de una definición de la empresa principal), a los que ahora sería necesario sumar términos como ‘convenio propio’, inexistente hasta la fecha en el texto modificado.

Además, hemos de poner en relación el presente artículo con otros cambios que permiten la externalización productiva, y que han tenido reflejo en los artículos anteriores: la posibilidad de que las ETTS puedan realizar contratos fijos discontinuos y a posibilidad de ser utilizado en el supuesto de contratas, subcontratas con Administraciones públicas.

“Art. 42.6 ET. El convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.

No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84.”

Hemos de precisar, por ser una cuestión terminológica consideraremos a la empresa que contrata, la empresa principal, y a las contratadas, como contratista, amén de la subcontratación sucesiva a la que recurran.

El artículo 42 ET parte de una serie de principios explicitados en la jurisprudencia. El primero de ellos que quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo. El segundo es el reconocimiento de que la posibilidad de que las empresas externalicen una parte de su proceso productivo forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa.

Por otra parte, la legislación vigente y en concreto el artículo 42 ET, no **obligan a que las y los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista tengan las mismas condiciones salariales que las que tendrían de haber sido contratadas directamente por la empresa principal.**

El artículo 42.6 ET se aplica a todo tipo de contratas

Para evitar confusiones con los incisos del mismo artículo sobre la responsabilidad en materia salarial y de seguridad social de las empresas principales y contratistas, en la materia del convenio colectivo aplicable, se entiende que se aplica **a todo tipo de contratas sean o no de la propia actividad.**

No se aplica el convenio correspondiente a la empresa principal

Entre las posibilidades que tenía la norma de aplicar los convenios colectivos se ha inclinado por **no considerar el convenio aplicable el correspondiente al del sector de la empresa principal** (a pesar de la referencia en la Exposición de Motivos de la reforma laboral a las camareras de piso de los hoteles como paradigma de la nueva regulación). Para estas incansables trabajadoras (tanto en la tarea que realizan como en su labor reivindicativa), la jurisprudencia se indicó por el convenio colectivo de la limpieza (labor efectuada), y no por el de la empresa principal (hostelería).

Aplicación prevalente del convenio propio de la contrata o subcontrata

Una vez delimitada la opción legislativa, que no existe una equiparación de las condiciones de trabajo entre empresa principal y las contratistas, **se aplica el convenio propio** de estas últimas, con lo dispuesto en el Título III del ET que adelantaremos ya en este apartado.

Hay una dificultad inicial, el interpretar la expresión ‘convenio propio’, novedosa en el ET. Aun a riesgo de que en un futuro próximo los tribunales se pronuncien en un sentido contrario, **vamos a considerar que se refiere a un convenio de empresa estatutario**. Aducimos esta interpretación precisamente por la referencia al Título III del Estatuto de los Trabajadores en la que se regula la concurrencia de convenios colectivos, y en los que está citado expresamente el Convenio de Empresa.

Pero, asimismo, postulamos que **en materia salarial sea el convenio sectorial el aplicable**, y es otra novedad de la reforma que veremos en la tercera parte, al desaparecer la prelación del convenio de empresa en lo relativo a las cuantías salariales y de sus complementos, como había siendo hasta ahora desde el año 2012.

Aunque no podemos descartar problemas interpretativos de calado en la referencia al artículo 84 ET, en concreto sobre las estimaciones de los salarios y sus complementos, dado que podría en algunos casos no existir convenio sectorial o la proyección de los salarios contenidos en estos no sea más favorable.

Aplicación del convenio de la actividad desarrollada

Como ya hemos dicho, el **convenio sectorial de aplicación** en la contrata o subcontrata será el de la **actividad desarrollada en la misma**. Esto es especialmente importante en el caso de las conocidas empresas multiservicios, ya que, en cada caso, tendrán que aplicar el convenio correspondiente a la actividad desarrollada en cada contrata o concesión.

Salvo que exista otro convenio sectorial aplicable

Esta sería la hipótesis residual y se produciría en el **caso de que las empresas contratistas carezcan de convenios de empresa** (recordamos “convenio propio” en la norma), **y si no resultara aplicable el convenio perteneciente a la actividad desarrollada**.

