

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista bimestral núm. 467 | Marzo-Abril 2022

ISSN: 2792-8314

**Ni «hito transformador» ni «timo del tocomoch»: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente?**

Cristóbal Molina Navarrete

**La reforma laboral y las reformas de las pensiones**

**La reforma de la contratación laboral temporal y formativa**

Antonio Costa Reyes

**Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación**

Eduardo Rojo Torrecilla

**Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021**

Francisco Vila Tierno, Miguel Gutiérrez Bengoechea y Nuria Benítez Llamazares

**Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida**

Juan Antonio Maldonado Molina

**Cambio climático y derecho social**

Maria Chiara Marullo

REFORMA  
LABORAL  
REFORMA  
DE LAS PENSIONES

**BOE**  
LEGISLACIÓN CONSOLIDADA

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.

«BOE» núm. 313, de 28 de diciembre  
Indicador del Estado  
Referencia: BOE-A-2021-15000

# CURSOS

## Áreas de Laboral y Recursos Humanos

Presencial | Telepresencial | Online

- Curso de Auditoría Laboral
- Curso sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales (Práctica de Salarios y Cotizaciones)
- Curso Avanzado sobre Gestión de Nóminas y Seguros Sociales
- Curso sobre Práctica en Despidos
- Curso sobre Trabajadores Extranjeros y Expatriados (Aspectos Fiscales, Laborales y Retributivos)
- Curso Práctico de Derecho Laboral
- Curso sobre Jubilación y Previsión Social
- Curso sobre Tiempo de Trabajo, Conciliación y Gestión del Absentismo
- Curso de Perfeccionamiento y Actualización en Recursos Humanos
- Curso de Excel para Recursos Humanos
- Curso de Fundamentos de Dirección de Recursos Humanos
- Curso sobre Retribución y Compensación
- Curso sobre Planificación Estratégica de Recursos Humanos
- Curso sobre Selección y Desarrollo del Talento

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 467 | Marzo-Abril 2022

## Directora editorial

M.<sup>a</sup> Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho. Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA (España)

## Consejo de redacción

Director **Cristóbal Molina Navarrete**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén (España)

Subdirector **José Antonio Fernández Avilés**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

Secretaria **Margarita Miñarro Yanini**. Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I (España)

## Comité científico

**Carlos Alfonso Mellado**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia (España)

**María Lourdes Arastey Sahún**. Jueza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxemburgo)

**Ana Rosa Argüelles Blanco**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

**Laura Calafá**. Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

**Ferrán Camas Roda**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Girona (España)

**Carmen Castro Casal**. Profesora titular de Organización de Empresas. Universidad de Santiago de Compostela (España)

**María Teresa Díaz Aznarte**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

**Rocío Gallego Losada**. Profesora titular de Economía Financiera y Contabilidad. Universidad Rey Juan Carlos (España)

**Antonia Mercedes García Cabrera**. Catedrática de Organización de Empresas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)

**Enrico Gragnoli**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Università di Parma (Italia)

**María Teresa Igartua Miró**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

**Eugenio Lanzadera Arencibia**. Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. UDIMA (España)

**Loïc Lerouge**. Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)

**Ana María Lucía Casademunt**. Profesora titular de Organización de Empresas. Universidad de Málaga (España)

**Cristina Mangarelli**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de la República (Montevideo, Uruguay)

**Nelson Mannrich**. Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

**Juan Pablo Mugnolo**. Profesor de Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo. Universidad de Buenos Aires (Argentina)

**Miguel Ángel Purcalla Bonilla**. Magistrado titular del Juzgado de lo Social número 1 de Terrassa. Barcelona (España)

**Alfredo Rodríguez Muñoz**. Profesor titular de Psicología de las Organizaciones. Universidad Complutense de Madrid (España)

**Miguel Rodríguez-Piñero Royo**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (España)

**Aránzazu Roldán Martínez**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Europea de Madrid (España)

**María Luisa Salanova Soria**. Catedrática de Psicología Organizacional Positiva. Universidad Jaume I (España)

**María Eugenia Sánchez Vidal**. Catedrática del área de Organización de Empresas. Universidad de Cartagena (España)

**Michele Tiraboschi**. Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia)

## Evaluación externa

**Juan García Blasco**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza (España)

**Juan López Gandía**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia (España)

**Carolina Martínez Moreno**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo (España)

**Jesús Rafael Mercader Uguina**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III (España)

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

**Sofía Olarte Encabo**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada (España)

**Ana de la Puebla Pinilla**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid (España)

**Susana Rodríguez Escanciano**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León (España)

**Eduardo Rojo Torrecilla**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona (España)

**Carmen Sánchez Trigueros**. Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia (España)

**José Luis Tortuero Plaza**. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid (España)

## Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

# Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

## Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid  
Tel. 914 444 920  
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2022) (6 números) **115 €** en papel y digital / **70 €** en digital

Solicitud de números sueltos (en papel o en PDF)

Suscriptores/as **20 €**

No suscriptores/as **25 €**

En la página [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm) encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para las personas suscritas.

## Edita

Centro de Estudios Financieros, SL  
Correo electrónico: [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es)  
Edición digital: [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm)  
Depósito legal: M-29442-2007  
ISSN: 2792-8314  
ISSN-e: 2792-8322

Entidad certificada por:



## Imprime

Artes Gráficas Coyve  
c/ Destreza, 7  
Polígono industrial Los Olivos  
28906 Getafe (Madrid)

## Indexada en



## Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

© 2022 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

© Centro de Estudios Financieros (07-03-2022)

Todos los derechos reservados durante un año desde la fecha de publicación y Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0 pasado el primer año de la fecha de publicación

## Sumario

### Editorial

- Ni «hito transformador» ni «timo del tocomoco»: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente? 5-36  
Cristóbal Molina Navarrete

### Estudios

#### Monográfico. La reforma laboral y las reformas de las pensiones

- La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021 39-75

*The reform of fixed-term employment contracts and training contracts. Commentary on the assumptions of article 15 and the novelties of article 11 ET after the Royal Decree-Law 32/2021*

Antonio Costa Reyes

- La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación 77-117  
*The labour reform of 2021. Collective bargaining, internal flexibility and subcontracting*  
Eduardo Rojo Torrecilla

- Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional 119-147

*Sufficiency and sustainability within the framework of Law 21/2021. Special attention to the intergenerational equity mechanism*

Francisco Vila Tierno, Miguel Gutiérrez Bengoechea y Nuria Benítez Llamazares

- Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre 149-188  
*Early and reduced age retirements in Law 21/2021, of 28th December*  
Juan Antonio Maldonado Molina

- Retos y reformas en materia de pensiones 189-223  
*Challenges and reforms in the matter of pensions*  
José Luis Tortuero Plaza

### Análisis de actualidad

- Última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre despidos colectivos. Una exposición crítica 225-240

*Latest case law of the Supreme Court on collective dismissals. A critical exposition*

Luis Pérez Capitán

## Diálogos con la jurisprudencia

- Plus de peligrosidad, evaluación de personas dependientes y enfermas mentales en sus domicilios y perspectiva de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 975/2021, de 22 de octubre 241-249
- Hazard pay, assessment of dependent and mentally-ill people in their homes and gender perspective. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 975/2021, of 22 October*
- Sarai Rodríguez González

## Recensión bibliográfica

- Cambio climático y derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva [Margarita Miñarro Yanini (Ed.)] 251-253
- Maria Chiara Marullo
- Normas de publicación 255-256

*Las opiniones vertidas por los autores y las autoras son de su única y exclusiva responsabilidad. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.*

*La Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF mantiene un firme compromiso con el lenguaje inclusivo de género como vía para avanzar, siempre respetando la corrección y economía del lenguaje, en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En coherencia, recomienda a las autoras y autores su utilización, reflejándose así en las normas de publicación. En consecuencia, el nivel de su utilización es una responsabilidad exclusivamente suya, en el ejercicio de su libertad científica.*

**La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un BOLETÍN informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>.**

# Ni «hito transformador» ni «timo del tocomucho»: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente?

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Director*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Jaén (España)*

[cmolina@ujaen.es](mailto:cmolina@ujaen.es) | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

A veces en las tardes una cara  
nos mira desde el fondo de un espejo;  
el arte debe ser como ese espejo  
que nos revela nuestra propia cara.

Cuentan que Ulises, harto de prodigios,  
lloró de amor al divisar su Ítaca  
verde y humilde. El arte es esa Ítaca  
de verde eternidad, no de prodigios.

También es como el río interminable  
que pasa y queda y es cristal de un mismo  
Heráclito inconstante, que es el mismo  
y es otro, como el río interminable.

**J. L. Borges** (*Arte poética*)

**1. Primera reforma laboral pactada socialmente desde 1996: ¿«fuero», «huevo» o Maquiavelo?** El gran (no absoluto) valor que atesora una reforma laboral pactada, tras décadas de reformas unilaterales, impuestas desde un lado de las relaciones laborales al otro, a través de una decisión de coyuntura legislativa que opta por una de las razones en vez de buscar un verdadero equilibrio entre las de ambos lados, se desdibujó ante el órdago político-partidista con que ha sido recibida, amenazando su aprobación parlamentaria, al final lograda por un voto (y tintes de sainete). Ante la sorprendente intransigencia con que se afrontó la defensa, o el rechazo, del Real Decreto-Ley (RDL) 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (cuyas deficiencias técnicas ya ha ameritado una [corrección de errores](#) de 15 aspectos –BOE de 19 de enero de 2022–), es difícil no acordarse del viejísimo tópico castellano relativo a la dialéctica entre el «huevo» o el «fuero». ¿Es por el huevo, por el fuero o ni por uno ni otro, solo por un prurito ideológico-político?

De origen, como casi todo lo que se pierde en la noche de los tiempos, incierto, suele atribuirse, en un contexto que asemeja algo al actual, a la inconmensurable capacidad satírica de don Francisco de Quevedo. Este en un panfleto de 1641, intitulado *La rebelión de Barcelona ni es por el güevo ni es por el fuero*, recelaba de esta manera respecto de las razones auténticas de la sublevación de Cataluña entre 1640-1652 (la icónica «guerra *dels Segadors*»). Por supuesto, afortunadamente desprovisto de connotaciones de guisa tan violenta, en siglos posteriores, hasta nuestros días, esta incógnita reemerge cada vez que una parte de la sociedad catalana (ahora también de la vasca) se moviliza (en sentido literal, ante la [manifestación de miles de personas en ambos territorios contra la reforma laboral](#)) en defensa de la mejora de sus derechos colectivos, ahora como pueblos laboriosos. ¿Estas demandas de una reforma laboral más garantista por parte de los partidos nacionalistas catalanes y vascos son «[por el huevo o por el fuero](#)», es decir, sobre ganancias de derechos laborales tangibles para el pueblo, y más para las personas trabajadoras en sus territorios, primando los convenios autonómicos sobre los estatales, o más bien sobre intangibles, más simbólicos e ideológicos que reales?

Responder a este interrogante no es misión mía, menos en un editorial que pretende ser más técnico-jurídico que político-social. Tan solo haré dos observaciones. La primera, que, cuando se pone en el centro el «huevo», se suele asumir el valor de la «norma transaccional», para renunciar, o desistir, parcialmente a las pretensiones de máximos y obtener otras razonablemente compensatorias de las concesiones hechas. En cambio, si prevalece el «fuero», el acento se pone en la reivindicación maximalista de lo que se tiene por un derecho propio e irrenunciable, primando una lógica de defensa numantina aun a riesgo de perderlo todo (abrogación del [RDL 32/2021](#) y continuidad de la regulación precedente que, paradójicamente, se considera lesiva de tales derechos propios).

La segunda quiere recordar que una defensa tan intransigente («no se toca ni una coma de la reforma laboral o se rompe el pacto») de sus legítimas posiciones parece anidar en todas las partes. Pero, al margen de la crítica que pueda suscitar una actitud tan poco pragmática y operativa, por tanto, frustrante, ha de recordarse que la lógica del veto a su tramitación parlamentaria con una plenitud de competencias carece, desde un plano estrictamente jurídico, de amparo constitucional. Y ello porque la soberanía nacional, que reside en el pueblo español ([art. 2 Constitución española](#) –CE–), se ha de ejercer a través de las leyes tramitadas, sin más condicionante que los previstos en el orden normativo constitucional, no en el orden (político) del diálogo social. En otro caso, el pluralismo que asumen partidos políticos ([art. 6](#)) sería desplazado por el sindicoempresarial ([art. 7](#)), imponiéndose el pacto social logrado afanosamente a la soberanía parlamentaria, pasando de la «ley socialmente negociada» a la «socialmente impuesta» («neocorporatismo societal»).

Honestamente, a mí este debate me parece en extremo «maquiavélico»: el loable fin (corregir los aspectos más lesivos de la reforma precedente y fomentar la transición hacia un modelo de regulación y gestión del trabajo basado en la indefinición, sobre la temporalidad, y la flexibilidad interna, sobre el despido) justificaría los medios (logrado el pacto,

las partes vetan el debate parlamentario bajo amenaza de romper aquel). Pero este tipo de planteamientos, además de disfuncionales, no tienen encaje constitucional, por más que se defienda con tanto ardor y haya logrado pasar –por la mínima–.

**2. Del maximalismo de la derogación íntegra (contrarreforma) al pactismo de la derogación de –casi todos– los aspectos más lesivos (corrección progresiva): retornar al equilibrio (distributivo y productivo) de la norma laboral, ¿«timo» o «hito histórico»?** Al margen y más allá de esta polémica político-partidista, el enfoque transaccional al que responde, por su fuente (acuerdo típico de concertación sociolaboral –a tres bandas: Gobierno, sindicatos y patronal–) y contenido (reglas para conciliar el valor de estabilidad –derechos y garantías– con el de la flexibilidad –facultades de gestión empresarial desde la contratación al despido, que no se toca directamente–, pero primando la flexibilidad interna), también ha provocado dispares reacciones. Ello incluso en el seno mismo de algunas de las organizaciones que la han pactado (sobre todo CEOE y CEPYME), cuanto más desde diferentes planos externos al acuerdo. Disparidad –cómo no, radical– de criterios valorativos que encuentran diversos ecos mediáticos, donde vemos desfilar a diario, casi como si de un ritual procesional se tratara, adhesiones y rechazos y los más diversos comentarios, que razonan sobre las virtudes o los defectos de la reforma.

Para unos/as, poco o nada cambiará realmente con esta reforma legal tan parcial y aguada –en su lógica–, hasta el punto de calificarla (con evidente exageración –por tanto, yerra–) como el «**timo del tocomoch**». En efecto, se dice, lo genuinamente novedoso ya se estaba produciendo en la realidad laboral de nuestro tiempo. Bien por virtud de los convenios (por ejemplo, continuidad de la ultraactividad indefinida; primacía de los convenios de sector, con escaso desarrollo de los convenios de empresa, salvo en las empresas de multiservicios, si bien muchos anulados judicialmente), bien por continuados reveses de la norma formalmente vigente a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y rectificaciones, a su luz, de la jurisprudencia nacional (por ejemplo, las actas de defunción de los contratos de obra asociados a contratas; la espada de Damocles sobre el «fijo de obra» en la construcción; e incluso el primado del convenio del sector en relaciones con multiservicios, o la célebre y polémica continuidad de las cláusulas de los convenios caducados, aun en forma de condiciones contractuales). Para otros/as, en cambio, lo genuino está en ser «hito histórico» (otro más –lo que devalúa esta expresión–), de modo que tal sería su halo transformador que nos hallaríamos ante la «**norma más importante de la legislatura**», tanto que no es posible su modificación legislativa, porque el sumo lo produce el pacto.

