

# Claves de la nueva reforma laboral y su impacto en la empresa

**Ignasi Beltran de Heredia Ruiz**

Profesor Agregado y Titular de Universidad Acreditado

 Universitat Oberta de Catalunya

19 Enero 2022

## Esquema expositivo

- **Contrato fijo-discontinuo (“FjD”)** (art. 16 ET) (5 subtipos)
- **Contratos temporales (estructurales)** (art. 15 ET)
  - **Por circunstancias de las producción (“CxCP”)** (3 subtipos)
  - **Por sustitución** (3 subtipos)
- **Contratos vinculados a programas de activación para el empleo** (nueva DA 9ª Ley Empleo ex DF 2ª RD Ley 32/2021)
- **Contrato indefinido adscrito a obra** (nueva DA 3ª Ley 32/2006 – “extinción x circunstancias de la persona”)
- **Negociación colectiva: prioridad aplicativa** (art. 84 ET)
- **Convenio colectivo en Contratas** (Art. 42 ET)
- **Negociación colectiva: ultraactividad** (art. 86 ET)
- **ERTEs / ERTEs RED** (arts. 47 y 47.bis ET)

## CONTRATOS TEMPORALES “ESTRUCTURALES”: UNA PREVIA (patología crónica / “cultura” de la temporalidad)

2016/22: Doctrina (SÍSMICA) del TJUE (cláusulas 4/5 Directiva 1999/70: *de Diego Porras 1 y 2; Grupo Norte Facility; Montero Mateos; Cobra Servicios Auxiliares; Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez; IMIDRA; Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua; + 2 cuestiones prejudiciales pendientes*

STS 29/12/2020 (rec. 240/18): fin de contrato de obra vinculado a duración de una contrata

SSTS 10/11/20 (rec. 2323/18); y 30/10/19 (rec. 1070/17): No interinidad/eventual para vacaciones.

## PRESUNCIÓN CONTRATO INDEFINIDO (ART. 15.1 ET)

***“El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido.***

*El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora.*

*Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”.*

## CONTRATO FIJO-DISCONTINUO (FJD) - ART. 16 ET

“Solución legal” pesada para la “transformación” de los contratos de obra o servicio determinado (ilícitos)

### Subtipos (5)

**a. Trabajos de temporada /estacional:** Supuestos cuya discontinuidad viene predeterminada por factores eminentemente externos y, en concreto, vinculados a una dimensión «temporal»

**b. Trabajos prestación “intermitente” y “ejecución cierta” (“determinada/determinable”):** Supuestos cuya discontinuidad (en la frecuencia) viene predeterminada por motivos intrínsecos al propio programa de prestación acordado (“constructo” de la empresa por motivos organizativos/productivos)

Aplicación art. 12 ET a los trabajos de «prestación intermitente» que tengan períodos de ejecución «incierto»

**c. Trabajos cuya discontinuidad venga definida por las «oscilaciones» de las empresas clientes (contratas “recurrentes”)**

*«el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa».*

Si la actividad es “imprevisible” (ocasional o “no recurrente”): CxCP para “oscilaciones en las necesidades de personal”

#### **d. Contrato fijo-discontinuo y ETT: nuevo art. 10.3 LETT**

Opción que había sido descartada por STS 30/7/2020 (rec. 3898/2017)

Esto no exime (ex nuevo art. 10.3 LETT), que el contrato de puesta a disposición esté sujeto a las causas de temporalidad ex art. 15 ET.

Empresas contratistas pueden acudir a ETT para prestar servicios a empresa cliente.

#### **e. Fijos-discontinuos en el sector público (DA 4ª RD Ley 32/2021) (¿indefinidos fijos-discontinuos?)**

#### **Requisitos (art. 16.2) (y llamamiento en art. 16.3 ET):**

Formalizarse por escrito indicando *“elementos de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria”*.

Los subrayados pueden figurar *«con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento»*.

¿Qué debe entenderse por «carácter estimado»?

Llamamiento ex CCOL (debe ser escrito + condiciones incorporación). Empresas remitir a RLT calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral (Párrafo 2º del art. 16.3 ET)

## Inactividad en contrato fijo-discontinuo vinculado a una contrata

Art. 16.4 ET «*los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones*».