No se entiende bien esta previsión si no es para considerar un futurible convenio sectorial que regule la actividad de las empresas multiservicios. Pero tal previsión puede no coincidir en muchos aspectos con la norma dada de que se aplique el convenio correspondiente al del de sector de la acti-

vidad. Cual se convierte al final en la norma convencional aplicable y en base a qué criterios estaría por determinar.

3. La reforma y la negociación colectiva

Llegamos a la última estación, la negociación colectiva. Hay en esta materia dos cambios de calado. El primero de ellos, y siempre dentro de las normas que se encargan de la concurrencia de convenios colectivos, **se suprime la preferencia del convenio de empresa para la determinación de los salarios y sus complementos.**

La segunda tiene que ver con la **ultractividad** de los convenios, **dejándose sin efecto el período máximo de un año que se impuso en la reforma anterior,** y la aplicación del instrumento convencional de ámbito superior.

Antes de abordar las dos modificaciones, un apunte común a ambos preceptos. Cuando hablamos de convenios de empresa, lo hacemos en los términos en los que la jurisprudencia los ha entendido, esto es, verdaderas unidades de negociación, de buena fe y con actores que. Con esto rechazamos ya que, incluso antes de la reforma, se tornarían aplicables instrumentos negociales que proliferaron cuyo ámbito era más que discutible y con unas personas intervinientes cuya representatividad era más que discutible.

3.1 El nuevo artículo 84.2

La concurrencia de convenios

El artículo 84 ET se refiere a la **concurrencia de convenios**, esto es, cuando coinciden, por ejemplo, un convenio de empresa y uno sectorial. Si en alguno de dichos convenios no se ha previsto nada, el ET marca una serie de reglas para solucionarlo. La primera de esas reglas es la **prioridad en el tiempo**, que el convenio que está en vigor no puede ser afectado por el más reciente, salvo que así se prevea. El nuevo convenio, en consecuencia, no se aplicaría. Esta situación se mantendría hasta que uno de los dos convenios pierda su vigencia. Así, el apartado 1 del artículo 84 ET dice:

Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente.

Esto hay que ponerlo en relación con el artículo 83.2 que se refiere a acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales- a nivel estatal o autonómico- en los que incluyan cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, incluyendo reglas para resolver la concurrencia de convenios. Explicamos esta prioridad temporal usando una resolución del Tribunal Supremo:

1) La base de la mencionada regla es la existencia de dos convenios distintos, válidamente celebrados que pueden resultar de aplicación en un ámbito concreto, por lo que normativamente se establece una preferencia aplicativa al convenio vigente con anterioridad en el tiempo.

2) El convenio que nace a la luz cuando se hallan vigentes otros convenios, no podrá ser aplicado en aquellos lugares o ámbitos en los que ya se estuviera aplicando otro que se halle en vigor en ese momento; por tanto, no es la nulidad del nuevo convenio colectivo, sino la declaración de su inaplicación mientras esté vigente el anterior.

3) En tales casos, los dos convenios permanecen vigentes y válidos, pero sólo es aplicable el anterior en su ámbito propio en tanto dure su vigencia para pasar a ocupar su lugar el nuevo cuando aquél pierda la vigencia pactada.

4) Así entendida, la regla de prohibición de concurrencia de convenios, admite excepciones previstas en el propio Estatuto de los Trabajadores: En primer lugar, que el propio convenio admita expresamente la concurrencia de otro convenio. En segundo lugar, que se establezcan en acuerdos interprofesionales o en convenios o acuerdos sectoriales estatales o autonómicos reglas de coordinación entre diferentes convenios y normas para la solución de las posibles situaciones de concurrencia de convenios. En tercer lugar, está la posibilidad prevista en el artículo 84.3 ET según la que los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 podrán, en el ámbito de una comunidad autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal, salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2 ET. Por último, el artículo 84.2 ET regula la preferencia aplicativa de los convenios de empresa en determinadas materias, entre las que no se encuentra la jornada.