---

*Para unos/as, poco o nada cambiará realmente con esta reforma legal tan parcial y aguada. Para otros/as, en cambio, lo genuino está en ser «hito histórico»*

---

Entre una y otra posición (a mi juicio, ambas extremas, por tanto, no ajustadas a la realidad de esta reforma laboral, más mínima, parcial y deficitaria de lo que hoy reconocen

quienes la han defendido, pero no tan irrelevante como afirman quienes la rechazan) se hallará una amplia paleta de grises, en la que los juicios críticos terminan cediendo al pragmatismo: mejor una reforma pactada parcial y mínima que mantener lo actual (aunque con ella se hayan batido récords de empleo de los que presume ahora el Gobierno y enero presente la mayor cifra de contratos indefinidos de la serie, también para las personas jóvenes). Hay quien, con agudeza e inteligencia (loable su cita del verso «No le toques ya más, que así es la rosa», de Juan Ramón Jiménez), exagera tanto como para afirmar que solo «con [recobrar por ley la ultraactividad de los convenios ya justificaría una reforma](#)». Esta afirmación es tan irreal que sorprende que alguien tan experimentado pueda incurrir en tamaño error (aunque también la ministra del ramo lo solía utilizar para persuadir –sin éxito– a sus socios de legislatura de que dieran su voto a la reforma).

Por cierto, la elegante cita del poema de Juan Ramón Jiménez orilla, o desconoce, que el propio poeta, ofreciendo una interpretación auténtica de sus versos, explicó que esa afirmación solo tiene sentido «[después de haber tocado el poema hasta la rosa](#)». Con ello, el insigne autor de *Platero y yo* expresa su anhelo de «perfección viva», de refinamiento del verso sin forzarlo, sin la carga metafórica de la que tanto abominó, por ejemplo, Borges. Pero esta reforma dista de rozar la finura y perfección que insinúa la comparación poética, desmesurada para una reforma en que la técnica jurídica no es ningún anhelo, como prueba no solo la corrección de errores, sino los problemas para su aplicación que generan las dudas interpretativas de preceptos plagados de conceptos jurídicos indeterminados.

La doble modificación a través del [RDL 1/2022, de 18 de enero](#), norma de derecho bancario, para «aclarar» que el convenio de empresa tiene prioridad sobre la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que le atribuye el [artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) (el texto inicial refería a los «convenios colectivos» a secas), así como la [disposición adicional cuarta del RDL 32/2021](#), para depurar la nomenclatura realizada en ella a los fijos-discontinuos, tampoco ayuda a «amarla» técnicamente. Tampoco hay que sorprenderse ya, cuando una norma de revalorización de las pensiones (la mal llamada «paguilla» de pensionista) se incluye en el [RDL 30/2021, de 23 de diciembre](#), sobre las mascarillas en exteriores, argucia política para convalidarlo.

¿El fin –equilibrio estabilidad y flexibilidad– y el medio –el pacto– requieren dejar en un segundo lugar esta cuestión de personas «leguleyas»? Muchas personas creen que sí, lo que es respetable, yo tengo mis reservas.

En otra posición de defensa (ciertamente con un análisis muy sensato político-socialmente de la reforma por este doble valor (finalista y medial), incluso se llega a considerar que el mero hecho de [ser una reforma que persigue la estabilidad en la contratación ya es un hito que merece la pena apoyar](#), sin más. Pero ¿de verdad es la primera reforma que hace de la estabilidad su bandera?

---

[Pero ¿de verdad es la primera reforma que hace de la estabilidad su bandera?](#)

---

Me temo que un análisis completo y riguroso de las sucesivas reformas, desde la también pactada –ahora parece olvidada– de 1996, arroja otra realidad. Todas se han definido como las «definitivas» para acabar con la dualidad de nuestro mercado laboral y firmes defensoras de la contratación estable (incentivando los contratos indefinidos, penalizando los temporales). Piénsese en la [Ley 63/1997, de 26 de diciembre](#), de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida (reforma impulsada por un Gobierno del PP con el consenso social), o en la [Ley 43/2006, de 29 de diciembre](#), para la mejora del crecimiento y del empleo (reforma impulsada por un Gobierno del PSOE, con previa negociación). El resultado, como es bien conocido, fue el contrario. ¿Esta sí será la (re)definitiva? Quizás, no lo sé, no lo creo... Veremos.

Lo que sí es cierto es que, de nuevo, adolecemos de demasiada ideología en los razonamientos, a mi juicio, se abusa de un desmesurado uso del «lenguaje emocional», en detrimento del «lenguaje de las razones de derecho» (plurales siempre), que son las que ayudarían más al mejor fin de toda reforma, su aplicación más efectiva posible para alcanzar las razones constitucionales y sociales que la animan: el equilibrio entre la razón productiva (facultades de flexibilidad) y distributiva (derechos y garantías) que siempre ha anidado en el origen y desarrollo de la norma laboral, lo que da sentido real al derecho del trabajo. En este escenario, y con estas convicciones, no es un análisis desde la política jurídica el que aquí me interesa, sino desde la técnica-jurídica, lo que en modo alguno significa que no haya juicios de valoración jurídica, por supuesto, inherentes a la interpretación jurídica, como expresa el Tribunal Constitucional cuando convalidó constitucionalmente la reforma que ahora se corrige tan parcialmente (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 8/2015, de 22 de enero). A partir de la exposición de los principales problemas interpretativos de las novedades de la reforma, aquí presentada de forma sintética, pues el análisis más detenido se ha hecho en sendos estudios de los profesores [Eduardo Rojo Torrecilla](#) y [Antonio Costa Reyes](#), de enorme interés, cada persona que tenga a bien leer este editorial podrá decidir con más conocimiento de causa cuál es su valoración, la mía importa menos, moviéndome el anhelo de ayudar a su mejor interpretación, en aras del interés común al que debe servir, para personas trabajadoras y para empresas, lo que redundará en la mejora del país.

**3. ¿Nueva formulación de la clásica «regla de oro» de la contratación laboral?: un doblar de campanas por los contratos de obra o servicio determinado, albricias con nuevas ventanas de temporalidad.** Junto a los nuevos instrumentos de favor hacia la gestión flexible (reforma de los expedientes temporales de regulación de empleo –ERTE– y Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo –sistema RED-FE–), el aspecto más relevante de la reforma laboral es el enésimo intento de plasmar, en la norma y en la práctica, la «regla de oro» de la contratación laboral en todo tiempo: a actividad permanente, contrato indefinido (o fijo), a actividad temporal, contratación de duración determinada. ¿Cómo se quiere plasmar ahora en términos técnico-jurídicos? No creo que merezca la pena detenerse mucho en la formalización de una clara preferencia por la relación de trabajo indefinida

(art. 15.1 ET), porque siempre ha sido la pauta o guía interpretativa para los tribunales, comunitarios (Sentencia del TJUE –STJUE– de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19) y nacionales (por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo –STS– 649/2021, de 28 de junio). En consecuencia, honestamente, poco o nada puede aportar seriamente como novedad, que no lo es, solo un cambio textual de refuerzo de la regla.

En cambio, es evidente que el intento de simplificación de las modalidades de contratación temporal estructural (persisten las formativas, aunque con reformas de cierto calado –más ideal que efectivo– en el art. 11 ET), pretendiendo pasar de 3 a 2, con la erradicación (no sin un plazo último de agonía y dilación de lo inevitable, que podrá alcanzar 9 meses –3 meses para la contratación bajo el viejo régimen y un máximo de 6 meses de duración para salir de esta embarazosa situación de liquidar la modalidad–) de los contratos por obra o servicio determinado tiene más enjundia. Tras el periodo transitorio (30 de marzo de 2022 –disps. trans. cuarta y final octava.2 RDL 32/2021<sup>1</sup>–) no se podrán celebrar (tampoco los contratos fijos de obra en el sector de la construcción, que ahora mutan en indefinidos adscritos a obra) más, por lo que la contratación temporal pasará ahora por:

- a) Las diferentes modalidades (no hay una sola) del «contrato por circunstancias de la producción» (el precedente contrato «eventual» –se abomina de los nombres del pasado, por la leyenda negra que arrastran, aunque respondan a supuestos no solo análogos, sino incluso aún más eventuales que antes–).
- b) Las dos modalidades de «contrato de sustitución» (el contrato de interinidad de antes –que también pierde su denominación, utilizando, a modo de sinécdoque, el nombre de una modalidad como la denominación genérica–): «interinidad por sustitución» e «interinidad por vacante».

Pero evidenciando, una vez más, que la simplificación contractual se asemeja a una «misión imposible», más en una reforma pactada (quizás porque es inherente a una economía tan estacional, todavía, como la española), el nuevo contrato «eventual» (las cosas contractuales son lo que son, no lo que partes, e incluso la ley, quieran llamarlas) conoce

---

El intento de simplificación de las modalidades de contratación temporal estructural tiene más enjundia

---



---

Pero evidenciando, una vez más, que la simplificación contractual se asemeja a una «misión imposible», el cierre de puertas no conlleva el cegado de ventanas de temporalidad, más bien lo contrario

---

<sup>1</sup> Por cierto, dado este régimen transitorio y de diferimiento de la entrada en vigor de las normas sobre contratación temporal, sorprende mucho que el Gobierno impute el [crecimiento de la contratación indefinida en enero](#) (el 15 % de los contratos). En fin, «la magia de la política».

diversas submodalidades. Por tanto, el cierre de puertas no conlleva el cegado de ventanas de temporalidad, más bien lo contrario, con la problemática derivada por sus dificultades interpretativas. En efecto, ahora encontraremos ([art. 15.2 ET](#)):

- a.1) El contrato por circunstancia de la producción imprevisible (eventual ocasional e imprevisible). Su objeto, hacer frente a todo «incremento ocasional e imprevisible de la actividad<sup>2</sup> y las oscilaciones que, aun [...] normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere [...]» (naturalmente, si no constituye el objeto del contrato indefinido discontinuo [ex art. 16 ET](#)).
- a.2) El contrato por circunstancias de la producción previsible. La primera submodalidad (duración máxima de 6 meses, salvo que un convenio sectorial lo amplíe a 1 año) conoce dos grupos de supuestos (aumentos ocasionales e imprevisibles; oscilaciones de personal creadoras de desajustes temporales). No se pueden acumular más conceptos jurídicos indeterminados en tan corto texto.

Para complicar el laberinto interpretativo termina con una regla de suspense-advertencia, aun superflua técnicamente: prohibido confundirlo con el indefinido-fijo discontinuo, un error sale más caro ([art. 7.2 Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social –LISOS–](#)). Como inquieta la norma que, en un escenario de simplificación contractual, abre nuevas ventanas de temporalidad, al no considerar *numerus clausus* las situaciones de «oscilación de personal» que integran esta modalidad y explicitando un supuesto que, sin embargo, el TS ([STS 983/2020, de 10 de noviembre](#)) ya había erradicado tras un largo tiempo de incertidumbre: «Entre las oscilaciones se entenderán incluidas las que derivan de las vacaciones anuales». Pero ¿acaso las vacaciones anuales son imprevisibles, si el [artículo 38 del ET](#) prevé cuándo y cómo determinarlas, y es un derecho irrenunciable? ¿No sería este un supuesto típico de contrato indefinido discontinuo? Es posible que la norma esté pensando en que debe tratarse de vacaciones anuales que creen de forma real, no de forma estimada o potencial solamente, un «desajuste temporal» entre la plantilla debida (la pensada por la ley) y la plantilla disponible (la real fijada por la empresa en cada uno de los momentos de gestión), con lo que la regla tendría más sentido, pero, sea así o no, lo cierto es que genera incertidumbre y desasosiego, porque reabre ventanas que el TS había cerrado justo para evitar usos indebidos de la temporalidad. Paradojas de las leyes «históricas» y «simbólicas», que cuando las conoces bien cuentan otra cosa de la vendida.

Ni que decir tiene que más inquietudes interpretativas genera la otra modalidad del contrato eventual, ahora ocasional y previsible: para situaciones ocasionales, aun previsible, que tengan una «duración reducida y delimitada». En este caso, el contrato podrá tener una

<sup>2</sup> La inclusión del término «actividad» procede de la corrección de errores. A mi juicio estaba implícito en la norma, no creo que haya cambio relevante, a diferencia de lo que sugieren autorizadas voces.

duración máxima de 90 días al año natural (por tanto, de fecha a fecha), usados de forma «discontinua», al margen de las personas (contrato subjetivamente plural) «que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones» (situaciones que tendrán que estar identificadas en el contrato, debiendo, además, informar al inicio del año a la representación legal de estos contratos). Pues bien, aquí es incierto desde el objeto, fijado con un concepto jurídico indeterminado (duración reducida y delimitada), hasta el modo de cómputo de esos 90 días (¿a tiempo completo o a tiempo parcial?, ¿vale toda secuencia de tiempo –88 días de uso continuo, 2 discontinuo, por ejemplo–?, ¿también sirve para las oscilaciones previsibles?).

En suma, una vez más, lo que inicia como una regla de prohibición termina con una excepción que abre nuevas posibilidades de temporalidad. Una reforma que dice eliminar modalidades crea una «submodalidad» nueva con causa más laxa que incluso el precedente de obra, que deroga. Incluso podría resucitar el contrato de lanzamiento de nueva actividad (tiempo reducido en función del producto o actividad promovidos), si bien mucho más corto y que la negociación colectiva mantuvo difuso a través de los contratos de obra, pero el TS terminó por descartar, anulando tales cláusulas colectivas. ¿Otra rectificación parcial de la jurisprudencia precedente? No parece. En cualquier caso, aquí cabe exigir una cierta, o una suficiente, prudencia interpretativa, a fin de no reconducir por esta vía (típico contrato a término, sin delimitación causal especificada) una amplia gama de contratos temporales de causalidad temporal más que dudosa. El cierre de puertas de temporalidad no puede significar un agujereado del edificio con nuevas ventanas que banalicen la razón de ser principal de la reforma.

Poco novedoso es el rebautizado «contrato por sustitución» (antes interinidad). Desde luego ninguna novedad es que se prevea (b.1) para sustituir a una persona con reserva de puesto de trabajo (lo típico), aunque sí recoja

ahora una incorporación anterior a la sustitución, para preparación de actividad y con un límite de 15 días máximo (téngase en cuenta que es doctrina jurisprudencial la que sostiene que no solo no se necesita ya que se ocupe el mismo puesto que la persona sustituida, sino que se admite el ejercicio de la facultad de movilidad funcional, en aras de una mayor flexibilidad –[STS 1195/2021, de 1 de diciembre](#), para un caso muy concreto, dicho sea de paso–). Ni siquiera es tan novedoso, si se atiende a la norma reglamentaria vigente ([art. 5.2 b\) RD 2720/1998](#)), que se amplíe la modalidad de interinidad por sustitución para completar la jornada reducida de otra persona (b.2), siempre que no derive, lógicamente, de la inclusión en un ERTE ex [artículo 47 del ET](#). Si bien tampoco la prohibición es absoluta, admite excepciones ([letra d\) del art. 47.7 ET](#) –que se trate de actividades que no puedan realizar, por falta de capacitación, las personas ya empleadas–).

---

Poco novedoso es el rebautizado  
«contrato por sustitución»

---

Tampoco presenta mayor novedad la modalidad de «interinidad por vacante» (o sustitución por vacante), esto es, la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso

selectivo o promocional para su cobertura definitiva con un contrato fijo (b.3), más allá de adquirir carta de naturaleza legal una modalidad antes reglamentaria ([art. 4.1 RD 2720/1998](#)). Sin especial reseña en el empleo privado (máximo de 3 meses –o periodo inferior previsto por convenio–), donde nos encontramos el problema será, como siempre, en el empleo público. En este ámbito, el [párrafo 3.º de la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021](#) conecta con la reciente –y polémica– [Ley 20/2021, de 28 de diciembre](#), de medidas urgentes para la –más pretendida que real– reducción de la temporalidad en el empleo público: la duración del contrato será «hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios [...] de igualdad, mérito y capacidad [[art. 11.3 Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–](#)] y en los términos establecidos en la [Ley 20/2021 \[...\]](#)». Plazo máximo que es el de 3 años del [artículo 70.1 del EBEP](#) (reitera la [STS 17/2022, de 11 de enero](#)).