CCOL pueden fijar un plazo máximo de inactividad (en su defecto, 3 meses) (aspecto ampliamente disponible). .

Superado el plazo, la empresa debe proceder a adoptar *“las medidas coyunturales o definitivas que procedan, en los términos previstos en esta norma”*

**¿Más de dos contratos con la misma empresa?:** antes del RD Ley 32/2021, la doctrina judicial no ha impedido que durante períodos de inactividad pueda celebrarse un contrato temporal con la misma empresa

**Bolsa sectorial de empleo – art. 16.5 ET:** CCOL sectorial puede fijar bolsa sectorial de empleo / censo de trabajadores fijos-discontinuos

**¿Todos los contratos fijos-discontinuos deben ser a tiempo completo salvo que lo prevea el CCOL sectorial?**

Art. 16.5 ET: CCOL «*podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos*». (¿Si se hace a TP sin habilitación convencional, debe acudirse a art. 12 ET?)

**Comunicación vacantes fijo ordinario** – incumplimiento infracción leve (art. 6.5 LISOS)

## Sobre la equiparación de derechos

El art. 16.6 ET «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».

Párrafo 2º art. 16.6 ET no puede ser calificado, propiamente, como una novedad

[recoge criterio ATJUE 15/10/2019 (C-439/18 y C-472/18), AEAT; recogido por TS ampliamente: entre otras, SSTs 19/11/19, rec. 2309/17; y 13/10/21, rec. 3650/18)]:

«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».

## Posible indemnización por terminación de la actividad y no llamamiento inmediato

Art. 16.5 ET CCOI sectorial establezca: «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».

**Cálculo indemnización despido improcedente “FjD”:** STS 30/6/2020 (rec. 324/2018)

## **CONTRATO TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN (ART. 15.2 ET)**

- A. Contrato temporal por circunstancias de la producción “imprevisible”**
- B. Contrato temporal por circunstancias de la producción previsible**
- C. Contrato temporal por circunstancia de la producción y contrata**



## A. Contrato por circunstancia de producción (CxCP)

CxCP: “incremento ocasional e imprevisible” (contrato sometido a la naturaleza temporal de la actividad);

CxCP: “oscilaciones en las necesidades de personal” (que no tienen por qué ser imprevisibles): dos tipos:

a. *“oscilaciones que, aun tratándose de actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no responda a los supuestos incluidos en el artículo 16.1”* (contrato, *a priori*, al menos, pensado para las contrataciones “ocasionales” – esto es, “no recurrentes” – si lo son, aplicación art. 16 ET)

b. «oscilación» es extensible a las variaciones provocadas por las «vacaciones anuales» (no así para otro tipo de descansos) (se habilita opción descartada por SSTS 10/11/20, rec. 2323/2018; y 30/10/2019, rec. 1070/2017)

[OJO: Si no se exige “imprevisibilidad” puede dificultarse distinción con “Contrato circunstancia producción previsible”]

**Duración máxima:** no podrá ser superior a 6 meses, ampliable a 12 meses ex CCOL sectorial (cabe 1 prórroga si media acuerdo a la máxima prevista si se ha concertado por duración inferior a la máxima y sin superarla)

## B. Contrato por circunstancia de producción (CxCP) previsible

«atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada». (contrato sometido a “término puro” – “no se exige naturaleza temporal de la actividad” - a decisión de la empresa)

Modalidad restrictiva: límite 90 días al año natural (no continuos)

*“independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato”.*

*Dudas*

### **Método de cómputo 90 días (dos opciones)**

con independencia de la dimensión de la empresa, ¿90 días no continuos para «toda la empresa»?

*¿Se consume este límite, por ejemplo, si se contrata 90 personas 1 día, o bien, 1 persona en 90 días no continuos? Por otra parte, ¿cabe que los 90 días los midamos en términos de jornada completa? De modo que, siguiendo con uno de los ejemplos, ¿puede contratarse a una persona 180 días si se ocupa a media jornada?*

¿se refiere a que, para cada trabajador que se emplee con esta modalidad, se le puede ocupar durante 90 días no continuos?

