

# LAS REMISIONES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR PARTE DE LA REFORMA LABORAL

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Reforma laboral, RD-L 32/2021, negociación colectiva, contratos formativos, contratos temporales, contrato fijo-discontinuo

En una reforma laboral como la de 2021, fruto del diálogo social, es comprensible que la negociación colectiva desempeñe un importante papel regulador. Sin perder de vista la función garantista de la norma legal, los convenios colectivos constituyen instrumentos fundamentales para la adaptación de las condiciones de trabajo a las características y particularidades de cada sector de actividad y de cada empresa. El objetivo de nuestro estudio es identificar y valorar las remisiones expresas que el Real Decreto Ley 32/2021 hace a la negociación colectiva, las “llamadas” o “invitaciones” para que los convenios colectivos regulen y desarrollen determinados aspectos de las instituciones laborales que han sido reformadas, básicamente, en relación con los contratos formativos, los contratos temporales y el contrato fijo-discontinuo.

## ABSTRACT

**Key words:** Labor reform, RD-L 32/2021, collective bargaining, learning contract, temporary employment contract, permanent-discontinuous contract

In a labor reform like this of 2021, result of social dialogue, it's understandable that collective bargaining plays an important regulatory role. Without losing sight of the guarantee function of the legal norm, collective agreements are fundamental instruments for adapting working conditions to the characteristics and particularities of each sector of activity and each company. The objective of our study is to identify and assess the express referrals that Real Decreto-ley 32/2021 makes to collective bargaining, the “calls” or “invitations” for collective agreements to regulate and develop certain aspects of the labor institutions that have been reformed, basically, in relation to training contracts, temporary contracts and the fixed-discontinuous contract.

## INDICE

1. HETERONOMÍA ESTATAL Y AUTONOMÍA COLECTIVA: LAS RELACIONES ENTRE LEY Y CONVENIO COLECTIVO EN UN CONTEXTO DE REFORMA Y “MODERNIZACIÓN” DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. EL CONTRATO FORMATIVO Y SUS REMISIONES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 2.1. El contrato de formación en alternancia
  - 2.2. El contrato formativo para la obtención de práctica profesional
  - 2.3. La determinación de los puestos de trabajo y funciones adecuados al contrato formativo
  - 2.4. Presencia equilibrada de hombres y mujeres en los contratos formativos
  - 2.5. Cláusulas convencionales para mejorar la calidad del empleo de los trabajadores con contrato formativo
3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO
  - 3.1. Remisiones a la negociación colectiva en relación con el contrato temporal por circunstancias de la producción
  - 3.2. Remisiones a la negociación colectiva en relación con el contrato temporal por sustitución.
  - 3.3. Garantías de calidad y estabilidad en el empleo de los trabajadores temporales atribuidas a la negociación colectiva
  - 3.4. La supresión del contrato temporal para obra o servicio determinado y el caso particular del contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción
4. EL ARTÍCULO 16 ET Y LOS IMPORTANTES ESPACIOS DE REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO
  - 4.1. La regulación del derecho de llamamiento por la negociación colectiva
  - 4.2. La determinación convencional del período de inactividad del trabajador fijo-discontinuo entre subcontrataciones o concesiones administrativas
  - 4.3. Medidas convencionales a favor de la empleabilidad de los trabajadores fijos-discontinuos y la mejora de sus condiciones de trabajo
    - 4.3.1. Bolsa sectorial de empleo durante períodos de inactividad
    - 4.3.2. Contratación a tiempo parcial y censo anual de trabajadores fijos discontinuos
    - 4.3.3. Período mínimo de llamamiento e indemnización por fin de llamamiento
    - 4.4.4. Igualdad de trato en relación con derechos de conciliación
    - 4.4.5. Procedimientos convencionales de información de vacantes de carácter fijo ordinario
  - 4.5. Supuesto especial: regulación convencional de los fijos-discontinuos de ETTs
5. OTRAS REMISIONES LEGALES “CLÁSICAS” A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL NUEVO MARCO DE LA REFORMA LABORAL
  - 5.1. Derechos de representación colectiva de los trabajadores en los supuestos de subcontratación de obras y servicios
  - 5.2. Las “tablas salariales” y la preferencia aplicativa del convenio colectivo sectorial en materia retributiva
  - 5.3. Las cláusulas convencionales de jubilación forzosa

## 1. HETERONOMÍA ESTATAL Y AUTONOMÍA COLECTIVA: LAS RELACIONES ENTRE LEY Y CONVENIO COLECTIVO EN UN CONTEXTO DE REFORMA Y “MODERNIZACIÓN” DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

No existe una reserva material en la regulación de las condiciones de trabajo ni a favor de la norma estatal ni a favor de la negociación colectiva. Existe una concurrencia reguladora en las relaciones de trabajo entre la heteronomía estatal y la negociación colectiva. Tradicionalmente, y en esto no hay alteración alguna por parte de la reforma laboral de 2021, entre Ley (en sentido material, como sinónimo de norma de estatal, tanto de rango legal como reglamentario) y Convenio colectivo (como el principal instrumento regulador de la negociación colectiva) se han destacado tres tipos de relaciones.

En primer lugar, nos encontramos ante una *relación de complementariedad*, conforme a la cual, la norma estatal o bien se remite directamente a la negociación colectiva para que sea ésta la que regule una determinada materia por considerar más adecuada una regulación adaptada a las particularidades y características del sector de actividad o de la empresa; o bien se limita a establecer una regulación genérica que luego está llamada a ser concretada y especificada por la negociación colectiva. Entre otros ejemplos paradigmáticos, el artículo 22 ET, cuando hace una llamada para que sea la negociación colectiva la que defina su propio sistema de clasificación profesional, o el artículo 24 ET, cuando hace lo mismo respecto a los sistemas de promoción y ascenso.

En segundo lugar, la relación habitual entre Ley y Convenio ha sido la *relación de suplementariedad*. El presupuesto de base es que en el modelo social de Derecho del Trabajo, en el modelo clásico, muchos de los preceptos legales reguladores de las condiciones de trabajo y de empleo constituyen normas de *derecho necesario relativo*, que, a diferencia de las normas de derecho necesario absoluto (que se imponen en todos sus términos a la autonomía colectiva, e individual, de tal forma que la regla ha de cumplirse tal cual y no puede modificarse en ningún sentido), *tienen carácter de mínimos legales que pueden ser mejorados por la negociación colectiva*. De este modo, la Ley garantiza unas condiciones de trabajo con carácter de mínimo, pero invita a su eventual *mejora* por el convenio colectivo<sup>1</sup>. Por ejemplo, el artículo 34 ET (respecto a la fijación de una jornada máxima de trabajo de 40 horas semanales de promedio en cómputo anual, pero

<sup>1</sup> Normalmente, a favor de la parte contractual más débil: el trabajador. No obstante, como ya advertía en su momento todo un maestro, Borrajo Dacruz, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, 8ª edición, Madrid, 1995, página 235, y partiendo de la misma idea de que con las normas de derecho necesario relativo “el Estado garantiza un determinado bien y acepta que la autonomía de las partes colectivas establezca aquellas modificaciones que mejoren tal garantía”, admite que con frecuencia es a favor del trabajador (*principio pro operario*), pero otras veces la

permitiendo al convenio colectivo establecer, como mejora, una jornada máxima de trabajo inferior a dicho límite) o el artículo 38 ET (que fija con carácter de mínimo unas vacaciones anuales retribuidas de 30 días naturales, pero dejando abierta la posibilidad de, igualmente como mejora, su ampliación por convenio colectivo). El *principio de norma mínima* quedaría así garantizado mediante esta relación de suplementariedad. Las normas de derecho necesario (*relativo*, y por supuesto, también *absoluto*) constituirían los mínimos legales que en todo caso deberían de respetar los convenios colectivos.