**4. Refuerzo de las garantías de efectividad de la regla de indefinición frente al (riesgo de) abuso: ¿fijeza es más que indefinición? Penalizaciones a la temporalidad.** Para dar seriedad –con severidad– a este nuevo intento de hacer de la estabilidad una regla efectiva, sin que las excepciones en la práctica normalicen la temporalidad, el [artículo 15.4 del ET](#) establece una presunción *iuris et de iure* de adquisición, para todo incumplimiento de las normas de temporalidad (también para la inobservancia de la obligación de dar de alta, una vez transcurrido el plazo que pudiera fijarse para el periodo de prueba –la [STS 1246/2021, de 9 de diciembre](#), recuerda que el plazo debe fijarse explícitamente, no basta con remitir a la norma legal o colectiva–), de la condición de persona contratada fija<sup>3</sup>. Pero ¿fijeza es más que indefinición o es lo mismo? Aun aceptando que son sinónimos en el sector privado ¿levantando acta de defunción de la figura de las relaciones indefinidas no fijas en el empleo público?

Más aún. ¿La derogación de los apartados 1 y 2 de la [disposición adicional decimoquinta del ET](#) –final de la excepción a la prohibición de encadenamiento de contratos– va en esta línea? Entonces, si así fuese, ¿para qué sirve el nuevo [artículo 11.3 del EBEP](#) al que remite la [disposición adicional cuarta del RDL 32/2021](#)? Tales expresiones descuidadas alimentan la devaluación de la calidad técnica, pero sería irrazonable una interpretación tan maximalista como la que pudiera entender prohibido a futuro el declarar relaciones indefinidas no fijas por el abuso de la temporalidad pública laboral (el rechazo para el abuso de la temporalidad estatutaria en la Sala 3.ª del TS es constante –SSTS, Sala 3.ª, [1452/2021, de 10 de diciembre](#), y [1568/2021, de 22 de diciembre](#), que confirma el rechazo también a la indemnización disuasoria automática–). No es prudente una rectificación tan radical de la jurisprudencia (por ejemplo, [STS 649/2021, de 28 de junio](#): el abuso de temporalidad implica una relación

<sup>3</sup> No obstante, recuérdese que se mantiene la presunción de indefinición, salvo prueba en contrario, cuando un contrato temporal finalice su vigencia y no se denuncie, prorrogándose tácitamente como indefinido, salvo que el empresario pruebe su temporalidad ([art. 49.1 c\) ET](#)).

indefinida no fija, su cese reglamentario solo genera una indemnización de 20 días/año de servicio) de una forma tan difusa, tomando parte por una minoría judicial. Ello, sin perjuicio del irresuelto, quizás irresoluble, al margen de una solución legal coherente, enredo creado por una dilatada práctica de espaldas a la [Directiva 70/1999/CE](#) (por ejemplo, [STJUE de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19](#)).

La misma fijeza se producirá ([art. 15.5 ET](#)) cuando:

- Se genere un encadenamiento de contratos temporales durante un plazo superior a 18 meses (antes 24) en un periodo de 24 (antes 30), en los términos anteriores (se computarán los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor, no los anteriores –[disp. trans. quinta RDL 32/2021](#)–, salvo el que ya esté en vigor; quedan excluidos del cómputo: formativos, interinidad, relevo, contratos temporales universitarios).
- La persona ocupe un puesto más de 18 meses en un periodo de 24 mediante contratos por circunstancias de la producción (incluidos los de la empresa de trabajo temporal –ETT–).
- Supuestos de sucesión empresarial. Conforme a la jurisprudencia reciente, en caso de reversión de servicios públicos se debe respetar la fijeza preexistente (*vid.* [STS de 26 de enero de 2022](#)), sin cabida para la figura de la relación indefinida no fija, siempre conflictiva (la [STS 1242/2021, de 9 de diciembre](#), entiende que lesiona la garantía de indemnidad el cese de una trabajadora temporal de una escuela de música municipal tras sucesivos contratos de obra al no ser contratada de nuevo y que ha reclamado para que se reconozca la indefinición laboral).

Junto a la «sanción de fijeza», aumenta la severidad de las sanciones administrativas por la transgresión de normas sobre temporalidad. No solo eleva la cuantía, sino que considerará una infracción por cada contrato irregular ([art. 7.2 LISOS](#)). En este mismo plano, se ha modificado el [artículo 18.2 c\) de la LISOS](#) (infracciones graves), a fin de extender esa consideración a los contratos de puesta a disposición fraudulentos de las ETT. Aquí, el problema interpretativo emerge al relacionar el cambio con la doctrina unificada ([STS de 2 de diciembre de 2021, rec. 4701/2018](#)). Esta reconduce estas situaciones, cuando lleva a la cesión ilegal, al [artículo 8.2 de la LISOS](#): infracción muy grave. ¿Qué vía sancionadora resulta más gravosa, pues, una muy grave o múltiples graves?

---

Junto a la «sanción de fijeza»,  
aumenta la severidad de las sanciones  
administrativas por la transgresión de  
normas sobre temporalidad

---

La penalización de la temporalidad, ahora incluso lícita, llega también con la modificación del [artículo 151 de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#). Incrementa la cuota adicional (se abona al finalizar) para los contratos temporales inferiores a 30 días (el 35 % de los que se firman; el 22 % no llega a la semana; [la media de duración es de 53 días, según un estudio del Servicio Público de Empleo Estatal –SEPE–](#)).

**5. ¿Y el sector público?: peculiaridades y resistencias del empleo público (laboral) para abandonar su arraigada cultura de temporalidad. ¿El enésimo olvido del empleo público investigador?** Aun constatado que el sector público tiene el mismo apego por la temporalidad que el privado, incluso en ciertos ámbitos más, estando sujeto al mismo marco normativo europeo que prima la estabilidad, todas las reformas laborales abren «vías de escape» a las Administraciones públicas para que puedan seguir acudiendo a la contratación temporal. De inicio, a diferencia del [artículo 15.1 del ET](#), el [artículo 11.1 del EBEP](#) situaría al mismo nivel la contratación fija, indefinida y temporal. Asimismo, conforme a la nueva [disposición adicional decimoséptima del EBEP](#) (incluida por la [Ley 20/2021](#)), sobre medidas para controlar la licitud de la temporalidad en este sector, no se prevé en ningún momento ni la fijeza ni la indefinición (que la Administración pública no puede reconocer al margen de una decisión jurisdiccional).

En cambio, se diluye la seriedad de la cuestión con la llamada a una secuencia de responsabilidades administrativas a las que siempre se remite, pero ni se conocen ni se aplican, a la inoperativa nulidad de la decisión que incumpla los plazos de temporalidad (apdo. 3 –no provoca la nulidad automática del contrato de trabajo abusado, sino de la cláusula de temporalidad–) o a una compensación económica reducida (20 días/año de servicio con un límite de 12 mensualidades para el estatutario –apdo. 4–, y la más alambicada y regateada –la diferencia entre la máxima de 20 días y la correspondiente, prorrateada por meses, a los periodos inferiores a 1 año– prevista para el personal laboral –apdo. 5–). Esta compensación mínima deja –igual que la del [art. 2.6 Ley 20/2021](#)– dudas, al no tener efecto disuasorio, sobre su adecuación a la cláusula 5.<sup>a</sup> de la [Directiva 70/1999/CE](#).

Como problemas de adecuación a esta normativa comunitaria suscita la regla de continuidad, a favor de las Administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro, para seguir con sus políticas de contratación temporal vinculada a programas de fomento de empleo y con una duración máxima –contratos a término– de 12 meses (no son estructurales, sino coyunturales, por razones del –deficitario– mercado de empleo para los colectivos de personas más desfavorecidas –las mayores de 30 años que participen en programas públicos de empleo y formación podrán ser contratadas mediante el contrato formativo [ex art. 11.2 ET](#)–). La [disposición adicional novena de la Ley de empleo](#) (incluida por la [disp. final segunda RDL 32/2021](#)) sigue sin introducir controles a usos sucesivos de esta modalidad contractual, lo que podría entrar en colisión con la cláusula 5.<sup>a</sup> de la [Directiva 70/1999/CE](#) (aunque no con su cláusula 4.<sup>a</sup>). Sin duda, una cuestión conflictiva adicional será la relativa a su indemnización, sea por fin de contrato, nada se dice, sin excluirse expresamente del [artículo 49.1 c\)](#) –salvo que se trate de contratos formativos referidos–, sea en situaciones abusivas ¿[disposición adicional decimoséptima del EBEP](#)?

No será la única salvaguarda de contratación temporal a favor del sector público en una norma que aspira –dice– a la transformación. La [disposición adicional quinta del RDL 32/2021](#) autoriza al sector público (entidades incluidas en el [art. 2 RDL 36/2020, de 30 de diciembre](#) –medidas urgentes de modernización de la Administración pública y para la ejecución

del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia-) para la celebración de «contratos de duración determinada» (sometidos a plazo o condición resolutoria, distintas a las causas estructurales previstas en el [art. 15 ET](#)) no solo asociados a la «ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» (por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos), sino también para su suscripción en los casos en que «resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea». Nada más se dice, por lo que casi todo queda en el aire, desde la modalidad contractual hasta el tipo de fondos de la Unión Europea, pasando por el sentido preciso del requisito de la financiación europea (¿totalmente financiados, cofinanciados, parcialmente financiados por la Unión Europea?).

Precisamente, a esta otra nueva ventana de temporalidad apelan los centros públicos de investigación para mantener su práctica de endémica temporalidad, una vez deban prescindir de los (abusados) contratos de obra o servicio. Su aferramiento a la temporalidad<sup>4</sup> es tal que de inmediato se puso de manifiesto por las autoridades universitarias la grave «amenaza» que la reforma laboral supondría para miles de personas (la mayoría jóvenes) contratadas en el sistema español de ciencia y tecnología. Curiosamente, la defensa del modelo de temporalidad se sitúa en la exigencia competitiva máxima internacional, de modo que pareciera que la calidad investigadora se identificara con la temporalidad, cuando debería pensarse justo lo contrario: a más estabilidad, mayor capacidad investigadora y oportunidades de lograr proyectos, incluso europeos.

**6. Eterno anhelo de la fijeza, aunque sea discontinua: ¿transición al paraíso o solo al purgatorio? Abriendo puertas a la (siempre problemática) discontinuidad.** El camino de transición desde la (indeseada) temporalidad del contrato de obra a la (deseada) indefinición tiene en la fijeza discontinua ([art. 16 ET](#)) su mayor referente. Refleja el carácter transaccional de la ley, pues si problemática (y precaria) era la contratación por obra, la fija discontinua no le va a la zaga, con varios agravios respecto de la indefinición continuada. De ahí su extrema conflictividad, con lagunas de protección (laboral y de seguridad social) y cúmulo de discriminaciones y/o desigualdades. El empresariado acepta intercambiar, en un claro paradigma de «flexiseguridad», cierta temporalidad por la discontinuidad, reduciendo los costes del tránsito y trasladándolos, en parte, al Estado y a las personas empleadas

---

El empresariado acepta intercambiar, en un claro paradigma de «flexiseguridad», cierta temporalidad por la discontinuidad, reduciendo los costes del tránsito y trasladándolos, en parte, al Estado y a las personas empleadas

---

<sup>4</sup> Habría que sumar la posibilidad –creo que poco operativa en el ámbito investigador– de optar por la figura del personal funcional interino ex [artículo 10 del EBEP](#), concebida como un auténtico cajón de sastre para integrar todo tipo de temporalidad, incluida la ejecución de programas temporales.

(prestación por desempleo). El [RDL 32/2021](#) es consciente de esta «debilidad garantista», otorgándole «prioridad» y comprometiendo mejoras futuras.

Nada menos que hasta cinco grupos de supuestos contractuales abarcará ahora este tipo contractual, evidenciando una extraordinaria desnaturalización de su objeto. El [artículo 16 del ET](#) define el contrato fijo discontinuo como el dirigido a atender «trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados».

Siendo prototípicos los de temporada (actividad estacional e intermitente), que se piensan ahora determinantes para sectores como la hostelería y la agricultura –aunque este sector se resiste a la contratación fija discontinua para tareas de recolección, pese a que la figura adecuada sería aquella–, también la construcción (salvo lo que se dirá para la figura propia del «contrato indefinido vinculado a obra»), todos los demás supuestos están cargados de complejidad y notables problemas interpretativos. Así:

- a) Respecto de los supuestos de discontinuidad no predeterminada por la actividad en sí, sino por el modo de desarrollar la prestación la propia empresa, a través de una actividad intermitente articulada en los «periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados».

Se trata del esquema «*certus an, certus quando*», «*certus an, incertus quando*», lógica heredada de los contratos de obra. Factor añadido de artificialidad que, además, puede generar confusiones en la práctica con otras figuras contractuales, como la parcialidad vertical, incluso con ciertos supuestos de distribución irregular [ex artículo 34.2 del ET](#) (por ejemplo, [STS de 11 de diciembre de 2019, rec. 147/2018](#): la distribución irregular por convenio o acuerdo en la empresa es ilimitada, sin perjuicio del preaviso –[Sentencia de la Audiencia Nacional 262/2021, de 22 de diciembre](#)–).

- b) Aún más notoria es esta desnaturalización de la figura de la fijeza-discontinua en el «uso sucedáneo» para concertar trabajos consistentes en la prestación de servicios de ejecución de contratos mercantiles (o concesiones administrativas). Trabajos que pueden ser previsibles e integrarse en la actividad normal.

De nuevo se escribe blanco sobre negro en el papel del BOE la herencia que recibe esta reinención de la fijeza discontinua de la finiquitada temporalidad asociada a las contrataciones ya por el TS a instancia del TJUE. Compruébese cuánto cuesta desprenderse de la cultura-tradición de temporalidad de esta guisa, porque no solo se «resucita» para el visto contrato por circunstancias de la producción, sino que ahora se mantiene, con diferente forma, en la desnaturalizada y exprimida figura de la «fijeza-discontinua». Es el precio de la transaccionalidad y el pacto con la parte empresarial. De ahí la llamada a la negociación colectiva

como gran protagonista del desarrollo de esta figura. El [artículo 16.4 del ET](#) prevé que en tales casos (no en los genéricos de discontinuidad derivada de una causa inherente al programa de prestación concertado) «los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones». En tales casos, la negociación colectiva sectorial podrá fijar plazo máximo de inactividad entre contrataciones (y subcontratas), que será de 3 meses en defecto de regla convencional.

- c) Pero esta opción legislativa de bordear o eludir, reformulándolos, los límites a la temporalidad (ahora mutada en fijeza discontinua) puestos por la jurisprudencia se convierte en recificación cuando habilita a las ETT para formalizar contratos de puesta a disposición con fijeza discontinua, que el TS –por pírrica mayoría– rechazó ([STS 728/2020, de 30 de julio](#)).

La figura contractual de la fijeza-discontinua, prevista ahora como para «todo uso» (desplazando al de obra), tendrá su espacio para el sector público ([disp. adic. cuarta RDL 32/2021](#)):

Los contratos por tiempo indefinido y los fijos-discontinuos podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que [...] el sector público [...] tenga encomendados, previa expresa acreditación. Si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Corregido el nuevo embrollo terminológico (la versión originaria acumulaba indefinición y fijeza)<sup>5</sup>, al menos dos problemas emergen. Primero, explícito, la necesidad de autorización para la tasa de reposición específica –genera complejidad, obstáculos y desincentivos–. Segundo, implícito, ¿cómo se extingue con una indemnización de 20 días/año de servicio este contrato indefinido si se deroga la [disposición adicional decimosexta del ET](#) –despidos objetivos en las Administraciones públicas– y es dudosa la aplicación del [artículo 52 e\) del ET](#)?