(En función de lo anterior) **¿Cuántos contratos pueden hacerse durante estos 90 días? No parece que haya límite alguno.**

### c. Contratos por circunstancia de producción (CxCP) y contratas

Art. 15 ET, en relación al “Contrato por circunstancia de la producción”, también establece que

*“No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando circunstancias de la producción en los términos anteriores”.*

## CONTRATO POR SUSTITUCIÓN PERSONA (ART. 15.3 ET)

Puede emplearse en **tres situaciones**:

### a. Para sustituir a una persona con reserva de puesto de trabajo

En este caso, debe especificarse el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución

*«la prestación de servicios podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días»*

### b. Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o el convenio colectivo

Especificar el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución.

No puede utilizarse en caso de ERTE (art. 47.7.d ET, prohíbe formalización de nuevos contratos -aunque se prevén situaciones en las que podría excepcionarse esta regla impeditiva).

**c. Para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo**

No superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.

Para el sector público, el párrafo 3º de la DA 4ª RD Ley 32/2021 establece:

*«se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público»*

Debe entenderse que el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP sigue siendo válido.

## Medidas para combatir la temporalidad (I)

**Art. 15.4 ET:** “fijeza” si se incumple art. 15 ET y si 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

**Art. 15.5 ET:** (¡no tenemos regla para sucesión de modalidades y abuso!)

- “fijeza” si “persona” acumula (per diversas vías) sucesión CxCP (lícitos) en +18/24 meses
- “fijeza” si “puesto de trabajo” acumula +18/24 de contratos circunstancias producción (qué es “puesto de trabajo”; un “reloj” para cada puesto; superado el plazo, ¿nunca más temporal?).
- + DT 5ª RD Ley 32/2021: en cómputo +18/24 tener en cuenta la relación vigente a la entrada en vigor RD Ley 32/2021

DA 17ª EBEP(ex Ley 20/2021) cuestiona que los efectos de art. 15.4 y 5 ET se apliquen al sector público

**Art. 15.7:** información de vacantes “permanentes” – incumplimiento infracción leve (art. 6.5 LISOS)

**Derogación ap. 1 y 2 DA 15ª ET + DA 16 ET:** ¿fin de la figura de INF?

**Art. 49.1.c ET:** **indemnización 12 días x año**, excepto contratos formativos y sustitución

## Medidas para combatir la temporalidad (II)

- **Art. 7.2 LISOS:** La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales - infracción grave x cada contrato

+ **Art. 40.1.c bis LISOS (de 1.000 a 10.000 € x persona contratada):**

*“Las infracciones graves señaladas en los artículos 7.2, 7.14, 18.2.c), 19.2.b), 19.2.e), 19 bis.1.b), 19 ter.2.b) y 19 ter.2.e) se sancionarán con la multa siguiente: en su grado mínimo, de 1.000 a 2.000 euros; en su grado medio, de 2.001 a 5.000 euros y, en su grado máximo, de 5.001 a 10.000 euros”*

- **Cotización adicional en contratos de duración determinada (nuevo art. 151 LGSS)**

«1. Los contratos de duración determinada inferior a 30 días tendrán una cotización adicional a cargo del empresario a la finalización del mismo.

2. Dicha cotización adicional se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes.

3. Esta cotización adicional **no se aplicará** a los contratos a los que se refiere este artículo, cuando sean celebrados con trabajadores incluidos en el **Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar o en el Régimen Especial para la Minería del Carbón; ni a los contratos por sustitución»**

## Regimen transitorio (I)

La DT 3ª del RD Ley 32/2021 contratos celebrados antes del 31 de diciembre de 2021:

*«1. Los **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, en los términos recogidos en los citados preceptos.***

*Asimismo, los contratos por obra o servicio determinados 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.*

*2. Los **contratos eventuales** por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos y los contratos de **interinidad** basados en lo previsto en el artículo 15.1.b) y c) del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente, celebrados según la redacción vigente antes de la entrada en vigor del apartado tres del artículo primero, **se regirán hasta su duración máxima por lo establecido en dicha redacción.***

*3. Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuando se extingan, los contratos a los que se refieren los apartados anteriores, por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por su denuncia».*



## Regimen transitorio (II)

DT 4ª del RD Ley 32/2021 Régimen transitorio contratos celebrados desde 31 de diciembre 2021 a 30 de marzo de 2022.

*«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».*

En este listado no están incluidos los contratos de interinidad.