Por último nos encontraríamos con una *relación de subsidiariedad* entre Ley y Convenio colectivo. Dicha relación es propia de los preceptos legales que tienen naturaleza de *derecho dispositivo*, esto es, son reglas alternativas a las que pudieran establecer los convenios colectivos, que, sin necesidad de respetar la regulación legal dispositiva, pueden “disponer” otra regulación distinta, tanto en sentido favorable como desfavorable a la prevista legalmente. La regulación legal solo resultaría de aplicación subsidiaria cuando no hubiera regulación convencional alguna, en defecto de regulación por convenio colectivo, con la finalidad de evitar un vacío de regulación. Se suele mencionar como ejemplo paradigmático la duración máxima legal del período de prueba que establece el artículo 14 ET, solo “en defecto de convenio colectivo”.

El hecho de que 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, sea fruto del diálogo social entre organizaciones sindicales y empresariales<sup>2</sup>, que a fin de cuentas son los sujetos negociadores, favorece aun más el que la negociación colectiva tenga un mayor protagonismo en la determinación y regulación de condiciones de trabajo que han sido expresamente modificadas por esta reforma laboral. De este modo, y como señala el mismo Punto III.b) de del Real Decreto-ley 32/2021, los convenios colectivos son “piezas clave en los sistemas democráticos” y “elementos fundamentales en la configuración de las dinámicas empresariales y productivas eficientes”. Y ello es así porque permiten “la adaptación de las condiciones de trabajo a las características del sector o de la empresa, porque aportan seguridad, porque disminuyen la conflictividad y también porque posibilitan una competencia

mejora que se acepta es, *precisamente*, la que conviene al interés de la situación empresarial o interés de la producción y de la economía en general (*principio pro empresa o del rendimiento*).

<sup>2</sup> La propia Exposición de Motivos de dicha norma, subraya en su punto I que “hay en esta ambiciosa reforma además otro elemento diferenciador con las anteriores, que permite concebir una mayor esperanza en su estabilidad y en la consecución de los efectos pretendidos. Los cambios están avalados por el diálogo social. Las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, tras un largo proceso negociador, acordaron junto con el Gobierno de la Nación las medidas contenidas en este real decreto-ley, dando así lugar a la primera reforma laboral de gran calado de la Democracia que cuenta con el respaldo del diálogo social”.

entre las empresas que gravita fundamentalmente en torno a la calidad del empleo y no en la reducción de los costes laborales”<sup>3</sup>. Otro objetivo fundamental de la modernización de la negociación colectiva, también expresamente declarado, es el *enriquecimiento de sus contenidos*.

De este modo, hay numerosas remisiones de los nuevos preceptos legales que incorpora la reforma a una posterior concreción y desarrollo por los convenios colectivos. Aunque en la mayoría de casos la remisión es genéricamente a la negociación colectiva, a los convenios colectivos, o simplemente al convenio colectivo de aplicación en la empresa, sin mayor especificación<sup>4</sup>, en muchas ocasiones, y en la misma línea que las restantes medidas de modernización y mayor “centralización” de la negociación colectiva que introduce la reforma<sup>5</sup>, dicha remisión es exclusivamente a convenios colectivos sectoriales<sup>6</sup>. Normalmente con una graduación o jerarquización, en primer lugar los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico, y en segundo lugar a los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior (básicamente, los de ámbito provincial)<sup>7</sup>. Incluso, hay que destacar cómo en ocasiones la remisión se hace incluso al acuerdo de empresa o al convenio colectivo de empresa<sup>8</sup>.

Lo cierto es que también se plantea un *problema de derecho transitorio*. Aunque la nueva regulación legal que introduce el Real Decreto-ley 32/2021 demande a la negociación colectiva un desarrollo y concreción de los nuevos contenidos, los convenios colectivos todavía en vigor, incluso los que se han negociado y

<sup>3</sup> Simultáneamente, como indica el Punto I de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, la reforma constituye además una oportunidad para “revertir aquellos instrumentos que han dificultado que la negociación colectiva contribuya a la mejora de las condiciones de trabajo”. Así proclama que se trata de “dar lugar a un marco normativo novedoso, descargado de lo que la práctica ha demostrado que no funciona, sobre el que sustentar un modelo de relaciones laborales más justo y eficaz”.

<sup>4</sup> Por ejemplo, los nuevos artículos del ET: 11.2.i); 11.3.e); 11.3.i); 11.6; 15.3 (párrafos 2 y 3); 15.6 (párrafos 1 y 2); 15.7 (párrafo 1); 15.8 (párrafos 1, 2 y 3); 16.6 (párrafo 1); o 42.8 (párrafo 2). Igualmente, el artículo 7.2 LISOS.

<sup>5</sup> El Punto IV.d) de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, destaca como una de las principales medidas de modernización de la negociación colectiva las necesarias modificaciones en “la relación entre convenios sectoriales y de empresa, asegurando las cautelas y garantías para que la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada. Asimismo, recupera el papel central y se fortalece el ámbito legítimo de actuación de los sujetos negociadores de los convenios colectivos”.

<sup>6</sup> Es el caso de los nuevos artículos del ET: 15.2 (párrafo 3); 16.4 (párrafo 2); o 16.5 (párrafos 1, 2 y 3).

<sup>7</sup> Como sucede con los nuevos artículos del ET: 11.3.c) o 11.4.e).

<sup>8</sup> En este sentido, lo nuevos artículos 16.3 (párrafo 1) ET y 16.7 ET. Igualmente, el nuevo artículo 10.3 LETT, que se remite a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las ETTs.

publicado recientemente, siguen refiriéndose al contrato para la formación y el aprendizaje, al contrato en prácticas, al contrato de obra o servicio determinado, al contrato eventual, al contrato de interinidad, al contrato fijo-discontinuo, etcétera, conforme a la anterior regulación legal y conforme al llamamiento y remisión que ésta hacía a su posterior regulación convencional<sup>9</sup>. La reforma laboral ha previsto un significativo número de Disposiciones Transitorias con las que pretende resolver los problemas derivados de la pervivencia de modalidades contractuales modificadas o desaparecidas en un marco legal regulador diferente. Así, se prevén reglas específicas para el régimen transitorio aplicable a los contratos formativos<sup>10</sup> y a los contratos temporales<sup>11</sup> concertados con anterioridad a la entrada en vigor

<sup>9</sup> De este modo, hay contratos que siguen siendo regulados por los convenios colectivos (incluso los más recientemente publicados) tras la entrada en vigor de la reforma laboral (el 30 de marzo de 2022) que ha modificado su régimen jurídico o incluso que han desaparecido legalmente. Por ejemplo, el Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE de 15 de enero de 2022), respectivamente, regula en su artículo 16 el contrato de obra o servicio determinado y en su artículo 17 el contrato eventual por circunstancias de la producción, considerando como “contrato eventual el que se concierta para atender exigencias circunstanciales del mercado o acumulación de tareas o pedidos, debiéndose consignar en el contrato, con suficiente precisión y claridad la causa o circunstancia que lo justifique” y estableciendo que “el período máximo dentro del cual se podrán realizar contratos eventuales por circunstancias de la producción será de doce meses en un periodo de dieciocho”.