Obstáculo ignorado por la «nota informativa» (más incierta no puede ser la fórmula elegida ministerialmente para tratar de dar seguridad) del Ministerio de Universidades sobre los efectos de la reforma laboral en la contratación asociada a proyectos de investigación. Esta iniciativa político-institucional trata de salir al paso de la crítica sindical, que cataloga la reforma laboral como una «carga de profundidad» contra la investigación, fuente potencial del «cese-despido» de más de 30.000 personas investigadoras. Con manifiesto irrealismo (tanto la nota como la crítica, pero en este país se aman los dramas para todo) llama a normalizar la contratación indefinida:

---

<sup>5</sup> No obstante, recuérdese el favor jurisprudencial por este tipo de racionalmente indescifrables terminologías, como el reconocimiento del «contrato fijo-discontinuo indefinido no fijo» para el sector público (por ejemplo, [SSTS 387/2018, de 11 de abril](#), y [1060/2021, de 27 de octubre](#) –cuidadora de guardería municipal temporera–).

- Bien a través del «contrato indefinido fantasma» (nunca se ha aplicado) asociado a programas de investigación científica y técnica, o de innovación, financiados con ingresos externos finalistas ex [disposición adicional vigesimotercera de la Ley de la ciencia, la tecnología y la innovación \(LCTI\)](#).
- Bien a través de la indefinición discontinua (con el límite de la tasa de reposición).

A tal fin, anunciaría gestiones conjuntas entre el Ministerio de Universidades y el Ministerio de Ciencia e Innovación con el Ministerio de Hacienda y Función Pública para que los contratos derivados de convocatorias ya resueltas, o las que se tienen que resolver entre el 30 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022, «puedan transformarse en contratos indefinidos de la forma más ágil posible». En todo caso, dice, a partir del 30 de marzo de 2022, «todos los contratos de personal asociados a proyectos de investigación habrán de tener un carácter indefinido». Se verá. Por si acaso, se anuncia una reforma de la [LCTI](#) a tal fin.

Las reglas sobre sus condiciones de empleo y de trabajo transparentan que, pese a lo que se vende políticamente, este tránsito no va desde el «infierno de la temporalidad de obra» al «paraíso de la indefinición», sino que habría que pasar tiempo –no se sabe cuánto– en el «purgatorio de la discontinuidad».

Sin perjuicio de las mejoras que pueda introducir la negociación colectiva sectorial, a la que se llama para ordenar numerosas cuestiones de su régimen jurídico, así como las comprometidas reformas legales de futuro, lo cierto es que la nueva regulación no corrige algunas de las principales lagunas y contradicciones de protección que arrastra esta relación laboral, que no escapa a elementos de relativa precariedad. Formalizado por escrito ([art. 16.2 ET](#)) y amparado por los genéricos principios de igualdad y no discriminación ([art. 16.6 ET](#)), la especificidad mayor de su regulación se centra en el momento delicado del llamamiento ([art. 16.3 ET](#)). La clave para avanzar en este renovado régimen de garantías se desplaza a los convenios sectoriales (a veces prevé que, o en su defecto, al acuerdo de empresa), con la garantía de transparencia colectiva (deber de información pasiva, con antelación –inicio de año–, a la representación laboral de las previsiones de llamamiento anual).

---

«Todos los contratos de personal asociados a proyectos de investigación habrán de tener un carácter indefinido». Se verá. Por si acaso, se anuncia una reforma de la LCTI a tal fin

---

A la negociación colectiva sectorial ([art. 16.5 ET](#)) incumbirá garantizar que:

- El tiempo de inactividad no es solo de desempleo, sino de empleabilidad, creando bolsas sectoriales de empleo que faciliten su recolocación (sin perjuicio de fijar límites máximos a la inactividad, como se apuntó más arriba), abriéndose así a una figura típica del empleo público (por ejemplo, [STS 1142/2021, de 23 de noviembre](#)).

- Pueda recibir una indemnización por fin de actividad (no de contrato) sin un llamamiento inmediato, «añorando» o «compensando» la pérdida de la vía indemnizatoria ex [artículo 49.1 c\) del ET](#) –otra huella de la herencia del contrato de obra–.
- Solo mediando negociación colectiva sectorial, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, se «podrá acordar [...] la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos».

Esto es, a mi juicio, y aceptando que la formulación legislativa, de nuevo, es confusa, abriéndose a diversas interpretaciones, entiendo que solo si lo prevé un convenio de sector se podrá integrar, junto con la discontinuidad, otra condición de empleo –fuente de precariedad– como la parcialidad. La naturaleza jurídica real (forma de distribución vertical de la jornada, sin perjuicio de las previsiones del [art. 12 ET](#)), así como la finalidad de mejorar la protección en estos contratos, exige una interpretación restrictiva de este –deficiente– texto normativo. Por tanto, el contrato fijo discontinuo es pensado por la ley a tiempo completo, salvo diferente, y justificada, previsión del convenio sectorial.

Otras condiciones de trabajo a regular por convenio sectorial quedan, sin embargo, pre-determinadas por la ley. Es el caso de los derechos ligados a la «antigüedad», cuyo cálculo deberá hacerse atendiendo a la duración del vínculo, no al «tiempo de servicios efectivamente prestados» ([art. 16.6, párr. 2.º, ET](#)). Ahora bien, esta mejora legal de sus derechos económicos y profesionales, atendiendo a la regla general, se matiza a la baja con una excepción abierta, tan general como la regla: se excluyen las «condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y [...] responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia».

Además de lo críptico de la redacción, ¿algo de verdaderamente nuevo jurídicamente? No, más bien traduce en palabra de ley la doctrina jurisprudencial. La de cal viene para los derechos de retribución, que deberán fijarse en atención a la antigüedad del vínculo, criterio jurisprudencial tras diversos conflictos denunciando discriminación (por ejemplo, [Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18](#); [STS 1002/2021, de 13 de octubre](#)). ¿Su arena? El derecho indemnizatorio por fin de la relación, pues la [STS 730/2020, de 30 de julio](#), con criterio discutible, fijó el cómputo en el tiempo efectivo de prestación. Por tanto, el criterio vaporoso de la norma, ¡ah, sorpresa!, acepta este abaratamiento del coste del despido respecto de la relación indefinida «ordinaria».

No sorprende, pues, en este escenario ambivalente, que la ley insista en convertir a estas personas en objetivo prioritario en las acciones de mejora de la empleabilidad (por ejemplo, derechos de información para facilitar la conversión en indefinición ordinaria –[art. 16.7 ET](#)–, cuyo incumplimiento es infracción leve –ex [art. 6.5 LISOS](#)–<sup>6</sup>; preferencia en el acceso a las iniciativas formativas del sistema en periodos de inactividad –[art. 16.8 ET](#)–).

---

<sup>6</sup> Para acuerdos de conversión de fijeza discontinua a ordinaria, incluso en el marco de un expediente de regulación de empleo (ERE) de despido colectivo (por ejemplo, Grupo Kalise Menorquina, SA), *vid.* [STS 999/2021, de 11 de octubre](#).

Además, compromete mejoras futuras en la protección de desempleo asistencial ([disp. final sexta RDL 32/2021](#)). Lo que significa que la ley asume su menor accesibilidad prestacional. En suma, no hay paraíso sociolaboral para las personas indefinidas-fijas discontinuas, aún.

---

No hay paraíso sociolaboral para las personas indefinidas-fijas discontinuas, aún

---

**7. Otro tránsito espinoso: de «fijo de obra» a «indefinido adscrito a obra» en el sector de la construcción: ¿vistiendo una directiva desnudando otra?** Al igual que el de la agricultura (y la investigación), el sector de la construcción debe experimentar este tránsito desde el modelo querido-pensado (acuerdo social, formulado legalmente y validado con esperpento, suspense y segura impugnación ante el TC) de fijeza. Pero este sí tiene su «traje» para recorrer el tránsito. La [disposición adicional tercera de la Ley 32/2006](#) (subcontratación en la construcción) muta el viejo contrato «fijo de obra» por el nuevo «indefinido adscrito a obra». En principio, quiere cumplir con la [STJUE de 24 de junio de 2021, asunto C-550/19](#), que evidenció su desajuste con la [Directiva 70/1999/CE](#). Pero la nueva, amplia y compleja regulación, centrada en una alambicada causa extintiva *ad hoc* (no extensiva al personal «estructural») presenta serios problemas, que no auguran un futuro cierto, ni largo.

En síntesis, el fin de obra (regulado en el apdo. 3 y que presupone una fallida primera fase de novación contractual *ex lege*, que puede exigir un periodo formativo, a cargo de la empresa o entidad especializada y delimitada por el convenio estatal) crea la obligación empresarial de realizar una oferta de recolocación para una nueva obra. Las nuevas condiciones deben constar por escrito mediante cláusula anexa al contrato. De no ser aceptada por la persona, no reunir la cualificación necesaria para la nueva obra, no existir obra acorde a su cualificación en la provincia o concurrir un exceso de personas cualificadas en la nueva obra, deviene motivo extintivo por «causas inherentes a la persona». En tales casos, procederá la indemnización (superior a la ordinaria) del 7 % de su retribución (apdo. 6). La empresa debe informar a la representación laboral.

No podemos detenernos aquí en analizar con detalle esta regulación, plagada de incertidumbres que provocan inquietud y perplejidad por doquier. Primero, incluye en el concepto de fin de obra o terminación de servicios situaciones de parálisis solo «temporal, de entidad suficiente, de una obra, por causa imprevisible para la empresa y ajena a su voluntad». En el ámbito común, parecería dar lugar a situaciones suspensivas o de reducción de jornada [ex artículo 47 del ET](#), creando un régimen diferencial que parece dejar de lado el objetivo que dice perseguir la reforma (favorecer la flexibilidad interna), pues la remisión al ET que se hace es al [artículo 49](#) y siguientes, no al [artículo 47](#). Evidentemente, la norma –pactada– ha querido crear un régimen excepcional (o especial) respecto del [artículo 47 del ET](#), creando directamente la obligación a la empresa de ofrecer un programa efectivo de recolocación-novación-recualificación.

Segundo, en buena medida, el fortalecimiento que se quiere de la estabilidad en la fase de novación se devalúa en la fase extintiva. La uniformidad causal creada por la ley para situaciones tan dispares termina creando un cajón de sastre que facilita el cese, sin más elemento justificador y disuasorio que el eventual plus indemnizatorio. Por tanto, no solo hay problemas de desajuste respecto del [artículo 35 de la CE](#), sino también en relación con el [artículo 24 de la Carta Social Europea revisada](#) y la doctrina interpretativa del Comité Europeo de Derechos Sociales, que prohíbe un régimen extintivo basado en una indemnización de cese predeterminada legalmente y de juego automático.

Tercero, sorprende –me parece arbitraria– la calificación como motivo inherente a la persona de causas empresariales típicas, por tanto, claramente no inherentes a la persona (por ejemplo, el exceso de personal cualificado en una misma obra; la inexistencia de obras análogas en una misma provincia). Bien sabido es que el concepto de «despido» derivado de la [Directiva 98/59/CE](#) se concibe de forma expansiva, debiéndose interpretar en el sentido de que «engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento». Una condición que reúne solo la causa primera, el rechazo de la oferta de recolocación-recualificación, incluso, pero mucho más dudosa, la falta de cualificación adecuada, careciendo por completo de ella las restantes. En fin, ni el régimen transitorio ([disp. trans. tercera.1 RDL 32/2021](#) –se mantienen los actuales hasta final de vigencia–), en virtud del desajuste a la [Directiva 70/1999/CE](#), ni el régimen futuro, en virtud del desajuste a la [Directiva 98/59/CE](#), auguran paz jurídico-social para este complejo y problemático régimen de la «fijeza de obra», ahora «indefinición de obra».

---

Ni el régimen transitorio ni el régimen futuro auguran paz jurídico-social para este complejo y problemático régimen de la «fijeza de obra», ahora «indefinición de obra»

---

**8. La enésima reforma de los contratos formativos en aras de la empleabilidad de las personas jóvenes: ¿un nuevo quiero y no podré?** No hay reforma laboral que no se las tenga con los «contratos formativos» ([art. 11 ET](#)), siempre en la encrucijada entre lo estructural (las necesidades formativas en edades tempranas de acceso al mercado de trabajo) y lo coyuntural (las necesidades de inserción en el mercado de trabajo ordinario de un colectivo de personas, las más jóvenes, con endémica prevalencia en las tasas de paro). Lo primero que se suele cambiar es la propia denominación y en esta ocasión no iba a ser menos. Manteniéndose la típica dualidad de modalidades, según la situación formativa (con o sin titulación adecuada), aunque el tipo contractual se presenta único:

- El clásico contrato de aprendizaje (antes para la formación y el aprendizaje) ahora lleva el nombre del resultado que se pretende lograr con el contrato (como si el nombre, a modo de fórmula mágica, fuese el talismán): contrato para la formación en alternancia ([art. 11.2 ET](#)) en el ámbito de la formación profesional, estudios universitarios o Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo.

- El característico contrato en prácticas ahora ve alargado su nombre (inspirado en la misma lógica taumatúrgica de los nombres): el contrato «formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios» (art. 11.3 ET).

¿Solo con el –inane– cambio de nombres se pretende la prometida transformación del modelo de contratación juvenil, acercándonos al envidiado y envidiable sistema alemán? No. Pero la denominación sí revela una nueva estrategia reguladora, de modo que, en vez de apostar por el contrato en sí para facilitar la contratación (directa) del personal más joven, pareciera enfatizarse su ser solo medio contractual para propiciar lo que garantizaría su inserción, la formación y/o la experiencia profesional. En este enfoque mutado deben entenderse los cambios (cuya vigencia también se aplaza 3 meses) que presenta el [artículo 11 del ET](#) respecto de su precedente: duración (por lo general se acortan los periodos mínimos y máximos; el [art. 3 Ley 10/2021, de 9 de julio](#), de trabajo a distancia, fija límites para la duración del teletrabajo juvenil) y demás condiciones de empleo y de trabajo (las retribuciones evidencian más cambios formales que reales, sin que haya mejora relevante –el bajo salario seguirá siendo su principal atractivo–; el periodo de prueba queda eliminado para el contrato en alternancia; se eleva a 30 la edad mínima de contratación –personas mayores podrán ser también contratadas en alternancia si se vinculan a programas de activación de empleo–).

La letra del [artículo 11](#) está bastante cambiada, pero, honestamente, la realidad es bien diferente, poco o nada cambiará («ley gatopardesca»). Ofrece más dudas que respuestas. Cuando se incluyó en el [artículo 11 del ET](#) este nuevo enfoque para la «formación dual universitaria» ¿cambió algo? Ni siquiera llegó a ser desarrollada reglamentariamente. ¿Será alternativa real a las prácticas-beca? Ni siquiera el Gobierno lo cree, porque, al tiempo, anuncia un futuro Estatuto del personal becario ([disp. adic. segunda RDL 32/2021](#)). La realidad, por encima del deseo, es que nunca ha sido «una alternativa atractiva» para las empresas.