En la medida que en virtud de la DF 8ª, el nuevo art. 15 ET (y el 11 y el 16 ET) no entra en vigor hasta el 31 de marzo 2022, puede entenderse que, a pesar de la omisión de la DT 4ª RD Ley 32/2021, durante estos 3 meses pueden formalizarse contratos de interinidad conforme a la normativa anterior al RD Ley 32/2021.

## CONTRATOS VINCULADOS A PROGRAMAS DE ACTIVACIÓN PARA EL EMPLEO (NUEVA DA 9ª LEY EMPLEO)

DF 2ª RDLEY 32/2021

«1. 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.**

2. Las personas trabajadoras mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación previstos en este texto refundido de la Ley de Empleo, podrán ser contratadas mediante el contrato formativo previsto en el artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores»

## EL CONTRATO INDEFINIDO ADSCRITO A OBRA (DA 3ª LEY 32/2006)

STJUE 24/6/21 (C-550/19), *Obras y Servicios Públicos y Acciona Agua*: No se ajusta a Cláusula 5ª D 1999/70.

Sujeción a arts. 49 a 56 ET, salvo en lo previsto en DA 3ª.

Obligación de recolocación al finalizar la obra (y de formación si fuera el caso) y descripción de motivos de extinción del contrato “por motivos inherentes al trabajador” en función de la aceptación o no de la recolocación propuesta; o cualificación adecuada o exceso de personas con cualificación en obra de destino; o ausencia de obras en la provincia (salvo en el primer caso, la empresa debe notificar la extinción con preaviso de 15 días y 7 días a RLT).

Indemnización 7% salario ex CCOL durante toda la vigencia del contrato

## CONCURRENCIA – PRIORIDAD APLICATIVA CCOL EMPRESA (ART. 84.2 ET)

**Desparezca la letra a):** *«La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa»*

Régimen transitorio (DT 6ª RD Ley 32/2021): entrada en vigor como máximo en 1 año + 6 meses de adaptación (máximo 18 meses)

*“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”*

Equiparación reglas LCSP (arts. 101.2.3º, 102.3.2º, 122.2 149.4.5º y 202.3 LCSP)

Medida con gran impacto macroeconómico (aunque siguen habiendo “puertas traseras”: puede acudir al “descuelgue salarial” ex art. 82.3 ET; comisión *ad hoc* art. 41.4 ET en empresas sin RLT)

Si teoría de la “contractualización del CCOL” se mantiene también cabría reducción salarial vía art. 41 ET

Empresas multiservicios (EMS) pueden seguir apelando que no hay CCOL (multifuncional) por “encima”

## CONVENIO COLECTIVO EN CONTRATAS (ART. 42.6 ET)

### Una previa: doctrina jurisprudencial vigente

- *Primer criterio*: STS 17/3/15 (rec. 1464/14): Aplicación CCOL actividad preponderante de la EMS
- – *Segundo criterio*: STS 11/6/20 (rec. 9/19), siguiendo la doctrina de la STS 22/2/19 (rec. 237/17): debe aplicarse el CCOL actividad efectivamente ejecutada por los trabajadores en la empresa cliente.
- *Tercer criterio*: STS 11/11/21 (rec. 3330/19): Las contratas/subcontratas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del CCOL de empresa principal, aun cuando se trate de obras y servicios propios de la actividad de la empresa principal (sigue SSTS 12/2/21, rec. 2839/19; y 12/3/20, rec. 209/18)

STS 6/2/20 (rec. 646/17) CCOL para determinación del salario regulador de la indemnización por despido improcedente de limpiador de CEE que presta servicios en hotel no es el Sectorial de la empresa cliente

### En la doctrina judicial

STSJ Cataluña 18/7/2019 (rec. 11/19) desestima demanda de conflicto colectivo presentada por dos asociaciones patronales (mayoritarias) del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Cataluña en relación al contenido del art. 60 CCOL sectorial, que obliga a las empresas contratistas de ciertos servicios la obligación de aplicar a sus trabajadores el salario y la jornada previsto en el citado convenio

STSJ CLM 25/1/19 (rec. 1688/17), el principio de especificidad justifica aplicación temporal del CCOL sectorial

## Nuevo art. 42.6 ET (dirigido a combatir EMS)

*«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”.*

- (aunque es controvertido) Aplicación art. 42.6 ET aunque no haya «propia actividad» (art. 42.1 ET).