<sup>10</sup> La Disposición Transitoria 1ª (Régimen transitorio aplicable a los contratos formativos vigentes) del Real Decreto-ley 32/2021, precisa que “los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje basados en lo previsto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del apartado uno del artículo primero, resultarán aplicables hasta su duración máxima, en los términos recogidos en el citado precepto”.

<sup>11</sup> La Disposición Transitoria 3ª (Régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada celebrados antes del 31 de diciembre de 2021) del Real Decreto-ley 32/2021 establece que aquellos *contratos para obra y servicio determinado* “basados en lo previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero, celebrados antes del 31 de diciembre de 2021”, así como los *contratos fijos de obra* “suscritos en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del VI Convenio Estatal de la Construcción, que estén vigentes en la citada fecha”, *resultarán aplicables hasta su duración máxima*. Asimismo, los contratos por obra o servicio determinado “celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, previstos en normas con rango de ley, vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años y que estén vigentes en la fecha señalada en el párrafo anterior, mantendrán su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo a su normativa de aplicación, con el límite máximo de tres años contados a partir de la citada fecha”. Respecto a los *contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos* y los *contratos de interinidad* basados respectivamente en lo previsto en el artículo 15.1.b) y c) del ET, celebrados según la redacción vigente antes de la entrada en vigor de la reforma laboral, *se regirán hasta su duración máxima por lo establecido en dicha redacción*. Pero además de ello, la Disposición Transitoria 4ª del Real Decreto-ley 32/2021 establece también un régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada celebrados desde el 31 de diciembre de 2021

de la reforma laboral. Respecto a la negociación colectiva, y en particular las modificaciones relativas a la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa frente al convenio colectivo sectorial, la reforma laboral será de aplicación para los convenios colectivos suscritos y presentados a registro con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021 cuando estos pierdan su vigencia expresa, con el límite máximo de un año a contar desde la reforma laboral<sup>12</sup>. De este modo, y puesto que la regla general es el mantenimiento de la anterior regulación mientras estén vigentes los contratos formativos y los contratos temporales (hasta su duración máxima prevista) celebrados al amparo de la anterior regulación, con anterioridad a la reforma laboral, análogamente cabe defender el mantenimiento de la regulación convencional anterior al Real Decreto-ley 32/2021, con las matizaciones relativas a las reglas de concurrencia de convenios colectivos y la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, siendo así de aplicación las nuevas reglas legales y las nuevas remisiones legales a la negociación colectiva solo a los convenios colectivos que se negocien y se firmen tras la entrada en vigor de la reforma laboral.

Sea como fuere, muchas de estas remisiones legales a la negociación colectiva no son para nada novedosas, pues ya estaban contempladas en la regulación precedente a la reforma, pero otras sí. En cualquier caso, en el presente estudio nos vamos a centrar en el análisis de las remisiones que la norma estatal realiza a la negociación para que sea ésta la que, en virtud de su función de adaptación de las condiciones de trabajo a las características del sector o de la empresa, concrete o desarrolle algunos aspectos reguladores, pero, eso sí, *solo las que introduce la denominada “reforma laboral de 2021”*, supongan una auténtica novedad o

hasta el 30 de marzo de 2022. En concreto, manifiesta que “los contratos para obra y servicio determinado y los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, celebrados desde el 31 de diciembre de 2021 hasta el 30 de marzo de 2022, se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha en que se han concertado y su duración no podrá ser superior a seis meses”.

<sup>12</sup> La Disposición Transitoria 6ª (Aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma) del Real Decreto-ley 32/2021, establece que “sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley”. No obstante, como garantía, recuerda que “las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras”. En cualquier caso, establece finalmente que “los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición”.

presenten una línea de continuidad con la anterior regulación legal. Por otro lado, es conveniente recordar que aunque no haya remisión legal expresa la autonomía colectiva de los sujetos negociadores permite que los convenios colectivos pueden regular cualquier condición de trabajo, pero nuestro estudio se circunscribe solo a aquellos casos en los que hay una “invitación legal” a que la negociación colectiva regule una determinada materia. Y por último, también debemos destacar que nuestro estudio no pretende un análisis de cómo la negociación colectiva regula efectivamente estas materias a las que se remite la norma estatutaria, no pretende estudiar los contenidos reguladores de los convenios colectivos (eso exigiría una extensión mucho mayor que la que modestamente constituye este estudio), sino que se limita a identificar y valorar cuáles son las nuevas remisiones legales a la negociación colectiva.

## **2. EL CONTRATO FORMATIVO Y SUS REMISIONES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

La reforma laboral ha modificado los contratos formativos regulados el artículo 11 ET dándoles una nueva configuración<sup>13</sup>, pero manteniendo sin apenas novedades las remisiones que dicho precepto legal realizaba a la negociación colectiva.

### **2.1. El contrato de formación en alternancia**

En primer lugar, lo que llama poderosamente la atención no es una remisión legal a la negociación colectiva, sino su ausencia. En concreto, que la duración de este contrato, a diferencia de lo que ocurría con el contrato para la formación y el aprendizaje, no permite ser concretada o matizada por los convenios colectivos en atención a sus particularidades sectoriales.

No obstante, en una línea de continuidad con la anterior regulación, se mantienen algunas “llamadas” a la negociación colectiva. En primer lugar, en relación con la *jornada de trabajo*. El nuevo artículo 11.2.i) ET cuando se refiere al tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas en el centro de formación, y precisamente para garantizar ese componente formativo, establece que dicho tiempo de trabajo efectivo “no podrá ser superior al 65 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento, durante el segundo, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo de aplicación en la empresa, o, en su defecto, de la jornada máxima legal”. En segundo lugar, en

<sup>13</sup> Dichas modificaciones entran en vigor el 30 de marzo de 2022 (a los tres meses de su publicación en el BOE), tal y como establece la Disposición Final 8.2.a) del Real Decreto-ley 32/2021.



relación con la *retribución* del trabajador en formación en alternancia, el artículo 11.2.m) ET recuerda que su retribución será “la establecida para estos contratos en el convenio colectivo de aplicación”, aunque en defecto de previsión convencional, la retribución no podrá ser inferior al 60 por ciento el primer año ni al 75 por ciento 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”. Eso sí con una garantía última: “en ningún caso la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo”.

## 2.2. El contrato formativo para la obtención de práctica profesional

La duración del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios puede ser concretada y especificada por los convenios colectivos, dentro de los límites legales de duración mínima y duración máxima. De este modo, el artículo 11.3.c) ET, precisa que, respetando los límites legales de la duración de este contrato (que también han sido modificados, que no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de un año) “los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o autonómico, o en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar su duración, atendiendo a las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar”. Se mantiene prácticamente en los mismos términos la misma remisión legal a la negociación colectiva para la concreción de la duración del contrato formativo para la obtención de práctica profesional. Tan solo se ha introducido una mención expresa al convenio colectivo sectorial de ámbito autonómico, destacando así, aunque sea formalmente, el convenio autonómico, de cualquier otro convenio colectivo sectorial de ámbito inferior al estatal, y en cierto modo, equiparándolo al convenio colectivo estatal. De hecho, el convenio colectivo sectorial de ámbito autonómico se presenta así, en la concreción de la duración de los contratos formativos para la obtención de práctica profesional dentro de los límites legales, como una alternativa al convenio colectivo sectorial estatal, como expresa la disyuntiva “o”.