Como tantas otras reformas, la ley construye, para los contratos formativos, un régimen jurídico al margen de los presupuestos reales que le sirven de sustrato y que permiten hacerlo creíble o bien lo condenan al fracaso, pues no se remueve con (alambicados) cambios en el papel-BOE. Sin empresas con un tamaño razonable que permita atender la complejidad del proceso formativo, sin prevalencia de empresas que hagan de la inversión en talento juvenil una apuesta firme, ante el predominio de pymes con reducida inversión, en vez de valorar a la persona joven como una oportunidad de disponer de un recurso productivo humano formado y dócil, a bajo precio (a veces incluso ninguno, una beca pírrica), el cambio de modelo que tanto se anhela seguirá resistiéndose. En suma, no querría ser agorero,

---

Como tantas otras reformas, la ley construye, para los contratos formativos, un régimen jurídico al margen de los presupuestos reales que le sirven de sustrato y que permiten hacerlo creíble o bien lo condenan al fracaso, pues no se remueve con (alambicados) cambios en el papel-BOE

---

pero esta parte de la reforma (para cuyo análisis más detenido remito al [estudio](#) sugerente del profesor Antonio Costa) está condenada a fracasar.

**9. ¿Del coto a la temporalidad al acoso al trabajo externalizado (gestión indirecta)?: no, las kellys, pese a lo que se les prometió, aún deberán seguir esperando ¿ad calendas graecas?** Si otro aspecto –originariamente concebido como esencial para hacer factible el paradigma transformador de relaciones de trabajo de calidad que se quiere– decepciona mucho de la reforma es la limitada intervención en el régimen, normalizado en España, de gestión indirecta del empleo mediante la externalización ex [artículo 42 del ET](#). A menudo incluso más que la temporalidad, la precariedad se asocia a esta. La empresa principal prefiere pulverizar en una gran maraña (cadena) de subcontratas «su» plantilla (parafraseando la previsión del [art. 15.2 ET](#): la plantilla que «requeriría» para la gestión directa de su actividad), «disponiendo» a costes más reducidos de personal «volante». La preferencia retributiva del convenio de empresa respecto del sectorial ex [artículo 84.2 del ET](#) completaría esta economía de opción a favor de las formas de trabajo externalizado.

Considerado inasumible por el nuevo Gobierno, no solo por devaluar derechos, sino también por disfuncional para un nuevo modelo productivo (competencia desleal, ventaja competitiva basada en bajos salarios, no en innovación, etc.), desde hace años lleva preparando un cambio radical del [artículo 42 del ET](#). El objetivo no era tanto garantizar el convenio sectorial (como en la contratación pública), sino neutralizar el factor coste laboral en la economía de opción por la externalización, facilitando aplicar el convenio de la principal. Una línea que, análoga a la regulación de las ETT, serviría, además, para erradicar el factor de precarización y desigualdad ínsito en el desarrollo del sector de las empresas multiservicios, fuente de competencia desleal con las propias ETT.

El símbolo de esta transformación sería el «movimiento Kelly». ¿En qué queda? En mucho menos y distinto de lo esperado (y esperable) desde un enfoque de garantías, «normal» (incluso razonable), puro transaccional. De forma directa, el [artículo 42.6 del ET](#) solo tiene un cambio (debe relacionarse con el bloque normativo de esta materia: cambios en el [art. 84.2 ET](#) y en los arts. [15](#) y [16 ET](#) –nuevas reglas que facilitan vincular la contratación, temporal<sup>7</sup> y fija discontinua, con contratas–). A saber:

El convenio [...] de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada [...], 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>7</sup> Pese al rechazo jurisprudencial, a instancias del TJUE (por ejemplo, [STS 1137/2020, de 29 de diciembre](#)).

Lejos de la equiparación retributiva con la empresa principal se consagra la aplicación del convenio colectivo sectorial propio de la actividad que realice la contrata o subcontrata, con dos excepciones. Primera, que resulte de aplicación otro convenio según los criterios generales de selección de la norma convencional cuando concurren varias. Segunda, que la empresa (fundamentalmente las empresas multiservicios, que son las problemáticas realmente) cuente con un convenio propio (de empresa global, no solo de centro, aunque no lo especifica –problema interpretativo abierto–). En este caso se remite a la regla general del [artículo 84.2 del ET](#) (elimina la prioridad retributiva).

---

Lejos de la equiparación retributiva con la empresa principal se consagra la aplicación del convenio colectivo sectorial propio de la actividad que realice la contrata o subcontrata, con dos excepciones

---

De este modo, de un lado, la reforma no acaba con las posibilidades de economía de opción a favor de la gestión externalizada laboral. Por ejemplo, en caso de ausencia de convenio sectorial aplicable a empresas multiservicios podría invocar esta también la prioridad retributiva de su convenio. De otro, en realidad, la ley sigue un criterio del TS (por ejemplo, [STS 438/2020, de 11 de junio](#)), seguido con alguna equívocidad (por ejemplo, la [STS de 17 de marzo de 2015, rec. 1464/2014](#), prioriza el convenio de la actividad preponderante de la multiservicios). El TS, además, viene rechazando (en contra de una doctrina judicial minoritaria) que sea obligado aplicar el convenio de la principal cuando la subcontrata sea de la actividad principal (por ejemplo, [STS 1110/2021, de 11 de noviembre](#)). En suma, una vez más, debiéndose valorar positivamente lo reformado, ni es suficiente para ganar en derechos (no neutraliza los factores más relevantes de precariedad), ni en competitividad cualitativa (no evita toda decisión de economías de opción que favorece una externalización desleal), ni está exento de problemas interpretativos.

**10. El nuevo régimen de los ERTE (art. 47 ET): modernización de los sistemas de gestión flexible interna y su priorización respecto de la flexibilidad externa (despidos colectivos y objetivos).** Junto con la contratación (el nuevo intento de convertir en práctica la regla de oro), el otro gran eje reformador se sitúa en la flexibilidad interna (transformar la cultura precedente de acudir a los despidos como mecanismo prioritario de ajuste por la priorización de la gestión novatoria). En buena medida quiere normalizar los aspectos fundamentales de los «ERTE/COVID-19» para garantizar un marco de flexibilidad ante los cambios de demanda con mayor seguridad, especialmente en escenarios de transformación digital (y ecológica, aunque no lo mencione).

En un plano jurídico, el [artículo 47 del ET](#) regula dos modalidades de ERTE:

- ERTE/ETOP (causas económicas, técnicas, organizativas y productivas).

- ERTE/FM (fuerza mayor), que a su vez contempla dos submodalidades:
  - ERTE/FM.
  - ERTE/FM-*factum principis* (ERTE/FM-FP).

En relación con los ERTE/ETOP, deja vigentes las reglas relativas a las causas (apdo. 2) aglutinándose los cambios en nuevas reglas de procedimiento, así como las sanciones derivadas de eventuales incumplimientos de los compromisos adquiridos en los ERTE. En apretada síntesis (para un mayor análisis se remite al brillante [estudio del profesor Eduardo Rojo](#)), los cambios en el ámbito procedimental buscan básicamente agilizar la gestión del ERTE (reducción del periodo de consultas –de 15 a 7 días– para las empresas de menos de 50 personas trabajadoras; eliminación del trámite de traslado por la autoridad laboral a la entidad gestora del desempleo de la comunicación empresarial –[disp. adic. cuadragésima segunda LGSS](#)–), así como facilitar su adaptación a cada momento evolutivo de la situación. Respecto a la predeterminación normativa de efectos negativos o «sanciones» por el incumplimiento de los compromisos que se adquieren en estos ERTE/ETOP se prevé el «reintegro del importe de prestaciones a la entidad gestora» y el «ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social».

Para los ERTE/FM, la novedad jurídico-normativa más destacada es la carta de naturaleza legal que adquiere la modalidad, acuñada por la jurisprudencia y reinventada para la pandemia, del ERTE/FM-*factum principis* («impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad [...] competente, incluidas aque-

---

Para los ERTE/FM, la novedad jurídico-normativa más destacada es la carta de naturaleza legal que adquiere la modalidad, acuñada por la jurisprudencia y reinventada para la pandemia, del ERTE/FM-*factum principis*

---

llas orientadas a la protección de la salud pública») (apdo. 6). En los ERTE/FM en sentido propio ([art. 47.5 ET](#)), las novedades legales son igualmente de procedimiento y van en la dirección análoga de agilizar la tramitación, si bien las medidas son diferentes, dado que aquí no media periodo de consultas, solo autorización, básicamente conforme al procedimiento del [artículo 51.7 del ET](#) (ERE/FM). La solicitud corresponde a la empresa y la carga documental que evidencie la concurrencia de la causa de fuerza mayor. Constatada –o no– la causa por parte de la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), deberá dictar su resolución en el plazo de 5 días naturales desde la solicitud de la empresa. Esta, autorizada, deberá determinar la reducción de jornada y/o la suspensión contractual. El silencio es positivo ([STS 83/2021](#), de 25 de enero).

El ERTE/FM-FP (*factum principis*) sigue un procedimiento análogo con determinadas particularidades, una vez más orientadas a agilizarlo (por ejemplo, no es preceptivo el informe de la ITSS), sin perjuicio de exigir de la empresa una prueba razonable de las circunstancias

impeditivas o limitativas de la actividad a raíz de la decisión de autoridad. De esta forma, una parte de la regulación excepcional en situación de crisis pandémica se normalizará y permitiría responder a una nueva (seguramente menos lejana de lo que pensamos) crisis de forma estructural, no improvisada y aluvional. Una réplica del derecho propio de la emergencia o excepción que se plasma especialmente en las reglas comunes a los diferentes ERTE (ETOP, FM, FP, recogidas en el [art. 47.7 ET](#), también aplicables para el sistema de ERTE/RED-FE ex [art. 47 bis ET](#)). Destacamos las dos siguientes<sup>8</sup>, relativas a la socialización de parte de los costes de estos ERTE (típico del modelo de flexiguridad):

- El desarrollo de acciones formativas a favor de las personas afectadas por el ERTE da derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada ex [artículo 9.7 de la Ley 30/2015](#) (nueva [disp. adic. vigesimoquinta ET](#) –idéntica al [art. 3.2 RDL 18/2021](#)–).
- Los beneficios de exoneración parcial de cotizaciones sociales vinculados a los ERTE, voluntario para la empresa, estarán condicionados al mantenimiento –6 meses– en el empleo de las personas trabajadoras afectadas ([disp. adic. cuadragésima cuarta.10 LGSS](#)). El régimen es muy similar al compromiso de empleo previsto desde la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#) y mantenida hasta hoy con el [RDL 18/2021](#). De interés que en la [disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS](#) precisa que el reintegro de cuotas en caso de incumplimiento (ajeno a la calificación del despido –[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 716/2021, de 18 de noviembre](#)–) no será global –como expresa la [disp. adic. sexta](#)– sino nominal (solo persona afectada).

No podemos entrar aquí en un mínimo detalle, pero conviene tener en cuenta que esta reforma viene acompañada (también para el sistema RED-FE del que hablaré de inmediato) de significativos cambios en la [LGSS](#). Se busca precisar tanto los deberes de cotización en ERTE (arts. [153 bis](#) y [273.2 LGSS](#)) como la situación prestacional de las personas trabajadoras incluidas (por suspensión contractual o reducción de jornada). Al respecto, si bien la [disposición adicional sexta del RDL 32/2021](#) especifica que estas serán computadas como ocupadas a efectos estadísticos (porque «refuerza el vínculo con la empresa de las personas trabajadoras cubiertas» –ingenuo creer que pondrá fin a la polémica existente y que ya diera lugar a un episodio hilarante entre la ministra de Trabajo y el de Seguridad Social al inicio de la pandemia y de la legislación de escudo social anti-COVID-19–), se reforma el

<sup>8</sup> No es ocioso recordar que se prevé tanto la afectación como la desafectación de personas empleadas en función de las alteraciones en los diferentes momentos por los que atraviese la causa que habilite el ERTE, así como de las prohibiciones ([art. 47.7 d\) ET](#)) de horas extra, externalizaciones y nuevas contrataciones (su incumplimiento puede ser infracción grave ex [art. 7.14](#) o muy grave ex [art. 8.20 LISOS](#)), salvo que precise capacitaciones diferentes a las que tienen las personas empleadas y afectadas por el ERTE (previa información a la representación).

[artículo 267 de la LGSS](#) para precisar que están en situación legal de desempleo. No será esta la situación en el caso del [artículo 47 bis del ET](#).

**11. ¿«Nuevo traje» para un viejo problema?: los ERTE/RED-FE (art. 47 bis ET), el instrumento «querido-pensado» para, mediante el retorno a la autorización, sostener futuras políticas de reconversión empresarial y laboral, incluida la transición digital y la ecológica?** Precisamente, en un plano de decisión más política que jurídica, dada la dimensión gubernamental que adquiere (necesidad de aprobación previa por parte del Consejo de Ministros), se crea el «Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo» ([art. 47 bis ET](#)). Es usual abreviarlo con la expresión ERTE/RED, pero yo prefiero utilizar la de ERTE/RED-FE. No solo me parece más completa la abreviatura, sino más evocadora de lo que representa: otra medida de flexibilidad (flexibilidad y estabilidad) que apuesta por un modelo de reconversión basada en la flexibilidad interna frente al ajuste por el volumen de empleo. Pero, sin perjuicio del útil fondo de socialización de costes (apdo. 6), hay más confianza («fe») que medidas efectivas para lograrlo.

---

En un plano de decisión más política que jurídica, se crea el «Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo»

---

Aunque no se expresa así, realmente este mecanismo es (como se desprende de la [disp. adic. tercera RDL 32/2021](#)) el heredero remozado de los ERTE/COVID-19 de última generación recogidos en el [artículo 2 del RDL 18/2021](#) y que han caducado en febrero de este año. Este Mecanismo RED-FE contempla dos modalidades:

- Cíclica (para toda coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización –duración máxima de 1 año–).
- Sectorial (para un concreto sector –o sectores– de actividad que evidencie cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional –nueva denominación para la vieja reconversión– de las personas trabajadoras –duración máxima inicial de 1 año y la posibilidad de dos prórrogas de 6 meses cada una–).

Como puede comprobarse, pese a las diferenciaciones nominalistas y el intento de modernización instrumental, estamos ante claras medidas de política de reconversión. De ahí que dependa del Gobierno de la nación, «previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos», contemplándose la participación del diálogo social en la cumbre estatal, para el ERTE/RED-FE sectorial, a través de la denominada «Comisión Tripartita del Mecanismo RED-FE» (apdo. 2). Este componente público-social mayor que en el [artículo 47 del ET](#) determina que se recupere la autorización administrativa.

En realidad, en el plano procedimental, esta exigencia de autorización administrativa (apdo. 3) es la diferencia básica con los ERTE del [artículo 47 del ET](#) (salvo los de fuerza

mayor, claro), si bien esta centralidad de la autorización se puede desplazar en el caso de que medie acuerdo entre empresa y la representación de las personas trabajadoras. En tal caso procederá la autorización de forma automática ([art. 47 bis.4 ET](#)), mientras que, de no mediar acuerdo colectivo, la autoridad laboral habrá de dictar, discrecionalmente, la resolución que proceda, autorizadora o no, tras la correspondiente solicitud (que, en el caso de la modalidad sectorial, deberá acompañarse de un plan de recualificación profesional de las personas afectadas). Una cuestión importante, y que la norma desatiende de forma absoluta, e incomprensible, siendo una reforma pactada y aceptada por la mayoría de la CEOE-CEPYME, es la fijación de criterios concretos y objetivados que marquen la pauta de la decisión administrativa, sin que quede a su discrecionalidad. Ahora, la norma dice solo que, junto al informe preceptivo de la ITSS, la autoridad laboral «estimaré la solicitud en caso de entender que de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa [...]».