La nueva DA 27ª ET lo confirma (prevé una excepción al nuevo art. 42.6 ET para CEE):

*«En los casos de contratas y subcontratas suscritas con los centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.»*

## Nuevo art. 42.6 ET (dirigido a combatir EMS)

- Si empresa contratista tiene CCOL “propio”, se aplica este de acuerdo con prioridad aplicativa art. 84.2 ET

¿Qué es CCOL “propio”? ¿Un CCOL de centro es CCOL “propio”? (Principio correspondencia no impide a EMS a tener CCOL de centro)

Empresa contratista puede acudir a art. 83.2 ET; y prioridad no incluye las cláusulas subrogatorias.

- Si EMS presta servicios “integrales” deben aplicarse los respectivos “CCOL sectoriales de actividad” / o “CCOL sectoriales” (ex Título III ET)

¿Qué CCOL aplicar si trabajadores de EMS prestan servicios integrales indistintamente y no hay CCOL sectorial?

- Si empresa contratista no tiene CCOL “propio” debe ajustarse a art. 42.6 ET: CCOL *“del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata” salvo que haya un CCOL sectorial aplicable*”.

## ART. 86.3/4 ET: VIGENCIA CCOL / ULTRAActivIDAD

### Una previa: doctrina jurisprudencial vigente

Art. 86.3 ET (derogado): *“Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquel perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”*

**1. Contractualización “ab origine” si no hay CCOL superior:** STS 22 de diciembre 2014 (rec. 264/2014):

**2. Contractualización “condicionada” (o «latente»):** contractualización no opera en los casos que haya un convenio colectivo de ámbito superior (SSTS 6 de julio 2016 (rec. 155/2015); y 18 de octubre 2016 (rec. 205/2015).

**3. Contractualización “espigueada”:** contractualización ab origine si CCOL superior no regula algún aspecto (STS 23 de septiembre 2015 (rec. 209/2014

SSTS 17 de noviembre 2015, rec. 321/2014; y 17 de marzo 2015, rec. 233/2013):

“si un convenio colectivo, suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, contiene una cláusula que prevea que una vez finalizado el período de vigencia y denunciado el convenio, permanecerán vigentes las cláusulas normativas hasta que se produzca la entrada en vigor de un nuevo convenio que haya de sustituirle, tal cláusula es ‘el pacto en contrario’ al que se refiere el último párrafo del apartado 3 del art. 86 ET”.

## Nuevo art. 86.4 ET

Transcurrido un año desde la denuncia [no desde el fin de la vigencia] del CCOL sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación o arbitraje.

Finalizado el proceso de negociación, en defecto de pacto, se mantiene la vigencia del CCOL (sólo de las cláusulas obligacionales – art. 86.3.2º ET)



## ERTE CETOP

Los cambios introducidos en los ERTE CETOP afectan a dimensiones de naturaleza procedimental y “sancionadora” (por consiguiente, la descripción de las causas – ap. 2 del art. 47 ET – y aspectos centrales del procedimiento se mantienen inalterados):

### a. Afectación «procedimental» del RD Ley 32/2021 en los ERTE CETOP (art. 47.3 ET): factores que agilizan tramitación ERTE y adaptación del contenido en el tiempo

- Primero: «**aceleración**» proceso de negociación con “**comprensión**” de los tiempos.
- Segundo: en el marco del contenido del período de consultas, debe determinarse el **periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la medida** suspensiva/reducción (párrafo 10ª art. 47.3 ET).
- Tercero: posibilidad de **solicitar prórroga** de suspensión/reducción mediante nuevo período de consultas (5 días de duración máximo), para valorar la “necesidad de prórroga” (ap. 4 art. 47 ET). Decisión comunicada a AL en plazo de 7 días y con efectos *“desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral”*. También es aplicable a ERTE RED (art. 47.bis ET)

### b. Afectación «sancionadora» RD Ley 32/2021 ERTE CETOP – ap. 15º del art. 47.3 ET

Consecuencias del ERTE injustificado, a partir de la entrada en vigor del RD Ley 32/2021, además del «*reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas*», se incluye el «*ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social*».