Respecto a la duración del período de prueba que se pueda pactar para el contrato para la obtención de práctica profesional (tal posibilidad no existe para el contrato formativo en alternancia), el nuevo artículo 11.3.e) ET determina que “en ningún caso podrá exceder de un mes, salvo lo dispuesto en convenio colectivo”. Se mantiene este precepto como *norma de derecho dispositivo*. Prevalece lo dispuesto en convenio colectivo en cuanto a la duración del período de prueba del contrato formativo para la obtención de práctica profesional. Lo que sí que desaparece en la regulación estatutaria es la diferenciación máxima del período de prueba en función del nivel de estudios (uno o dos meses). Ahora es en todo caso, subsidiariamente, en defecto de regulación convencional, de un mes como máximo.

Por último, en materia retributiva, el nuevo 11.3.i) ET establece que “la retribución por el tiempo de trabajo efectivo será la fijada en el convenio colectivo aplicable en la empresa para estos contratos o en su defecto la del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas”. Igualmente, como garantía adicional, precisa que “en ningún caso la retribución podrá ser inferior a la retribución mínima establecida para el contrato para la formación en alternancia ni al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo”. De este modo, en materia retributiva, el precepto estatutario se remite al convenio colectivo, que bien puede establecer específicamente el salario correspondiente al contrato formativo para la obtención de práctica profesional; o bien no, en cuyo caso la retribución sería directamente la del nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas. Ello posiblemente suponga la incorporación de cláusulas retributivas específicas para los contratados para la obtención de práctica profesional, por supuesto en mucha mayor medida que antes, pues de lo contrario la retribución del trabajador en formación práctica sería idéntica a la de cualquier otro trabajador que desempeñe las mismas funciones. En cualquier caso, el convenio colectivo cuenta con un límite retributivo mínimo que viene determinado por referencia (1) en primer lugar, con la retribución que pudiera tener establecida el convenio colectivo para un trabajador contratado en alternancia, pero con la disfuncionalidad de que si el convenio colectivo no previera retribución específica para éstos, sería un 60 por 100 el primer año o un 75 por 100 el segundo año del salario correspondiente al grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas y en función del tiempo de trabajo efectivo, lo que no encaja en la duración máxima de un año del contrato para la obtención de práctica profesional; y (2) en segundo lugar, se toma como retribución mínima el salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

### **2.3. La determinación de los puestos de trabajo y funciones adecuados al contrato formativo**

El nuevo artículo 11.4 ET (Normas comunes al contrato formativo), en su apartado e), manifiesta que mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal, autonómico o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo, tanto para el supuesto de alternancia como para el supuesto de obtención de práctica profesional (antes de la reforma se preveía una remisión idéntica para el contrato en prácticas). Hay que subrayar el hecho de que el precepto estatutario solo se remite a la negociación colectiva sectorial. No se mencionan, al contrario, se entienden excluidos los convenios colectivos de empresa de la posibilidad de determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales adecuados para el desempeño mediante un contrato formativo. En cualquier caso, y

con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2022, esta remisión legal a la negociación colectiva ya era incorporada en el contenido de numerosos convenios colectivos<sup>14</sup>.

#### **2.4. Presencia equilibrada de hombres y mujeres en los contratos formativos**

El artículo 11.6 ET, que transcribe literalmente lo que antes prescribía el artículo 11.4 ET, sigue encomendando a la negociación colectiva la fijación de “criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos”. Parece que se trata de un imperativo (“en la negociación colectiva se fijarán”), de una remisión legal al convenio colectivo.

#### **2.5. Cláusulas convencionales para mejorar la calidad del empleo de los trabajadores con contrato formativo**

El mismo artículo 11.6 ET, y en los mismos términos que en la anterior redacción del correspondiente precepto, también atribuye a la negociación colectiva la posibilidad (“podrán” dice literalmente el norma estatutaria) de establecer “compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido”. Se trata, por tanto de una remisión débil, que confía en la libertad negocial de los sujetos negociadores y en su responsabilidad, y que tiene como finalidad animar, incentivar, estimular o promocionar legalmente con esa “llamada de atención” la inclusión de cláusulas convencionales con compromisos de estabilidad en el empleo de los trabajadores con contratos formativos. Por tanto, que la negociación colectiva pueda incorporar compromisos de transformación de estos contratos formativos, por definición, temporales, en contratos indefinidos, va a depender en última instancia de la autonomía reguladora de los sujetos negociadores, y de su voluntad.

<sup>14</sup> Sirva como ejemplo ilustrativo el Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE de 11 de junio de 2021), que en su artículo 17 (Contratos de trabajo en prácticas) establece “la posibilidad de utilizar este tipo de contratación para el personal de estructura, incluido en el Grupo Profesional III del presente convenio” y que “igualmente será posible la contratación en prácticas del personal de estructura perteneciente al Grupo Profesional II, siempre que los conocimientos requeridos para el puesto de trabajo de que se trate, sean objeto de una específica formación profesional de grado medio o superior o titulación oficialmente reconocida como equivalente”; y que en su artículo 18 (Contratos para la formación) precisaba que “podrá contratarse bajo esta modalidad, al personal incluido en el Grupo Profesional I, con excepción del recadero/a, limpiador/a, mozos de almacén y manipulador/a de mercancía (con un año de antigüedad)”, aclarando que “la duración máxima de estos contratos será de dos años para funciones de Oficial y de seis meses para el resto”.

### **3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO**

La contratación temporal causal o estructural queda reducida a dos modalidades contractuales: el contrato de duración determinada *por circunstancias de la producción* (el anteriormente conocido como contrato eventual) y el contrato de duración determinada *por sustitución de persona trabajadora* (el anterior contrato de interinidad)<sup>15</sup>.

#### **3.1. Remisiones a la negociación colectiva en relación con el contrato temporal por circunstancias de la producción**

La única remisión a la negociación colectiva que encontramos respecto del contrato temporal por circunstancias de la producción es en relación con la duración máxima de dicho contrato. Dicha previsión no es nada novedosa, pues la anterior regulación ya contenía una regla similar. Tras la reforma, el artículo 15.2 (párrafo 3) ET precisa que “cuando el contrato de duración determinada obedezca a estas circunstancias de la producción, su duración no podrá ser superior a seis meses”, pero “por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año”. En cualquier caso, cuando el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida “podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima”. Encontramos pocas diferencias con la anterior regulación. Tan solo se observa una simplificación y una mayor sencillez en su formulación, pues antes se combinaba la duración máxima del contrato eventual con un periodo de tiempo que se tomaba como referencia y dentro del cual se insertaba la duración del contrato.

#### **3.2. Remisiones a la negociación colectiva en relación con el contrato temporal por sustitución**

El contrato temporal por sustitución puede celebrarse para la sustitución de un trabajador con derecho a reserva de puesto de trabajo, pero además, la nueva regulación contenida en el artículo 15.3 ET permite que el contrato de sustitución pueda concertarse para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo. Por tanto, cuando el convenio colectivo tenga previstas otras causas de reducción de la jornada de trabajo, éstas justificarían igual que las legales el recurso a la contratación de un trabajador en sustitución de la parte de la jornada reducida.

<sup>15</sup> Conforme a la Disposición Final 8.2.b) del Real Decreto-ley 32/2021, tales modificaciones del artículo 15 ET entran en vigor el 30 de marzo de 2022 (a los tres meses de su publicación en el BOE).