Lógicamente, esta lacónica previsión implica que la decisión debe estar justificada en la concurrencia de la causa. Pero ¿qué criterios han de guiar esa estimación? ¿Cómo se ha de valorar tal concurrencia concreta en la empresa solicitante? Recuérdesse que este tema es muy importante, en la medida en que podrían estar afectadas libertades de carácter económico y rango comunitario. Cierto, no estamos ante un ERE, esto es, un despido colectivo (cuya regulación no se ha tocado finalmente, por falta de acuerdo con la patronal, lógicamente, pues era un tema prioritario para los sindicatos y para el Gobierno de coalición) y, por lo tanto, no es de aplicación *stricto sensu* la [STJUE de 21 de diciembre de 2016 \(asunto C-201/15\)](#), que invalidó el sistema de autorización administrativa de Grecia para los despidos colectivos. Ahora bien, en la medida en que su razonamiento no se basó únicamente en la [Directiva 98/59/CE](#), de despidos colectivos, sino en las libertades de índole económica (libertad de prestación de servicios), podría tener alguna proyección. En todo caso, una vez más, se evidencia que este mecanismo es más político que jurídico.

Esta última valoración no se contradice con el dato de que el apartado 5 establezca un amplio elenco de medidas comunes a ambas modalidades de ERTE/RED-FE que, a su vez, asumen buena parte de las reglas (no solo procedimentales y sancionadoras) del [artículo 47 del ET](#). En el plano procedimental se insiste en el acceso informativo de la ITSS, mediante procedimientos automatizados y aplicaciones que le permitan conocer los extremos relativos a la aplicación de estos mecanismos, las condiciones especiales en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas y prestaciones correspondientes ([disp. adic. cuadragésima quinta LGSS](#)), con el objetivo de desarrollar las debidas actuaciones de control –junto con el SEPE–. Con ello se evidencia el celo por cuidar que los importantes recursos públicos (el fondo no solo se formará con los eventuales excedentes de las cotizaciones por desempleo) respondan a la finalidad legítima para la que se conciben. Justamente, la regulación legal atiende igualmente al régimen de beneficios sociales, básicamente los previstos en la citada [disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS](#), aunque con diferencias (cíclicos: 60 % primeros 4 meses, 30 % siguientes 4 y 20 % resto; sectoriales: 40 %, si se ponen en práctica –debería ser obligatorio en esta modalidad– acciones formativas).

Evidenciándose, una vez más, su lógica más político-económica que jurídica, la norma prevé la facultad gubernamental de modificar los porcentajes de exención, según las circunstancias concurrentes de coyuntura económica. Asimismo, sorprende –a mí, al menos– que la protección social que debe brindar a las personas afectadas por ERTE/RED-FE ([disp. adic. cuadragésima primera LGSS](#) –entrará en vigor a los 3 meses de la publicación del RDL 32/2021 en el BOE–) no se reconduzca, a diferencia del ERTE [ex artículo 47 del ET](#), al ámbito de la prestación por desempleo ([art. 267 LGSS](#)). Se crea, así, una nueva prestación, que no se nomina, para garantizar la sostenibilidad económica de la persona afectada, por la suspensión o por la reducción de jornada, durante esta situación. Aunque no hay gran diferencia con la prestación por desempleo, la norma cuida de distinguirla, fijando su incompatibilidad ([disp. adic. cuadragésima primera.1 LGSS](#)). Finalmente, como el personal fijo discontinuo, también este colectivo se califica como prioritario para el acceso a iniciativas formativas del sistema de formación profesional para el empleo.

Justamente en relación con esta última referencia haremos nuestra valoración final de esta regulación. El rediseño del instrumento de sostenibilidad social del empleo en circunstancias de dificultad y crisis, coyunturales y estructurales, debe valorarse de una forma positiva en su existencia. Estabiliza aquello que ha funcionado mejor en la experiencia excepcional de los ERTE/COVID-19, incluida la socialización imponente (si bien la actual regulación prevé una cobertura algo más limitada) de sus costes sociales, en virtud del bien social que representa la continuidad del empleo, sin perjudicar nada las facultades de reestructuración laboral empresarial y haciendo previsible la vía, sin los sobresaltos diarios del BOE que se han sucedido en la época de emergencia. Pero, sin perjuicio de todo ello, hay que reseñar cómo ciertas decisiones jurídicas son difíciles de entender, como el establecer una prestación diferenciada para los casos del sistema RED-FE, así como, especialmente, el que no se haya puesto mayor énfasis en lo que, se dice, debe servir para facilitar realmente el tránsito desde la situación crítica a procesos de empleabilidad y recolocación: la recualificación, en especial, la capacitación digital. Ni una sola novedad ni medida concreta coercitiva, obligatoria, para hacer creíble esa necesidad de afrontar con solvencia los formidables retos de transformación de todos los sectores, unos más que otros, que la economía digital, pero también la economía verde (que ni se menciona, sorprendentemente, pues sí lo hacía el [RDL 18/2021](#)), crea.

**12. ¿Adiós a los despidos económicos, objetivos y colectivos, en las Administraciones públicas?** Aunque de forma directa (indirecta algo sí, a través de la promoción de la fijeza contractual y el favor por la gestión de flexibilidad interna) el despido no se ha tocado, no por falta de voluntad de dos de las tres partes del acuerdo (Gobierno y sindicatos), sino por el total rechazo de la tercera, la patronal, la reforma laboral sí ha querido afectar al despido en el sector público-administrativo. A tal fin, ha derogado la [disposición adicional decimosexta del ET](#), que establecía un régimen especial de despido por causas económico-organizativas, objetivo y colectivo, para las Administraciones públicas, a fin de propiciar su recurso a la vía de los [artículos 51 y 52 c\)](#) del ET. Con ello, además, se clarificaba un

conflicto interpretativo notable precedente, asumiendo la legitimidad del recurso a esta facultad extintiva por parte del sector público-administrativo, negada por una parte de la doctrina judicial, aceptada por otra. Consecuentemente, derogada la norma especial habilitadora, ¿significa que se prohíben estos despidos de forma radical?

Si así fuese, situaciones como las contempladas en la [STS 1273/2021, de 15 de diciembre](#) (el Ayuntamiento de Jaén despide a 52 personas empleadas en un ente local, tras la decisión del Pleno de suprimir definitivamente el servicio de radiotelevisión municipal, por evidenciarse que resultaba muy gravoso financieramente para las arcas públicas), ya no serían posibles. Sin poder entrar aquí con detenimiento en esta relevante cuestión, desde que se dio a conocer la reforma laboral he defendido, en todos los foros en que he participado, que la derogación solo significa el fin del régimen especial, no de la posibilidad de acudir a los artículos [51](#) y [52 c\)](#) del ET conforme a las normas ordinarias. No sería descabellado entender que, con la derogación, la norma manda un mensaje claro para favorecer la gestión de flexibilidad interna (la vía del [art. 41 ET](#), no la del [art. 47 ET](#), pues la [disp. adic. decimoséptima ET](#) prohíbe a las Administraciones públicas acudir al ERTE) en detrimento de la vía extintiva, salvo que pueda acudir, eventualmente, al [artículo 52 e\) del ET](#) (vía privilegiada extintiva cuando se produce la pérdida de la financiación externa que sostiene una actividad pública). Ahora bien, una lectura de esta guisa hubiera necesitado de una disposición más específica a tales fines, tanto estableciendo ese favor por medidas internas como explicitando que las Administraciones públicas puedan acudir a la vía del [artículo 52 e\) del ET](#), pues en 2012 fueron sacadas de forma expresa de él, por más que esta última opción siga generando dudas interpretativas.

En suma, otra vez, la descuidada técnica legislativa, que deroga una norma, pero no la sustituye por otra que clarifique la solución ante la laguna, o la contradicción, que crea la simple abrogación de un precepto, crea más problemas de los que resuelve. Una vez más habrá que esperar a las decisiones judiciales que, como ocurriera antes de 2012, seguramente serán contradictorias, como lo están siendo ya las interpretaciones dadas por la doctrina científica. Una conflictividad en el ámbito de los despidos económicos en el sector público que, como ya se advirtió, crece en relación con la pretensión ministerial de que los contratos de investigación se reconduzcan por la vía indefinida. Un objetivo que es muy loable, pero que se encuentra con el obstáculo de la incertidumbre creada no solo por la derogación de la [disposición adicional decimosexta del ET](#), sino por las referidas dudas interpretativas en torno a la aplicación en estos casos de la vía –privilegiada, pues establece una presunción *iuris et de iure* de concurrencia de la causa si se constata el presupuesto, la terminación de la financiación externa que sostenía la actividad– del [artículo 52 e\)](#). A mi juicio, el supuesto del fin de la financiación que soporta la investigación encaja perfectamente en la causa, pero las dudas en torno a si pueden las Administraciones públicas incluirse –en una lectura amplia– dentro de las «entidades sin ánimo de lucro» (una vez que, cuando estuvieron incluidas, salieron por decisión legislativa expresa) causan inquietud y zozobra, lo que no animará a acudir a la contratación indefinida que se propone. En consecuencia, el objetivo –loable– se ve contradicho (al menos obstaculizado) por la deficiente técnica jurídica.

**13. El impacto en la negociación colectiva: ¿dos reformas más «simbólicas» que hitos de transformación real del sistema de relaciones colectivas de trabajo?** Finalmente –dejamos el ámbito de las reformas de seguridad social por el [RDL 32/2021](#), algunas referidas aquí–, otros dos aspectos de los llamados «más lesivos» de la reforma laboral de 2012 estaban destinados a marcar el giro copernicano de la reforma. De un lado, el fin de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, devolviendo la soberanía al sectorial ([art. 84.2 ET](#)). De otro, el retorno a la ultraactividad indefinida ([art. 86 ET](#)).

Una tercera tenía también augurado un futuro de notable cambio, como sería la facultad de descuelgue convencional ex [artículo 82.3 del ET](#) (para una síntesis de sus diferencias y semejanzas con el [art. 41 ET](#), *vid.* [STS 887/2020, de 8 de octubre](#)). ¿Qué ha sucedido realmente? A mi juicio, algo parecido a lo analizado respecto del trabajo externalizado, que ha quedado en bastante menos de lo auspiciado inicialmente. Esta última cuestión ni se ha tocado, por lo que los eventuales desajustes retributivos que pudieran producir las nuevas reglas de favor por el convenio sectorial en materia retributiva ([arts. 84.2 y 42.6 ET](#)) siguen teniendo esta vía de escape, condición *sine qua non* para el compromiso empresarial. Y las otras dos tienen una significación bien diferente a la vendida por el *marketing* político. Así:

- a) La prioridad aplicativa del convenio colectivo empresarial se ha mantenido como estaba, salvo en la –importante, claro– materia de retribución.

El argumentario de defensa oficial de la importancia de esta reforma (saldada con la sola derogación de la letra a) del precedente [art. 84.2 ET](#) –y la inclusión explícita de la corresponsabilidad dentro de la preferencia empresarial, algo tácitamente incluido ya en la anterior redacción–) es que, con ello, se pone fin al modelo competitivo basado en la devaluación salarial, así como en la competencia desleal. ¿Significa que se confía en una «carta blanca» al incremento salarial? Dudoso.

No ha sucedido así hasta ahora. Al revés, el control que tiene el convenio de sector, ahora reforzado, no ha supuesto alzas, sino más bien lo contrario. Saben los economistas que el modelo de mayor moderación salarial es o el centralizado (sectorial estatal) o el descentralizado (empresa). Ahora, solo en la retribución, se quiere ir de este a aquel (ley del péndulo), pero, además de la facultad de descuelgue, recuérdese que, salvo para las empresas multiservicios (que tienen su vía de escape igualmente en el [art. 42.6 ET](#), como se ha visto, pero muchos de cuyos convenios fueron anulados judicialmente, por falta de correspondencia), no se ha producido un *boom* de los convenios de empresa. En todo caso, y para la [previsión de una eventual alza salarial](#) (en un escenario de grave inflación –que se dice coyuntural, pero que ya se prolonga más de 1 año–), como auspician los sindicatos –en conjunción con la reforma del [art. 42.6 ET](#)–, la [disposición transitoria sexta del RDL 32/2006](#) ha previsto una limitación temporal, difiriendo su aplicación al momento en que pierdan su vigencia los que estaban en vigor antes de la reforma, o incluso los que fuesen presentados a registro, aún no publicados, antes de la entrada en vigor de la reforma (30 de diciembre de 2021). No obstante, se fija un plazo máximo de 1 año desde la entrada en vigor de la norma para

tal aplicación, debiéndose adaptar «las modificaciones [...] en el plazo de 6 meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto [...]».

Como vemos, una disposición prolija y alambicada donde las haya para conseguir, una vez más, ese equilibrio transaccional (flexiguridad). Para ello no solo se dilata –otra vez– el efecto inmediato del cambio (aquí puede alcanzar año y medio), sino que incluso se crean ciertas disfuncionalidades aplicativas, porque abre el efecto de la reforma a los diversos juegos de poderes contractuales en el seno de cada sector y de cada empresa.

b) El retorno al modelo generalizado de ultraactividad indefinida del convenio ([art. 86.4 ET](#)).

Si una reforma refleja este contraste entre el –limitado– significado real y su –gran– simbolismo, es la –debida– vuelta a la ultraactividad indefinida. Extrema e innecesariamente amenazadora del más elemental equilibrio regulador laboral (creaba imaginarios de miedo a vacíos de regulación convencional generalizados), quedó –por fortuna para personas trabajadoras y empresas– la práctica que desactivó el modelo de ultraactividad temporal. Primero, por la vía del pacto, dado que tenía (tiene) un carácter dispositivo (un estudio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos prueba que 64 de cada 100 convenios entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2021 mantuvieron la ultraactividad hasta nuevo convenio). Segundo, por la vía jurisprudencial (una síntesis en la [STS 855/2021, de 7 de septiembre](#)), en la medida en que, si bien con una improvisada y débil fundamentación jurídica, se aseguró que la caducidad del convenio se acompañará de la conservación contractual de condiciones de empleo y de trabajo (aun sujetas a la facultad novatoria del [art. 41 ET](#)).

---

*Si una reforma refleja este contraste entre el –limitado– significado real y su –gran– simbolismo, es la –debida– vuelta a la ultraactividad indefinida*

---

En suma, uno de los aspectos más lesivos formalmente –también más irracionales– de la reforma de 2012 no lo fue realmente (salvo en contadas ocasiones, y respecto de las personas beneficiadas por los convenios sin vínculo contractual actual –por ejemplo, caso de la pérdida de beneficios sociales del personal «pasivo» de Endesa: [STS 761/2021, de 7 de julio](#)–), porque quedó desactivado por las restantes fuentes que integran el sistema regulador de las relaciones de trabajo, junto con la ley. En consecuencia, y al margen del régimen transitorio fijado ([disp. trans. séptima RDL 32/2021](#)), lo cierto es que toda afirmación basada en que este cambio bien merecía esta reforma (mínima y negociada) o desconoce la realidad o solo tiene una mirada ideológica (legítima, pero sesgada). En definitiva, aunque el preámbulo dice haber corregido con sendos cambios «importantes distorsiones desde una perspectiva de equilibrio» en la negociación colectiva, realmente habrá que esperar a la anunciada reforma futura más profunda. Una reforma en el marco del nuevo Acuerdo Interprofesional de Negociación Colectiva cuya negociación se ha iniciado y que «deberá incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, enriqueciendo sus contenidos y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos».

**14. Valoración de cierre: de la derogación íntegra a la mejora de mínimos de la reforma de 2012 en espera del necesario «Estatuto de las personas trabajadoras del siglo XXI». ¿Otro huevo por el fuero?** Muchas cosas han quedado en el tintero en esta primera aproximación por escrito, y desde una pretensión estrictamente jurídica, a la nueva reforma laboral. En este número hallarán análisis más detenidos, ofreciendo una imagen completa, y tiempo habrá de mayores profundidades.