5) Una vez así determinado para cada concreto punto de cada regulación cuál es aplicable, tal situación perdurará en tanto sigan vigentes simultáneamente ambos convenios, puesto que finalizada la vigencia de uno u otro el que reste vigente ocupará el completo ámbito aplicativo y pasará a ser el único convenio de aplicación. La prohibición de concurrencia finaliza ante la pérdida de vigencia del convenio y a pesar de su mantenimiento en situación de ultra actividad.

6) Si lo prevé expresamente el convenio sectorial, el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa en todo tipo de materias, aunque no estén relacionadas en el artículo 84.2 de la norma legal, si la regulación del convenio de empresa es más favorable para el concreto punto de que se trate.

La excepción a la prioridad temporal: los convenios de empresa

Como excepción a la regla anterior de que el convenio nuevo no puede regular materias contenidas en un convenio antiguo, el ET concede una prioridad de aplicación en algunas materias a los **convenios de empresa**, convenio que **se puede negociar en cualquier momento**, incluso aunque haya vigente otros de ámbito superior. El segundo apartado del artículo 84 ET dice:

La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias.

Pero esta regla **no** otorgaba **una preferencia absoluta de los convenios de empresa** en relación con el contenido de los convenios de ámbito superior sino, una preferencia limitada a las concretas materias que expresamente le atribuye la Ley. **Excepción que se ha de interpretar de forma estricta.**

Una última acotación, se tiene que tratar de un **auténtico convenio de empresa** (no confundir con un convenio de centro de trabajo). Es decir, no podemos conferirle tal cualidad a instrumentos arti-

ficiales, que proliferaron tras la reforma, que no responden a los criterios exigidos para suscribir un convenio de empresa. En una parte de los casos, esos convenios fueron anulados.

Las materias objeto de preferencia por el convenio de empresa

Las materias en las que se aplicaría el convenio de empresa, o grupo de empresas, en el nuevo texto del estatuto, son las siguientes:

- a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.*
- b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.*
- c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras.*
- d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa.*
- e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.*
- f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.*

De la redacción anterior desaparece la antigua materia a)

- a) La cuantía del **salario base y de los complementos salariales**, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.*

Y, por otro lado, **se incluye en el e) la noción de corresponsabilidad**, además de la conciliación, entre la vida laboral, familiar y personal, entendiéndose que se ha de incorporar a esta tarea a los operarios masculinos, en lugar de que la conciliación descansa siempre en las mujeres trabajadoras.

Como se ve, los **convenios colectivos sectoriales serán prevalentes en materia salarial, pero no en cuanto a todas las retribuciones que se perciben en global**, puesto que el abono de las horas extraordinarias y la retribución del trabajo a turnos, seguirán siendo materia preferente del convenio empresarial.

Existen, sin embargo, **otros conceptos retributivos**, salariales o no, que se pueden recoger en el convenio sectorial, como los pluses de festivos, la antigüedad, de residencia, complementos por IT,... **cuya ausencia en el instrumento a nivel de empresa ocasiona muchas dudas**. Nos inclinaríamos a que podrían ser derechos que entran en la esfera de la persona trabajadora.

Entrada en vigor y periodo transitorio

Las disposiciones en materia de concurrencia de convenios colectivos entran en vigor el **31 de diciembre de 2021 y rige para todos los convenios que se registren a partir de esa fecha**.

En cuanto a su **aplicación a convenios vigentes antes de esa fecha**, la disposición adicional sexta de la reforma marca los siguientes parámetros:

1. Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley.

2. Las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras.

3. Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición.

En esta complicada redacción podemos diferenciar varias situaciones:

1. En primer lugar, y como norma general, los **convenios sectoriales pueden negociar con carácter preferente respecto a los de empresa, a partir de 31 de diciembre de 2021**, los conceptos salariales y sus complementos.
2. Como **excepción a esta regla**, los convenios de empresa mantendrán su prioridad aplicativa cuando hayan sido negociados antes de la firma de un convenio sectorial, durante el periodo de ultractividad del mismo o bien, en aquellos casos en los que no existe tal convenio sectorial.
3. Si los convenios **colectivos de empresa se suscribieron estando vigente un convenio sectorial**, el convenio de empresa **continúa siendo prevalente** frente al sectorial hasta agotar su vigencia y como máximo hasta el plazo de un año desde la entrada en vigor de la reforma laboral, esto es, **hasta 31 de diciembre de 2022**.