Por otro lado, el mismo precepto también prevé que el contrato de sustitución pueda ser celebrado para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo (lo que antes se conocía como “interinidad por vacante”), sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, *o el plazo inferior recogido en convenio colectivo*. Dicha regla tiene carácter de derecho necesario relativo, por lo que el convenio colectivo tan solo podrá establecer una duración del contrato de sustitución (se entiende que coincidente con la estimación de la duración del proceso de selección externa o promoción interna) necesariamente inferior a 3 meses. Dicha remisión legal a la negociación colectiva configuraría una relación de suplementariedad entre ley y convenio colectivo.

### **3.3. Garantías de calidad y estabilidad en el empleo de los trabajadores temporales atribuidas a la negociación colectiva**

La primera garantía que encontramos para el cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos temporales (también aplicable al contrato formativo, por naturaleza temporal) es de naturaleza sancionadora. El 7.2 LISOS sigue considerando tras la reforma laboral, exactamente igual que su precedente, como infracción administrativa grave la transgresión de la normativa sobre contratos de duración determinada y temporales y su eventual utilización en fraude de ley, o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, *o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva*. De este modo, se sigue reconociendo al convenio colectivo un importante papel regulador de los contratos temporales, y así el incumplimiento de tales cláusulas convencionales es equiparado al incumplimiento de preceptos legales reguladores de la contratación temporal. La única novedad que incorpora la reforma es la consideración de “una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas”. Nada más.

Pero lo más relevante es que el mismo artículo 15 ET prevé una serie de medidas con las que se quiere dotar al empleo temporal de una adecuada calidad, medidas respecto de las que se hace un llamamiento a la negociación colectiva para su concreción y desarrollo.

De este modo, el 15.6 ET, reconoce que lo trabajadores temporales tendrán los mismos derechos que los trabajadores fijos, aunque ello sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. No obstante, establece que cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias *y en los convenios colectivos* de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. En particular, cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias

y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador esta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación. Por tanto, además de las propias normas estatales, reconoce que la negociación colectiva puede introducir diferentes condiciones de trabajo para trabajadores temporales y fijos cuando las mismas dependan y estén vinculadas a la duración del contrato o al tiempo trabajado o antigüedad.

Para garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores temporales, la negociación colectiva puede regular los procedimientos y los medios por los que la empresa debe informar a los trabajadores temporales (incluidos los trabajadores con contrato formativo) sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que las demás personas trabajadoras. Tal y como señala el artículo 15.7 ET, esta información podrá facilitarse “mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información”. En esto no hay aportación ni novedad alguna de la reforma laboral de 2021, pues transcribe en los mismos términos lo que expresaba el anterior precepto.

Por otro lado, en relación con los planes de reducción de la temporalidad y la determinación de los criterios objetivos de conversión de los contratos temporales en contratos indefinidos, el actual artículo 15.8 ET si que modifica sustancialmente la redacción de su precedente. De este modo, dispone que los convenios colectivos *podrán* establecer planes de reducción de la temporalidad, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa, criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, así como fijar porcentajes máximos de temporalidad<sup>16</sup> y las consecuencias derivadas del

<sup>16</sup> Cosa que ya venían haciendo numerosos convenios colectivos. Es el caso, entre otros muchos, del artículo del 18 del VII Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio (BOE de 21 de septiembre de 2018), cuando bajo la rúbrica “Estabilidad en el empleo”, dispone que “a fin de fomentar la contratación indefinida y de dotar de una mayor estabilidad a los contratos vigentes, se acuerda que todas las empresas afectadas por el presente convenio tendrán un 80% de personal, sobre la plantilla mínima que legalmente le sea exigida en cada situación, con contratos indefinidos y durante toda la vigencia de este convenio. En el caso de empresas de nueva creación tendrán que alcanzarse los siguientes porcentajes: A la finalización del primer año de actividad, el 60 %; A la finalización del segundo año de actividad, el 80 %. En consecuencia, los porcentajes máximos de contratación temporal, en cualquiera de las modalidades previstas en el presente convenio, serán del 20%, con excepción del primer año de actividad en el caso de las empresas de nueva creación que será del 40%. Quedan exceptuados de este cómputo los contratos de interinidad, en prácticas y para la formación y el aprendizaje. Para dar efectividad al cumplimiento del porcentaje acordado en este apartado, las

incumplimiento de los mismos. Igualmente, y con ese objetivo de transformar empleo temporal en empleo indefinido, “los convenios colectivos podrán establecer criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición”. Este llamamiento de la norma estatutaria a una posterior regulación de los planes de estabilidad y reducción de la temporalidad contribuyen a un importante enriquecimiento y ampliación de los contenidos de los convenios colectivos, pero queda ensombrecida por configurarse como una mera posibilidad, eso sí, a la que alude expresamente la ley.

El resto de este precepto legal, cuando, en aras a una mayor estabilización y una mayor empleabilidad, alude al derecho de los trabajadores temporales a la formación profesional, se trata de una simple reproducción de lo que ya se prescribía con anterioridad a la reforma, que “los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales”.

### **3.4. La supresión del contrato temporal para obra o servicio determinado y el caso particular del contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción**

Del artículo 15 ET ha desaparecido toda referencia al contrato para obra o servicio determinado. Los únicos contratos temporales causales son el contrato por circunstancias de la producción y el contrato por sustitución. Por ello, llama la atención la falta de concordancia que sigue presentando la Disposición Adicional 3ª ET (Negociación colectiva y contrato fijo de obra), cuando sigue refiriéndose a un inexistente artículo 15.1.a) ET, a un contrato temporal para obra o servicio determinado, que “se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la Disposición Adicional 3ª de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. Con dicha norma se permitía la intervención de la negociación colectiva para adaptar el contrato por obra o servicio determinado mediante fórmulas que garantizaran mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores<sup>17</sup>. Sin embargo, de la nueva redacción de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 32/2006

empresas que no lo cumplan transformarán los contratos temporales necesarios en indefinidos hasta completar el porcentaje acordado, por orden de mayor antigüedad, excluyendo los contratos interinos para sustitución de personal. Para calcular el cumplimiento del porcentaje acordado en este apartado, se tomará como referencia el número de puestos de trabajo ocupados de forma continua en el año inmediatamente anterior”.

<sup>17</sup> Vid. Aragón Gómez, C.: “Del contrato fijo de obra al contrato indefinido adscrito a obra. Un cambio meramente estético a efectos estadísticos”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm. extraordinario: La reforma laboral de 2021, enero, 2022, página 52.

(Extinción del contrato indefinido por motivos inherentes a la persona trabajadora en el sector de la construcción) se desprende que el contrato adscrito a obra sería indefinido<sup>18</sup>, y ante la finalización de la obra la empresa tendría la obligación de ofrecer al trabajador una propuesta de recolocación, previo proceso de formación, si fuera necesario. Precisamente en su punto 2 (párrafo 3) se precisa que “la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción determinará los requisitos de acceso, duración y modalidades de formación adecuadas según las cualificaciones requeridas para cada puesto, nivel, función y grupo profesional”.