Ahora es momento de cerrar este estudio-editorial. Por lo que solo nos queda realizar una valoración final, global, de cierre. La valoración debe distinguir claramente entre la dimensión procedimental (técnica reguladora) y el contenido de esta reforma. En el primer plano, el indudable valor del acuerdo a tres bandas (Gobierno, sindicatos y patronales), que no se producía desde 1996 (en aquel momento lo fue a dos bandas, entre sindicatos y patronales, al que se sumó el Gobierno), ejemplar en un tiempo en el que apenas se alcanzan acuerdos en este país entre posiciones claramente discrepantes, no puede quedar diluido o enrarecido por el bochornoso espectáculo de la votación en la sede de la soberanía parlamentaria a la hora de su convalidación. Ahora bien, tampoco sería honesto ignorar el veto (empresarial y gubernamental) al debate parlamentario en una cuestión de tanta trascendencia como una reforma laboral, aun en un momento posterior a la decisión gubernativa de urgencia con valor de ley. El gran valor del pacto vincula a quien lo promueve y debe formular el «proyecto de ley», el Gobierno, exigiendo de su grupo parlamentario persuadir al resto de grupos de sus bondades por pactado, pero excluir, apriorísticamente, todo debate al titular del poder legislativo supone una confusión de gran riesgo entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, así como entre el diálogo social y la soberanía parlamentaria, extraña al principio democrático.

En el plano de los contenidos, esta reforma mejora la precedente, al margen de la crítica al procedimiento (fines y medios deben conciliarse, no sacrificarse unos a otros). Estoy convencido de que, como oí a un influyente sindicalista, todas las partes del pacto están «moderadamente insatisfechas». A ningún firmante gusta «en la intimidad». No al Gobierno, menos a la ministra del ramo, porque queda lejos de lo comprometido. No solo no deroga íntegramente la reforma laboral, la convalida, corrigiendo algunos de los aspectos menos asumibles, laboral y económicamente, en un modelo de relaciones de trabajo más equilibrado y que aspira a un paradigma de competitividad no anclado en la devaluación de costes laborales, sino en la promoción de la innovación y el valor añadido, también del «capital humano». Es evidente que, aquí sí, el Gobierno ha optado por el «huevo» (lluvia de millones de euros) en detrimento del «fuero» (pacto de investidura).

---

Estoy convencido de que, como oí a un influyente sindicalista, todas las partes del pacto están «moderadamente insatisfechas»

---

---

Es evidente que, aquí sí, el Gobierno ha optado por el «huevo» (lluvia de millones de euros) en detrimento del «fuero» (pacto de investidura)

---

Tampoco seduce a los sindicatos. No es una reforma de garantismo fuerte, sino de mínimos y transacciones, en las que las «ganancias» (en derechos y garantías) se intercambian con «concesiones» (por ejemplo, ventanas de temporalidad, reducción de costes de despido –discontinuidad–, mecanismos de flexibilidad, etc.). Es evidente que no gusta a la patronal, que prefiere más flexibilidad, la seguridad para las arcas del Estado.

En este encuentro de voluntades insatisfechas cabe hallar una reforma que, por su dimensión transaccional y de intercambio, permite, sin abrogar la precedente, ir hacia la recuperación de equilibrios. Como, a otros efectos (legitimidad de un despido objetivo en el que, simultáneamente, se contrata a otras personas para centros diversos al afectado), recuerda la [STS 6/2022, de 11 de enero](#), el equilibrio no es una cuestión de desplazar problemas de un lado a otro, sino de dar soluciones reales, prácticas. No será sencillo aplicarla, por la difícil composición de intereses y lo poco cuidado de la técnica jurídica (crea incertidumbres interpretativas de calado –«no es la rosa» esta reforma–). Pero significará mejoras en términos de más estabilidad y flexibilidad interna.

Ni que decir tiene que esas innegables virtudes y mejoras no se acercarán a las «pensadas», al menos a las confesadas, precisamente porque las virtudes de la técnica pactada llevan también su «penitencia», y abren obstáculos y limitaciones. La situación –una vez empecé el artículo con Borges y Juan Ramón Jiménez, me gustaría terminar con otro poema– hace venir a mi mente el poema de Pessoa, que cito con alguna frecuencia, «Tengo tanto sentimiento»:

[...]  
 Tenemos, quienes vivimos,  
 una vida que es vivida  
 y otra vida que es pensada,  
 y la única en que existimos  
 es la que está dividida  
 entre la cierta y la errada.  
  
 Mas a cuál de verdadera  
 o errada el nombre conviene  
 nadie lo sabrá explicar;  
 [...]

Es evidente que el Gobierno fía (oficialmente) en esta reforma, de mínimos, a modo de una «intervención de cirugía de precisión lo menos intrusiva posible» y pactada, toda una transformación del modelo de relaciones de trabajo (de fijeza, aun discontinua, y de favor por la flexibilidad de gestión interna frente al despido) que está muy lejos de ser creíble. Pero una cosa es «lo pensado» (modelo ideal) y otra «lo real».

Primero, porque nunca una ley de reforma tiene virtudes tan transformadoras respecto a prácticas y culturas arraigadas. Prueba de ello es que es un proceso sin fin. Segundo, porque una reforma laboral que, pese a lo que se dice, sigue manteniendo tantas ventanas a la temporalidad, ahora ampliadas con puertas a la discontinuidad, no puede ser tan «revolucionaria» y «salvífica». Como pone de relieve la patronal, esperan que la temporalidad se reduzca en torno al 25-30 %, lo que significa que solo uno de cada tres (en la mejor de las hipótesis) pasará de temporal a indefinido, sin que ello confirme la eliminación de fuentes de precariedad, por cuanto, como la propia ley asume, deberán ser mejoradas las condiciones laborales y de protección social de los nuevos contratos fijos discontinuos. Como tampoco, dicho sea de paso, esta reducción será lo profunda que se debe en el empleo público, pese a la [Ley 20/2021](#), una norma [no solo polémica en su confrontación tanto con la Constitución como con la directiva comunitaria, sino de muy dudosa eficacia](#). Una decisión escrita negro sobre blanco en el papel del BOE está abocada a la frustración si no se acompaña de medidas socioeconómicas realistas. Piénsese, si no, cómo la misma reforma laboral de 2012 convivió con un elevado paro, para luego asistir a un elevado crecimiento del empleo, incluso del contrato indefinido en el último mes (es hilarante pensar que se debe a la nueva reforma, aún no en vigor).

En suma, habrá que seguir esperando a tiempos más propicios para salir de una vez de la «tramposa» lógica de la reforma laboral, de un tipo u otro, para entrar de lleno en un proceso estructural, social y parlamentario al mismo tiempo, que nos permita avistar una verdadera modernización de nuestras relaciones laborales, individuales y de negociación colectiva, haciendo realidad el tantas veces comprometido, tantas como se ha frustrado, «Estatuto de personas trabajadoras del siglo XXI». Si lo que se quería era no ya una derogación, sino una «revisión de los desequilibrios» en el mercado de trabajo, me parece que ni una cosa ni la otra. Habrá que seguir esperando a una reforma a la altura de los tiempos. En tanto, es el momento aplicativo y del baile de interpretaciones. Aquí les he apuntado las mías, en los estudios de este número monográfico dedicado a la reforma laboral –y de seguridad social– hallarán otras (más) fundadas.

**Cómo citar:** Molina Navarrete, C. (2022). Ni «hito transformador» ni «timo del tocomocho»: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 5-36.

# ESTUDIOS

## Monográfico

### La reforma laboral y las reformas de las pensiones

- ▶ La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021

*Antonio Costa Reyes*

- ▶ La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación

*Eduardo Rojo Torrecilla*

- ▶ Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional

*Francisco Vila Tierno, Miguel Gutiérrez Bengoechea  
y Nuria Benítez Llamazares*

- ▶ Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre

*Juan Antonio Maldonado Molina*

- ▶ Retos y reformas en materia de pensiones

*José Luis Tortuero Plaza*



# La reforma de la contratación laboral temporal y formativa.

## Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021

**Antonio Costa Reyes**

*Titular de Universidad. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Córdoba (España)*  
[antonio.costa.reyes@uco.es](mailto:antonio.costa.reyes@uco.es) | <https://orcid.org/0000-0003-1640-9321>

### Extracto

La reforma introducida por el Real Decreto-Ley 32/2021 (convalidado *in extremis* el pasado 3 de febrero) es fruto de un largo proceso de concertación y, por ello mismo, evidencia lo que de positivo, pero también de negativo, tienen las normas fruto del diálogo social. Entre las críticas más usuales se encuentran las relativas a su falta de ambición y no haber incidido en los temas nucleares de la reforma de 2012. Dejando al margen ese tipo de análisis, este trabajo pretende acercarse al que quizás sea el principal aspecto de la reforma: la contratación laboral temporal, tanto en su versión estructural (art. 15 Estatuto de los Trabajadores –ET–) como formativa (art. 11 ET). Sin lugar a duda estamos ante un elemento central y que necesitaba una importante reforma, vistos los resultados en nuestro mercado de trabajo. En este sentido, como trataremos de hacer ver, mientras que los cambios en los contratos de duración determinada están pensando en pasado, esto es, para dejar atrás los excesos y abusos en la contratación temporal estructural; en nuestra opinión, los relativos a los contratos formativos se hacen desde un planteamiento de futuro y, por esa misma razón, si se introduce un cambio de paradigma en los mismos. Con todo, la falta de un adecuado desarrollo reglamentario, la previsible entrada en vigor de otras normas interconectadas y una redacción técnica muy mejorable generan importantes dudas respecto al alcance de lo reformado, algunas de las que pretendemos abordar precisamente con este comentario.

**Palabras clave:** reforma laboral; Real Decreto-Ley 32/2021; contratos temporales; contratos formativos.

Fecha de entrada: 04-02-2022 / Fecha de aceptación: 04-02-2022

**Cómo citar:** Costa Reyes, A. (2022). La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 39-75.



# The reform of fixed-term employment contracts and training contracts.

## Commentary on the assumptions of article 15 and the novelties of article 11 ET after the Royal Decree-Law 32/2021

Antonio Costa Reyes

### Abstract

The reform introduced by Royal Decree-Law 32/2021 is the result of a long process of consultation and, for this very reason, it is evidence of the positive, but also negative, aspects of the rules resulting from social dialogue. This paper aims to approach what is perhaps the main aspect of the reform: temporary employment contracts, both structural (art. 15 ET) and training (art. 11 ET). This is a central element in need of major reform, especially if we consider the results of both in our labor market. As we will try to explain, while the changes in the fixed-term contracts are thinking of the past (leaving behind the excesses and abuses); in our opinion, the reform in training contracts is made from a forward-looking approach and, for that very reason, involves a vision of paradigm. However, the lack of an adequate regulatory development, the foreseeable entry into force of other interconnected rules and a very improvable technical drafting, generate important doubts regarding the scope of the reform, some of which we intend to address precisely with this commentary.

**Keywords:** labor reform; Royal Decree-Law 32/2021; temporary contracts; training contracts.

**Citation:** Costa Reyes, A. (2022). The reform of fixed-term employment contracts and training contracts. Commentary on the assumptions of article 15 and the novelties of article 11 ET after the Royal Decree-Law 32/2021. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 467, 39-75.



## Sumario

1. Introducción
2. Contratos de duración determinada: el artículo 15 del ET y la simplificación de los contratos estructurales
  - 2.1. Ideas fuerza de la nueva reforma: un cambio de lógica y un reforzamiento de la excepcionalidad de la contratación temporal
  - 2.2. El contrato por circunstancias de la producción: supuestos. El caso de las contratas y concesiones administrativas
    - 2.2.1. Supuesto general y específico: incrementos y oscilaciones imprevisibles
    - 2.2.2. Supuesto extraordinario: situaciones ocasionales y previsibles
    - 2.2.3. Contratas mercantiles y administrativas
  - 2.3. El contrato por sustitución (... y por vacante)
3. Contratos formativos: el reforzamiento de la formación como vía de inserción laboral
  - 3.1. Finalidad y función ¿ante un cambio de planteamiento?
  - 3.2. El contrato de formación en alternancia
    - 3.2.1. Objeto. Contenido formativo
    - 3.2.2. Personas destinatarias
    - 3.2.3. Condiciones de empleo: vigencia, tiempo de trabajo y periodo de prueba
  - 3.3. El contrato para la obtención de práctica profesional adecuada

### Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

Una de las materias clave y, seguramente, la de mayor calado en cuanto al alcance de lo reformado por el Real Decreto-Ley (RDL) 32/2021 es, sin duda, la relativa a la contratación laboral. En concreto, lo afectante a los contratos formativos y, singularmente, los de duración determinada (y su indirecta incidencia respecto al fijo discontinuo, art. 16 Estatuto de los Trabajadores –ET–).

A quien haya estado alejado/a de las concretas propuestas a las que iba a responder esta reforma (R4, R6, R8 y R9 del componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) o a los diversos documentos que se han debatido en el seno de la Mesa de Diálogo Social sobre la Modernización del Mercado Laboral (en adelante, Mesa de Diálogo Social), le sorprenderá que los aspectos más novedosos y sustanciales que introduce esta reciente reforma no afecten al núcleo duro de la reforma laboral de 2012, sino a temas que no fueran tratados en ella, como ocurre con los expedientes temporales de regulación de empleo (ERTE) y con la mencionada contratación temporal y formativa. Matizando esta afirmación, debemos, no obstante, recordar que, en puridad, las reformas laborales derivadas de la crisis de finales de la primera década de este siglo, singularmente, la desarrollada desde 2012, sí introdujeron algunas novedades en materia de contratación laboral, bien que en una dirección claramente contraria a la actual<sup>1</sup>.

Las siguientes páginas se dirigen precisamente a realizar una previa valoración de las diferencias de planteamiento que, en nuestra opinión, sí contiene la reforma de 2021 en el tratamiento de esta materia (contratación laboral) respecto a las anteriores, para

---

<sup>1</sup> Así, no debemos olvidar que con el RDL 3/2012 se derogó el contrato de fomento de la contratación indefinida (si bien elevó a rango general el coste por extinción objetiva improcedente que en él se preveía –33 días por año–) y, simultáneamente, introdujo el ya derogado contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (que hacía más formal que real el principio de estabilidad, al prever, como recordaremos, un periodo de prueba de 1 año). Y junto a ello, en línea con una ya larga (i)lógica del ejecutivo-legislador, se pretendía hacer frente a los problemas de empleo, una vez más, impulsando la contratación temporal, incorporando diversos mecanismos en este sentido (RDL 4/2013 y Ley 11/2013). Por último, respecto a la contratación formativa, el contrato en prácticas veía desdibujarse en parte su función natural, al ampliarse el plazo que podía transcurrir desde la obtención del título habilitante; y el contrato para la formación y el aprendizaje acumulaba reformas de sentido contradictorio: por un lado, mejorando su objeto formativo (RDL 10/2011 y Real Decreto –RD– 1592/2012), pero, por otro lado, desfigurándolo en favor de su papel como contrato de inserción (ampliando o excepcionando más aún la edad de las personas destinatarias o la formación teórica vinculada que justificaba la celebración de tal contrato –*vid.* disp. trans. octava Ley 3/2012 y posteriores prórrogas–).

posteriormente realizar un análisis del reciente marco regulador al objeto de subrayar, precisamente, lo que de nuevo hay. En todo caso, es oportuna una primera reflexión general sobre las líneas-guía de la reforma en este ámbito: mientras que los cambios del artículo 15 del ET están pensando en pasado, esto es, para dejar atrás los excesos y abusos en la contratación de duración determinada; en nuestra opinión, los relativos a los contratos formativos (art. 11 ET) se hacen desde un planteamiento de futuro (por lo que de central tiene el tema de la formación) y, por esa misma razón, sí se introduce un cambio de paradigma en los mismos.