## ERTE FM Y 'FACTUM PRINCIPIS' (INCLUYENDO FENÓMENOS "SALUD PÚBLICA") – ART. 47.5 Y 6 ET

### a. ERTE FM – art. 47.5 ET

- Seguir procedimiento art. 51.7 ET: solicitud de empresa dirigida a AL + medios de prueba que estime necesarios + comunicación simultánea a RLT.
- **AL**, con independencia del «número de personas trabajadoras afectadas», es quien **debe «constatar»** la «fuerza mayor temporal como causa motivadora». Y también debe solicitar informe preceptivo de la ITSS antes de dictar resolución (que debe «pronunciarse sobre la concurrencia de la fuerza mayor»).

### b. ERTE por 'factum principis' (ERTE FP) – art. 47.6 ET

Art. 47.6 ET no introduce definición alguna, limitándose a indicar que

*«La fuerza mayor temporal podrá estar determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública».*

Igual procedimiento que por FM (art. 47.5 ET) + estas reglas específicas: informe ITSS no preceptivo + justificar limitaciones/impedimento:

## REGLAS COMUNES A LOS ERTE CETOP, FM y FP (ART. 47.7 ET)

Art. 47.7 ET: reglas comunes a ERTE CETOP, FM y FP (extensible a ERTE RED).

**Primera (párrafo a):** entre un 10% y el 70% de jornada (diaria/semanal/mensual o anual). Reducción preferible a suspensión.

**Segunda (párrafo b):** comunicación automatizada:

1º. El período dentro del cual se suspende/reduce.

2º. Identificación de las personas trabajadoras incluidas en ERTE.

3º. El tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.

Automatización (nueva DT 26ª ET y acceso a TGSS/SEPE/ITSS) facilitará el control y, obviamente, la nueva facultad sancionadora automatizada.

**Tercera (párrafo c):** posibilidad de afectar y desafectar (previa comunicación a RLT/entidad gestora/ITSS)

**Cuarta (párrafo d y DA 25ª ET):** durante la vigencia del ERTE *«no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad [art. 8.20 LISOS infracción muy grave] ni concertarse nuevas contrataciones laborales [art. 7.14 LISOS infracción grave]»*. Caben excepciones.

+ Crédito (ap. 7 art. 9 Ley 30/2015) para acciones formativas (descritas en nueva DA 25ª ET)

**Quinta (párrafo e):** Los beneficios en materia de cotización vinculados a los ERTE (voluntarios) están condicionados al mantenimiento del empleo (6 meses) ex ap. 10 de la DA 39ª LGSS (¿posible criterio aplicable a CSE DA 6ª RD Ley 8/2020?): devolución cotizaciones exoneradas + recargo + intereses (afectación individual / devolución individual)

**Sexta (párrafo f):** La prestación ex art. 267 LGSS.

## ERTE MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO (ART. 47.BIS ET)

### Definición y financiación

Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo

*«un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permitirá a las empresas la solicitud de medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo».*

Ex DA 3ª RD Ley 32/2021, ¿sustituirá a los ERTE impedimento/limitación COVID-19 (art. 2 RD Ley 18/21) el 28/2/22?

### Modalidades de ERTE RED (y duración máxima)

*«a) **Cíclica**, cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una **duración máxima de un año**.*

*b) **Sectorial**, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien **cambios permanentes** que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una **duración máxima inicial de un año** y la posibilidad de **dos prórrogas de seis meses** cada una».*

Activación (ex ap. 2 art. 47.bis ET) de carácter “político” (por el Ministerio correspondiente, «previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos»). En la modalidad «sectorial», participación interlocutores sociales más representativos a nivel estatal a través de la «Comisión tripartita del Mecanismo RED».

## Valoración final (algunas notas)

- **Reforma con impacto macroeconómico**
- **“Nube” de conceptos jurídicos indeterminados (superior a la deseable)**
- **Cambio de paradigma (intento de romper con la inercia – “cultura de la temporalidad” – precariedad cronificada)**
- **Intervención normativa quirúrgica (mínimo común denominador). “Puertas traseras”**
- **Estabilidad regulación ERTE muy positiva (“no más hemorragias” legislativas ex COVID19)**
- **Oportunidad perdida para “update” legislativo**
- *To be continued...*

# Claves de la nueva reforma laboral y su impacto en la empresa

**¡Muchas  
gracias!**

**Ignasi Beltran de Heredia Ruiz**

Profesor Agregado y Titular de Universidad Acreditado

 Universitat Oberta de Catalunya

Enero 2022