#### **4. EL ARTÍCULO 16 ET Y LOS IMPORTANTES ESPACIOS DE REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO**

La reforma laboral de 2021 potencia y revaloriza el contrato fijo-discontinuo. En cierto modo, lo que está detrás de la reforma es sustituir algunas modalidades de trabajo temporal por trabajo indefinido fijo-discontinuo<sup>19</sup>. Y precisamente en relación con el contrato fijo-discontinuo (en el que quedan también subsumidos los anteriores trabajadores fijos-periódicos) el nuevo artículo 16 ET<sup>20</sup> contiene numerosas remisiones legales para regular muchos de sus derechos y de sus condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva. El propio punto IV.3 de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, proclama que la nueva regulación del artículo 16 ET “asegura, además, la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del contrato a través de una mejora de la información sobre la jornada y los períodos de actividad en el contrato de trabajo, otorgando un papel fundamental a la negociación colectiva, entre otros, en relación con régimen

<sup>18</sup> La Disposición Adicional 3ª de la Ley 32/2006, en su punto 1 (párrafo 2) aclara que “tendrán la consideración de contratos indefinidos adscritos a obra aquellos que tengan por objeto 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”.

<sup>19</sup> Como el propio Punto IV de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021 refleja, destaca entre sus novedades las “modificaciones relativas a la modernización y simplificación de las modalidades de contratación que permitan superar la segmentación injustificada del mercado de trabajo, así como las tasas de temporalidad, en especial las asociadas con personas jóvenes, respondiendo de manera plena y efectiva a las exigencias de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, mejorando la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando la aplicación del principio de no discriminación, y estableciendo un marco para impedir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”.

<sup>20</sup> Cuya nueva redacción, según la Disposición Final 8.2.c) del Real Decreto-ley 32/2021, entra en vigor el 30 de marzo de 2022 (a los tres meses de su publicación en el BOE).



de llamamiento o la formación y mejora de empleabilidad de las personas fijas discontinuas durante los periodos de inactividad”.

#### **4.1. La regulación del derecho de llamamiento por la negociación colectiva**

Ya la anterior regulación se remitía a los convenios colectivos para determinar “el orden y la forma” en la que debían de ser llamados los trabajadores fijos-discontinuos para el inicio de su actividad laboral. Era (y sigue siendo) un contenido clásico de aquellos convenios colectivos con una mayor recurrencia y utilización del contrato fijo discontinuo<sup>21</sup>. El actual artículo 16.3 ET llama la atención por varias

<sup>21</sup> Tales cláusulas convencionales son muy frecuentes en la negociación colectiva. Sirva como ejemplo ilustrativo el artículo 21.1 del Convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz (BOE de 15 de enero de 2022), que establece que “las personas trabajadoras fijas-discontinuas serán llamadas al trabajo por estricto orden de antigüedad dentro del nivel y especialidad. Se entiende por especialidad la planta de producción o de destino (molino, planta de vaporizado, envasado, platos cocinados, almacenamiento, tratamiento de subproductos, tratamiento de cenizas, etc.). Así mismo irán cesando en el trabajo según el orden de menor a mayor antigüedad en la misma. Igualmente, el artículo 25 del Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería 2019-2021 (BOE de 2 de octubre de 2019), que tras reconocer “la particularidad del sector al tener una actividad estacional o cíclica”, manifiesta que “la prestación de servicios de los fijos discontinuos irá en función de las necesidades productivas de las empresas, debiéndose fijar en el contrato el mes de previsible comienzo y final de cada periodo o ciclo estacional de producción. La empresa, dentro del mes previsible de inicio de la campaña fijada en contrato, deberá preavisar o llamar a las personas que necesite con una antelación mínima de 15 días. Una vez iniciada la prestación de servicios y conforme la empresa en función de sus necesidades productivas requiera más personas estas deberán ser llamadas con una antelación mínima de 3 días. Si una persona fuese llamada para prestar sus servicios y no acudiese a trabajar ni justificase debidamente dicha ausencia con antelación a la fecha de incorporación al trabajo, causará baja voluntaria automáticamente extinguiéndose su contrato de trabajo con la empresa. Si al ser llamado estuviese prestando servicios en otra empresa, y justifique dicha circunstancia debidamente y con antelación suficiente, se le concederá un nuevo plazo de preaviso a los efectos de que pueda extinguir o suspender su relación con la otra empresa cumpliendo con los plazos de preaviso correspondientes, y ello sin perjuicio de que la empresa pueda llamar a los siguientes en la lista de llamamiento. Si no se presentase después del nuevo plazo de preaviso, causará baja voluntaria automáticamente extinguiéndose su contrato de trabajo a todos los efectos”. También recuerda que “el orden de llamada de las personas contratadas bajo esta modalidad contractual se realizará de conformidad con las necesidades productivas de la empresa en función de la antigüedad en la contratación y por secciones productivas de la propia empresa, produciéndose el cese en sentido inverso conforme vaya descendiendo la actividad productiva para la que fueron contratadas. De las listas u orden de llamamiento se entregará copia a los representantes sindicales. Los puestos de trabajo de jefaturas de sección y encargados/as podrán tener un llamamiento previo de como mínimo una semana”. Finalmente, y como garantía, dispone que “mientras no estén prestando servicio todos los contratos fijos-discontinuos, la empresa no podrá contratar personal eventual de la misma sección y especialidad”. Por último, el artículo 20 del Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE de 11 de junio de 2021), establece que el orden y la forma del llamamiento

cuestiones. En primer lugar, ya *no es solo el convenio colectivo*, sino también, en ausencia de regulación convencional, *los acuerdos de empresa* (sorprendente en el contexto general de *re-centralización* de la negociación colectiva), los que pueden determinar las reglas específicas por las que se regulará el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos<sup>22</sup>. En concreto, manifiesta que “mediante convenio

de las personas trabajadoras fijas-discontinuas, será el siguiente: las personas trabajadoras serán llamadas cada vez que se vayan a llevar a cabo las actividades para las que fueron contratadas, y su llamamiento se hará de manera gradual en función de las necesidades que exija en cada momento el volumen de trabajo a desarrollar dentro del periodo de inicio de las campañas promocionales o ciclos productivos, salvo fuerza mayor debidamente constatada. El llamamiento se efectuará por orden de antigüedad de las personas trabajadoras en la empresa, atendiendo a las necesidades de trabajo y se hará por grupos de personas trabajadoras de las distintas zonas geográficas establecidas en cada empresa suficiente para completar un pedido realizado por un cliente. Producido el llamamiento, el trabajador está obligado a su incorporación al trabajo. La empresa se obliga en ese periodo de tiempo que se marca como de inicio de campaña a comenzar la actividad en la misma, salvo supuestos de causa de fuerza mayor debidamente constatada. El cese de las personas trabajadoras fijas discontinuas se hará de forma gradual y de acuerdo con el decrecimiento de la actividad de la empresa, y de forma rotatoria por grupos de personas trabajadoras, de tal forma que, el primero en ser contratado, será también el primero en cesar en el trabajo, procurándose así que todas las personas trabajadoras fijas discontinuas presten en la empresa un número igual de días dentro de cada campaña o ciclo de producción. No obstante lo anterior, en los supuestos en los que un trabajador esté vinculado a una acción concreta e individual contratada por un cliente, el cese parcial del contrato de un cliente afectará exclusivamente a la/s persona/s que tengan asignado ese servicio individualmente. Así pues, solo en estos casos, no se tendrá en cuenta el orden de incorporación de las personas trabajadoras. Las obligaciones específicas de las personas trabajadoras fijas-discontinuas consistirán en acudir al trabajo cada vez que sean llamadas al mismo para efectuar las labores objeto de su contratación. El incumplimiento de esta obligación durante tres llamamientos, sin justificación por parte del mismo será causa válida de extinción del contrato de trabajo.