Los convenios colectivos en vigor disponen de 6 meses, hasta el **30 de junio de 2022, para adaptarse a la nueva situación.**

Por último, los derechos o condiciones más beneficiosos que las personas trabajadoras pudieran tener reconocidas, se han de respetar en esta adaptación de los convenios. Esto es, **este cambio en la prevalencia de los convenios sectoriales frente a los de empresa no puede suponer perjuicio alguno para las personas.** Ya adelantamos que esto va a ser fuente de no pocos conflictos.

3.2 Ultractividad

El último aspecto que abordamos es el de la ultractividad de los Convenios Colectivos cuando han sido denunciados una vez cumplido el período de vigencia para el que fueron acordados.

La solución ofrecida por el Gobierno de Rajoy en el año 2012 dispuso que transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se hubiera acordado uno nuevo o dictado un laudo arbi-

tral, salvo pacto en contrario, se aplicaría el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

En aquel momento se abrieron muchas interrogantes con estas modificaciones del ET. La más básica de índole jurídica consistía en definir lo que era un convenio de ámbito superior. Además, en la práctica, tal convenio de ámbito superior podría no existir, o en caso de existir no contemplar todas las condiciones de trabajo, o bien no suponía una mejora de las mismas, no sólo en el ámbito salarial, sino en el de otro tipo como en la jornada anual, los días de vacaciones, ...

A esta situación se le plantearon diferentes soluciones. Una de ellas articulada desde la propia negociación colectiva, y que consistía bien en ampliar el lapso temporal del año de ultractividad, bien establecer un período ilimitado de tiempo hasta que se acordara un nuevo convenio colectivo.

Cuando no era posible que la referencia del convenio colectivo de ámbito superior sirviera para definir las relaciones laborales (bien por hacerlo desde una óptica de conjunto de materias que no resultaban trasladables al convenio inferior, bien porque no existía o no fuera posible su aplicación), el Tribunal Supremo ofreció la solución jurídica de contractualizar las condiciones de trabajo de aquellos convenios colectivos ya no aplicables. Es decir, que se entendiera que las condiciones laborales se habían incorporado a la esfera de la persona trabajadora a través del contrato de trabajo. No resultó tarea sencilla, y abrió nuevos interrogantes, entre ellos, que su aplicación no era posible en ocasiones a la totalidad del colectivo operario.

La reforma laboral introduce dos grandes novedades en este aspecto:

- Salvo pacto en contrario, se establece la **vigencia temporal ilimitada de los convenios colectivos**.
- La obligación de someterse por las partes a mecanismos de **mediación y conciliación una vez pasado un año** desde la pérdida de vigencia inicial sin que se haya alcanzado un acuerdo sobre el nuevo convenio. La posibilidad de someterse a un procedimiento de **arbitraje queda limitada a la existencia de un pacto expreso** al respecto.

Periodo transitorio

La disposición transitoria séptima de la reforma laboral establece el régimen aplicable a los **convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor del real decreto-ley (31 de diciembre de 2021)**. Dice así:

Los convenios colectivos denunciados a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley, y en tanto no se adopte un nuevo convenio, mantendrán su vigencia en los términos establecidos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el presente real decreto-ley.

Es decir, el legislador opta por la **vigencia ilimitada** de los convenios colectivos incluidos los que estuvieran ya denunciados a fecha de entrada en vigor de la reforma laboral.

Quedan pendientes de ser resueltas en base a las interpretaciones que se den por parte de los tribunales tanto la situación de los convenios vigentes a 31 de diciembre de 2021 y que habían previsto cláusulas sobre la vigencia, así como la situación de aquellas personas al que se le han contractualizado las condiciones de trabajo.