<sup>22</sup> Se ha tratado de buscar una explicación a esta contradicción en el mismo hecho de la ambivalencia que presenta la remisión legal a la negociación, pues debemos de enfrentarnos con el problema que supondría que efectivamente el convenio colectivo no regulara dicha materia, produciéndose un vacío de regulación. En este mismo sentido, recuerda Goerlich Peset, J.M.: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm. extraordinario: La reforma laboral de 2021, enero, 2022, página 60, que esa amplitud de materias que se reenvían por las normas legales a la negociación colectiva presentan ventajas e inconvenientes. Por un lado “se abre la posibilidad de adaptabilidad del contrato fijo-discontinuo a múltiples situaciones, con base en el diálogo social”; pero por otro lado “no deja de plantear problemas en los casos en los que los convenios colectivos no dicen suficiente de las diferentes materias”. Y tal vez por ello, la reforma laboral ha ampliado las posibilidades de regulación por la negociación colectiva, posibilitando que en defecto de convenio colectivo sea regulado por acuerdo de empresa. En cualquier caso, como señala en la página 68, a falta de uno y otro, de convenio colectivo y de acuerdo de empresa, habrá que pensar en la aplicación de la costumbre “que estará muy presente en algunos ámbitos más tradicionales de trabajo fijo-discontinuo”; “más si esto es así, habrá que pensar igualmente en la posibilidad

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”. En segundo lugar, el nuevo precepto introduce requisitos y condicionantes (que antes no se preveían expresamente) a los que habrá de ajustarse la negociación colectiva. De este modo se establece que “en todo caso, el llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada”.

#### **4.2. La determinación convencional del período de inactividad del trabajador fijo-discontinuo entre subcontrataciones o concesiones administrativas**

El nuevo art. 16.4. ET recuerda que cuando la contratación fija-discontinua se justifique por la celebración de contrata, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones. Y es precisamente en estos supuestos en los que “los convenios colectivos sectoriales podrán determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses”. Se trata nuevamente de una regla de derecho dispositivo. La previsión legal de 3 meses del período de inactividad, de ese período de espera de recolocación entre subcontrataciones o concesiones administrativas, solo se aplicaría en caso de vacío de regulación, solo en defecto de convenio colectivo (de regulación específica del convenio colectivo). Por tanto, en este caso existe una relación de subsidiariedad entre ley y convenio. El convenio colectivo puede establecer la duración de dicho período de actividad con absoluta autonomía, tanto estableciendo un período superior como un período inferior al que de forma alternativa y subsidiaria ofrece la norma estatutaria.

#### **4.3. Medidas convencionales a favor de la empleabilidad de los trabajadores fijos-discontinuos y la mejora de sus condiciones de trabajo**

##### *4.3.1. Bolsa sectorial de empleo durante períodos de inactividad*

Con el objetivo de mejorar la empleabilidad de los trabajadores fijos discontinuos, el artículo 16.5. ET manifiesta expresamente que “los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán establecer una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas fijas-discontinuas durante los periodos de inactividad, con el objetivo de favorecer su contratación y su formación continua

de que los contratos individuales fijen pactos respecto al funcionamiento al llamamiento, incluyo diferentes a los que resulten de la costumbre”.

durante estos”. Y claro está, ello sin perjuicio de las obligaciones en materia de contratación y llamamiento efectivo de cada una de las empresas.

#### *4.3.2. Contratación a tiempo parcial y censo anual de trabajadores fijos discontinuos*

Igualmente, indica el citado artículo que los convenios colectivos sectoriales *podrán* acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, “la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos, y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo”. La primera remisión ya estaba recogida por el anterior artículo 16.4 ET<sup>23</sup>.

#### *4.3.3. Período mínimo de llamamiento e indemnización por fin de llamamiento*

Asimismo, el mismo precepto señala que los convenios colectivos sectoriales *podrán* establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras, cuando este coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento<sup>24</sup>.

#### *4.3.4. Igualdad de trato en relación con derechos de conciliación*

Por su parte, el artículo 16.6. ET recuerda que las personas trabajadoras fijas-discontinuas no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos. Del mismo modo, las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

<sup>23</sup> Por cierto, llama poderosamente la atención que haya desaparecido de la norma estatutaria la referencia que este anterior artículo 16.4 ET hacía a que los convenios colectivos sectoriales pudieran acordar “los requisitos y especialidades para la conversión de los contratos temporales en contratos fijos-discontinuos”.

<sup>24</sup> Respecto a esta atribución reguladora únicamente a los convenios colectivos sectoriales, Goerlich Peset, J.M.: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *op. cit.*, página 61, no “acaba de ver” por qué un convenio de empresa o incluso un acuerdo informal en este ámbito no puede establecer ese período mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento, pues “después de todo, son derechos legalmente inexistentes y, a falta de regulación sectorial, su establecimiento bien puede venir amparado por el principio de norma mínima”.

#### 4.3.5. *Procedimientos convencionales de información de vacantes de carácter fijo ordinario*

Finalmente, el artículo 16.7 ET, manifiesta que la empresa deberá informar a las personas fijas-discontinuas<sup>25</sup> y a la representación legal de las personas trabajadoras sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario, de manera que aquellas puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, de conformidad con los procedimientos que establezca el convenio colectivo sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa. Algunos convenios colectivos anteriores a la reforma incluso ya establecían reglas específicas como preferencias para la conversión de contratos fijos discontinuos en contratos fijos ordinarios, ya sean a tiempo completo a tiempo parcial<sup>26</sup>. En todo caso, el incumplimiento de esta previsión que pudiera contener el convenio colectivo, el no informar a los trabajadores fijos-discontinuos conforme establece el convenio colectivo sobre las vacantes existentes en la empresa, constituiría una infracción administrativa leve (artículo 6.5 LISOS, tras la nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 32/2021).

#### 4.4. **Supuesto especial: regulación convencional de los fijos-discontinuos de ETTs**

Con la reforma laboral se da también una nueva redacción al artículo 10.3 LETT, precisando que las empresas de trabajo temporal, al contrario de lo que había reconocido la jurisprudencia<sup>27</sup>, *podrán celebrar contratos de carácter fijo-discontinuo para la cobertura de contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias*, en los términos previstos en el artículo 15 ET, coincidiendo en este caso los periodos de inactividad con el plazo de espera entre dichos contratos. En este supuesto, *las referencias efectuadas*

<sup>25</sup> Reglas similares prevén el artículo 12.4.d) ET para los trabajadores a tiempo parcial y el artículo 15.7 ET para los trabajadores temporales.

<sup>26</sup> El ya citado artículo 20 (Contratos fijos discontinuos) del Convenio colectivo nacional para las empresas dedicadas a los servicios de campo, para actividades de reposición y servicios de marketing operacional (BOE de 11 de junio de 2021) establece que “las personas trabajadoras con contrato de trabajo fijo discontinuo con una antigüedad en la empresa superior a dos temporadas tendrán derecho preferente a ocupar los puestos de trabajo fijos ordinarios a tiempo completo o a tiempo parcial que se produzcan en el centro de trabajo en el mismo puesto de trabajo”.

<sup>27</sup> Así, la STS de 20 de julio de 2020 (ROJ: STS 3102/2020) negaba que las ETTs pudieran celebrar contratos indefinidos fijos-discontinuos con sus trabajadores puestos a disposición de empresas usuarias. Su principal argumento era que no cabía calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal (a tenor del artículo 6.1 LETT) y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad.

en el artículo 16 ET a la negociación colectiva se entenderán efectuadas a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las empresas de trabajo temporal. Estos convenios colectivos podrán, asimismo, fijar una garantía de empleo para las personas contratadas bajo esta modalidad. Esta solución legal contrasta con el hecho de que el artículo 11.1 LETT reconoce que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a la aplicación de las condiciones esenciales de trabajo y empleo que les corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto, y por tanto les será de aplicación el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, sea éste sectorial o de empresa. La excepción la constituye esta regulación específica de los contratos fijos-discontinuos que pudieran concertar la ETTs<sup>28</sup>.

## **5. OTRAS REMISIONES LEGALES “CLÁSICAS” A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL NUEVO MARCO DE LA REFORMA LABORAL**

### **5.1. Derechos de representación colectiva de los trabajadores en los supuestos de subcontratación de obras y servicios**

En materia de subcontratación de obras y servicios se habían planteado importantes dudas interpretativas respecto a cual sería el convenio colectivo sectorial aplicable a las denominadas *empresas multiservicios*.<sup>29</sup> Con la reforma laboral se resuelve este debate. El nuevo artículo 42.6 ET dispone que “el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”.

<sup>28</sup> Respecto a ello, Goerlich Peset, J.M.: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *op. cit.*, página 66, considera que “probablemente sea razonable pues solo la negociación en este marco puede comprender las necesidades organizativas de las ETT y atender las correspondientes especialidades”.

<sup>29</sup> Sobre este tema, *vid.* el análisis exhaustivo y detallado que se realiza en el seno del Observatorio de la Negociación Colectiva, VV.AA. (Coords.: C.L. Alfonso Mellado; M.A. Almendros González; J. Cruz Villalón; A. Esteve Segarra; A. Merino Segovia; J.L. Monereo Pérez; A.B. Muñoz Ruiz y J.B. Vivero Serrano): *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Lefebvre - El Derecho, Madrid, 2018.

Respecto a estos procesos de subcontratación empresarial y descentralización productiva no existe más remisión legal expresa que en relación con los derechos de representación colectiva de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas o subcontratistas. En particular, el artículo 42.8 ET hace un llamamiento a *los convenios colectivos de aplicación* para que también sean estos los que determinen “la capacidad de representación y ámbito de actuación de la representación de las personas trabajadoras, así como su crédito horario”, siempre dentro del respeto de la legislación vigente.

## **5.2. Las “tablas salariales” y la preferencia aplicativa del convenio colectivo sectorial en materia retributiva**

Uno de los contenidos clásicos de la negociación colectiva y uno de los ejes centrales sobre los que versan los procesos de negociación de los convenios colectivos es la determinación de la estructura y la cuantía del salario. Las tablas salariales de los convenios colectivos es uno de sus contenidos esenciales. En la anterior reforma laboral fue muy discutida la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa respecto a la regulación del convenio colectivo sectorial. Dicha prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa afectaba expresamente a la “cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa” (artículo 84.2.a ET, en su anterior redacción). De este modo, se producía una descentralización reguladora de la negociación colectiva entre otras materias, respecto al salario<sup>30</sup>. Era la negociación colectiva a nivel de empresa la que determinaba las cuantías salariales, con preferencia al nivel sectorial. El Real Decreto-ley 32/2021 pretende revertir esta situación<sup>31</sup> en la medida que desaparece del artículo 84.2 ET la prioridad aplicativa del convenio colectivo

<sup>30</sup> Al menos respecto de las cuantías salariales, no respecto de la estructura salarial. En este sentido, la STS de 1 de abril de 2016 (ROJ: STS 1771/2016) recuerda que la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa respecto del correspondiente convenio colectivo sectorial no puede afectar a la estructura salarial y a los conceptos salariales que la integran, sino solo a las cuantías del salario base y del resto de los conceptos salariales. En concreto dicha sentencia declara la inaplicación, durante la vigencia del convenio colectivo del sector de seguridad, de los conceptos salariales, contenidos dentro de la estructura salarial del convenio del sector: antigüedad, plus fin de semana y festivos, plus de Residencia de Ceuta y Melilla, pluses de Nochebuena y Nochevieja y gratificación de beneficios; pues ninguna de las materias está en el listado del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, ha de señalarse que “como 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, si bien ello no sucede en ninguno de los supuestos en el caso cuestionados”.

<sup>31</sup> Como recuerda el Punto II de su Exposición de Motivos, la negociación colectiva adolecía de algunas “debilidades y distorsiones”, y en particular de unas reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa que debían ser matizadas a efectos de reforzar el convenio

de empresa respecto a los aspectos retributivos. Con lo que la función reguladora en materia salarial de los convenios colectivos tiende a una “recentralización”, vuelve a situarse en el nivel sectorial de la negociación colectiva (sin perjuicio del mantenimiento de las cláusulas de descuelgue<sup>32</sup>).

### 5.3. Las cláusulas convencionales de jubilación forzosa

La posibilidad o no de que los convenios colectivos establecieran cláusulas de jubilación forzosa ha sido una de las materias que más “vaivenes” ha sufrido. Son numerosas las modificaciones y precisiones que las sucesivas reformas laborales han realizado. Quizás esa sea la razón que está detrás de que numerosos convenios colectivos opten por cláusulas de jubilación forzosa abiertas con las que se remiten a lo que diga en cada momento la legislación vigente<sup>33</sup>. La reforma laboral de 2021 no constituye ninguna excepción, y también incide en la posibilidad regulación convencional de las cláusulas de jubilación forzosa. En concreto es la Disposición

sectorial. Ello se sumaba a “una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna” que llevaba a las empresas a que en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, hayan utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de inaplicación o descuelgue. Por ello, la reforma laboral considera que “el sistema de concurrencia de convenios colectivos debe equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, previendo los necesarios contrapesos y cautelas que no distorsionen la capacidad competitiva de las empresas ni reduzcan las condiciones laborales de las personas trabajadoras. Por tanto, los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada”.

<sup>32</sup> Como recuerda Mercader Uguina, J.R.: “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: punto de llegada o de partida?”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, núm. extraordinario: La reforma laboral de 2021, enero, 2022, página 121, es evidente que “con esta fórmula se cierra la vía a los convenios *oportunistas* que busquen crear estratégicamente unidades empresariales de negociación para establecer salarios a la baja”; pero no obstante “los ajustes salariales a nivel de empresa siguen pudiendo encontrar técnicas específicas de adaptación a través de los descuelgues del art. 82.3 ET”.

<sup>33</sup> En este mismo número monográfico de *Temas Laborales* se incluye un estudio específico a cargo de Maldonado Molina, J.A., “Las cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos tras la Ley 21/2021”, en el que se destaca cómo, efectivamente, hay convenios colectivos que recogen cláusulas abiertas que se remiten al marco legal vigente en cada momento, por lo que no se verán afectadas por la reforma de la Ley 21/2021. Y muchos de estos convenios “se han suscrito en 2021, cuando se sabía que los agentes sociales habían acordado una reforma de este tipo de cláusulas, por lo que los negociadores (de modo prudente) recogieron esta cláusula remisoria a lo que esté vigente en cada momento, de forma que automáticamente se reajusta”.