## 2. Contratos de duración determinada: el artículo 15 del ET y la simplificación de los contratos estructurales

### 2.1. Ideas fuerza de la nueva reforma: un cambio de lógica y un reforzamiento de la excepcionalidad de la contratación temporal

La extensa exposición de motivos (EM) del RDL 32/2021 comienza su redacción reconociendo el fracaso de las anteriores reformas laborales en el objetivo, expresamente afirmado en ellas en el general de los casos, de atajar los principales problemas de nuestro mercado laboral: el desempleo y la temporalidad (que a su vez son causa-efecto del no menos grave de la precariedad laboral). El diagnóstico que en ella se recoge contiene las conclusiones consensuadas sobre las graves consecuencias que implica la temporalidad en nuestro mercado laboral. Así, tras recordarnos la evidente «anomalía» de tal fenómeno y su difícil encaje en el contexto comunitario (al punto de considerar que, desde esta lógica, nuestro mercado de trabajo «constituye un planeta lejano»)<sup>2</sup>, o su falta de explicación desde el punto de vista de las características de nuestra economía (EM II)<sup>3</sup>, subraya los principales efectos negativos que tan alta tasa de temporalidad suponen (sobre todo, en mujeres y jóvenes):

- Déficits de formación para el empleo y lastre para la innovación y la productividad. Las estructuras empresariales basadas en un fuerte componente de plantilla temporal basan su competencia en los costes laborales (y no en la productividad) y son, por definición, reacias a proyectos económicos basados en el valor añadido y la innovación-inversión en mejoras tecnológicas y en capital humano. En

<sup>2</sup> Baste subrayar ahora la persistente censura que en este sentido viene representando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la –falta de– adecuación del anterior marco regulador y su interpretación con la Directiva 1999/70/CE; al respecto, entre otros/as, Álvarez del Cuvillo (2019).

<sup>3</sup> También, Comisión Europea (2020, pp. 59 y 63); Conde Ruiz y Lahera Forteza (2021); Pastor Martínez (2021).

consecuencia, el marco regulador debería favorecer un cambio, porque no se puede esperar que las empresas apuesten por estrategias, sectores y procesos que conlleven valor añadido y, con ello, por –mejorar– las competencias profesionales de sus trabajadores/as (con el coste directo e indirecto que ello implica)<sup>4</sup>, en un contexto legal que les ofrece, en mejores condiciones (en términos de coste y oportunidad), una similar o mejor tasa de rendimiento a través de vías rápidas y precarizadoras de contratación atípica o de otras fórmulas de integración de las personas trabajadoras (becas, trabajo autónomo, etc.). La tentación es demasiado grande, singularmente en un contexto de crisis permanente y vistas las oportunidades y réditos que de esas vías pueden obtenerse también en ciertos modelos de negocio en la ya presente economía digital (plataformas, etc.).

- Volatilidad del empleo y, por ello, escasa utilidad de las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones. Los datos son contundentes: de poco sirve profundizar en medidas flexibilizadoras de tal índole cuando el recurso a la temporalidad es el mecanismo principal –y excesivo– de las empresas para afrontar los (ajustes de plantilla ante los) vaivenes del mercado<sup>5</sup>.
- Precariedad laboral y alta rotación<sup>6</sup>. En un contexto como el que estamos exponiendo, se explican los malos datos de empleo en términos de calidad, pues a la mencionada minoración de condiciones laborales como vía de competencia entre las empresas, se añade un marco regulador que no favorece que las personas trabajadoras reclamen sus derechos y actúen frente al fraude (ante su escasa repercusión práctica –también, Gómez Abelleira, 2017, pp. 114-115–). Esta situación abona una peligrosa espiral de mayor precariedad e incentiva el abuso empresarial (dados los más que asumibles riesgos y costes de oportunidad de tal actuación), todo lo cual, además, tendrá su reflejo en una reforzada crisis del principio de estabilidad, pues no solo no se reduce de manera contundente la tasa de temporalidad, sino que progresivamente los contratos (también los indefinidos) tienen cada vez una menor vigencia<sup>7</sup>. En otras palabras, también las medidas de flexibilidad en el despido y las consecuencias existentes hasta este momento frente al abuso o el fraude en la temporalidad (particularmente, aplicando las reglas del despido improcedente ante la extinción de un contrato temporal fraudulento) rebajan el coste de oportunidad

<sup>4</sup> Especialmente respecto a las personas trabajadoras temporales, lo que multiplica sus efectos negativos en ellas (*vid.* Comisión Europea, 2020).

<sup>5</sup> En otras palabras, el exceso de flexibilidad en los márgenes (particularmente, en contratación temporal) es uno de «los mayores enemigos del uso de las medidas de adaptación, de flexibilidad interna [...]», y, pese a ello, las anteriores reformas no actuaron para evitar ese error (Alfonso Mellado, 2010, pp. 17 y ss.).

<sup>6</sup> Los datos no dejan lugar a la discusión, por todos, Consejo Económico y Social (CES, 2017, p. 317; 2019, pp. 24-25 y 324; 2020b, pp. 345-347) e Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS, 2021, p. 21). Contundente el informe de la Comisión Europea (Comisión Europea, 2020).

<sup>7</sup> En extenso, Cárdenas y Villanueva (2020).

de tal opción y promueven un comportamiento empresarial dirigido a reducir la vigencia de los contratos (Baylos Grau, 2021, pp. 7-8; Goerlich Peset, 2017, p. 16).

Pues bien, partiendo de tal diagnóstico, viene la hora de las medidas. En este sentido, pese a que el RDL 32/2021 es consciente de que la norma laboral no es «el único lugar desde el que afrontar y resolver estos problemas» y de que la excesiva temporalidad deriva en gran medida de unas prácticas abusivas y fraudulentas («injustificadas») muy arraigadas y generalizadas, afirmará, no obstante, que la reforma que contiene «pretende corregir de forma decidida esa temporalidad excesiva». Sin duda, este es su verdadero *leitmotiv* (Ortega Figueiral, 2021), al punto de que el propio texto vincula su éxito a la consecución de este objetivo (EM II). No obstante, precisamente por ser esa su principal pretensión, añade «una previsión de seguimiento específico de los efectos de la reforma sobre este parámetro» (*vid. nueva disp. adic. vigesimocuarta ET*), motivada –a nuestro entender– por las limitaciones que finalmente ha tenido el texto aprobado respecto a otras importantes medidas que para alcanzar tal objetivo contenían los documentos que se negociaron en la Mesa de Diálogo Social<sup>8</sup>.

Con todo, conviene destacar que la actual reforma implica un cambio en la lógica que hasta ahora se ha seguido para resolver el tema de la temporalidad. Ciertamente, y al menos desde la primera gran reforma de 1994, todas ellas han guiado su lucha contra esa desorbitada tasa de temporalidad sobre la base de una actuación indirecta («abstención» o *laissez faire* normativo», dirá más críticamente Pastor Martínez, 2021), es decir:

[...] por un lado, desde la mera «lógica del fomento jurídico-económico de la contratación indefinida, y no [...] de la lucha contra las patologías crónicas de [...] la temporalidad y la rotación tan elevadas por su utilización abusiva» [...]. [Y] por otro lado, y principalmente, [desde] la centralidad de las medidas de flexibilidad en el núcleo, esto es, esencialmente, en materia de despido [...] y en las condiciones de trabajo (flexibilidad interna). Podemos afirmar así sin temor a error que las reformas de los últimos 30 años buscarán resolver el problema del [des]empleo, pero también el de la temporalidad, desde la supuesta idea-fuerza, cual dogma, de que la mayor protección de la contratación estable es la causa principal que genera desempleo y dualidad del mercado de trabajo español y, por tanto, su apuesta será por una creciente y continuada flexibilidad. [...] Y], pese a todo, se evidencia una línea de continuidad en los efectos y manifestaciones de la temporalidad y, por tanto, todas esas reformas parecen haber tenido similar resultado: un clamoroso fracaso en su intento, y, por tanto, incapaces de dar solución a los perniciosos efectos que esta situación provoca (Costa Reyes, 2022).

<sup>8</sup> Especialmente relevante es, a nuestro parecer, la no consideración como nula de la extinción de los contratos temporales en fraude, pese a estar presente en todos esos documentos (donde se introducía, para ello, un nuevo apartado, d), en el art. 55.5.2.º ET). También habría que destacar la fijación de porcentajes máximos de temporalidad anual (en función de la plantilla fija en la empresa) o medidas más garantistas frente a la rotación en el puesto o al encadenamiento o sucesión de contratos temporales.

En este sentido, y aunque el RDL 32/2021 también afirma su apuesta por el impulso a las medidas de flexibilidad interna, lo hace sobre la base de fortalecer la flexiguridad y, por tanto, de no de abrir más espacios al poder unilateral de la empresa (como ocurriera con la reforma de 2012)<sup>9</sup>. Pero lo novedoso ahora es que se incidirá directamente sobre la contratación temporal, en concreto, sobre los tipos o causas de la misma y las consecuencias ante el abuso y el fraude.

Se reafirmará ahora de forma expresa la presunción del carácter indefinido de la contratación laboral (art. 15.1 ET) –lo que además se manifiesta con el potencial canalizador del contrato fijo discontinuo–, en lógica con el principio de estabilidad del empleo al que dice servir la reforma (y con el carácter común de la contratación indefinida que, como sabemos, exige el marco comunitario –Directiva 1999/70/CE–)<sup>10</sup>. Junto a ello, y como reverso, se subraya el principio de causalidad-tipicidad de la contratación temporal, en línea, además, con las limitaciones que a estos efectos juega el principio de tipicidad extintiva prioritaria respecto de la cláusula abierta del artículo 49.1 b) del ET<sup>11</sup>. Y, a tal efecto, señala ahora el artículo 15.1.2.º del ET que el contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Debe destacarse en este sentido el valor hermenéutico de dichas manifestaciones expresas y, por tanto, su incidencia al interpretar las causas del artículo 15 del ET (también, Nogueira Guastavino, 2022). Como añadido, se refuerzan y endurecen los aspectos formales, al exigir para la válida concurrencia de tales causas justificativas que necesariamente se especifique con precisión no solo la causa habilitante, sino también las circunstancias concretas en las que aquella se manifiesta y la conexión de estas con la duración prevista (lo que indirectamente condicionará la duración exacta del contrato que, por tanto, no será siempre la vigencia máxima permitida en la norma; también, Gómez Abelleira, 2022, p. 25)<sup>12</sup>.

En relación con todo lo anterior, debemos realizar dos consideraciones interpretativas previas antes de entrar en la concreta regulación del artículo 15 del ET y que parten de la idea de que los nuevos tipos o causas de temporalidad pretenden (*voluntas legislatoris*) reforzar la ya sabida excepcionalidad de la contratación temporal (coherente, por otro lado,

<sup>9</sup> No obstante, en los documentos debatidos en el seno de la Mesa de Diálogo Social se plantearon otras previsiones más ambiciosas, en aras de reforzar la llamada flexiguridad y el papel de los sindicatos, al introducir correcciones en el artículo 41 del ET para preferenciar a estos en las conocidas comisiones *ad hoc* (en términos similares a lo acontecido en los ERTE-COVID), lo que indirectamente incidiría en el desarrollo de las medidas de los artículos 82.3 y 51.2 del ET.

<sup>10</sup> Cabe precisar, sin embargo, que ya con la anterior regulación nuestra jurisprudencia sostuvo la presunción en favor de la contratación indefinida (Costa Reyes, 2021a, pp. 160-161).

<sup>11</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de septiembre de 2014 (rec. 2069/2013), más recientemente, SSTs de 4 de abril de 2019 (rec. 165/2018) y de 24 de enero de 2020 (rec. 148/2019). Sobre el juego del artículo 49 del ET, Pérez Rey (2004, pp. 262 y ss.).

<sup>12</sup> Durán López (2022) considera que estamos ante una imposición *ex lege*, a modo de sanción, del carácter indefinido del contrato, «sin que quepa demostrar su naturaleza temporal en virtud de la naturaleza de los servicios contratados».

con el ya referido carácter común del contrato indefinido)<sup>13</sup>. En consecuencia, primera, y de manera más concreta, la nueva regulación no debiera amparar como causas de temporalidad supuestos ya descartados con base en la anterior regulación, más al contrario, su exégesis debe suponer un menor espacio al uso y admisión de la temporalidad. Ciertamente es que «la profusión de conceptos jurídicos indeterminados incluidos en el nuevo art. 15 ET augura cierta inseguridad jurídica» (Llorente, 2021), pero este hecho no puede servir (de excusa) para reabrir debates cerrados, sino más bien para reafirmar el valor del criterio teleológico y sin perjuicio de reclamar un pronto desarrollo reglamentario que sustituya –también por eso– al RD 2720/1994.

Otro dato inequívoco de esta dirección interpretativa podemos verlo en el hecho de que la reforma subraye la necesidad de que concurra una causa real de las previstas para legitimar un contrato de duración determinada ex artículo 15 del ET (*vid.*, también, EM III a) –y C23.R4 Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia), la cual, además, deberá mantenerse durante su vigencia (de ahí, creemos, las referidas exigencias formales y de acreditación). Entendemos que con ello se vendría a excluir una interpretación que legitimase contratos temporales sin causa o sobre la base de una mera fijación de un plazo (a término)<sup>14</sup>, pues con tales previsiones la nueva norma parece querer alejarse –de la negativa experiencia en este sentido derivada– del criterio judicial sobre la concurrencia de causa en el extinto contrato eventual (Costa Reyes, 2022).

Como segunda consideración interpretativa, de modo más general, la idea-fuerza que guía la reforma es que el contrato temporal no debe servir para atender a cualesquiera necesidades objetivas y limitadas en el tiempo, sin importar su extensión o forma en la que se manifieste (irregular reiteración, etc.); más al contrario, su objetivo debe llevarnos a concluir que cuando, «pese a concurrir una aparente causa de temporalidad, esta no evite su reiteración o la imprevisibilidad de su finalización y/o una duración inusualmente larga; en tal caso, afirmamos, estaremos ante un dato claro del carácter indefinido que desdibuja la temporalidad» (Costa Reyes, 2022). En este sentido, el acortamiento de los plazos tanto de vigencia como para las garantías del artículo 15.5 del ET (frente a la sucesión de contratos temporales o la rotación) es un dato a tener en cuenta.

Unas últimas puntualizaciones previas. La reforma ha pretendido establecer un marco sobre la contratación temporal más cerrado a través del sistema de remisiones expresas y tácitas que se realizan entre el artículo 15 y el artículo 16 del ET. Este diálogo entre ambos

<sup>13</sup> «[...] el recurso a contratos de duración determinada reviste un carácter excepcional en relación con los contratos de duración indefinida» (Sentencia del TJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-109/09). Sobre el carácter indefinido como regla en la contratación y la temporalidad como excepción a la misma, *vid.*, entre otras muchas, SSTS de 6 de mayo de 2003 (rec. 2941/2002), de 15 de noviembre de 2007 (rec. 3344/2006) o de 29 de diciembre de 2020 (rec. 240/2018).

<sup>14</sup> Parece entenderlo así, respecto a alguna submodalidad (circunstancia de la producción ocasional y previsible, de corta duración), Beltrán de Heredia Ruiz (2022).

preceptos debe servirnos también para poder comprender el sentido último de las situaciones y circunstancias que justifican los contratos de duración determinada ahora reformados, pese –incluso– a que la diversa redacción entre ambos en las cuestiones remitidas pueda provocar importantes dudas (Durán López, 2022).

Y, finalmente, si bien no sería correcto una acomodación mimética en las nuevas causas del artículo 15 del ET de las anteriores modalidades temporales (obra o servicio determinado, eventual y de interinidad), tampoco lo sería excluir cualquier equivalencia, entre otras razones, como veremos, porque los términos en los que se definen ahora las modalidades no solo permiten incluir en ellas parte de las circunstancias temporales ya extraídas de esa normativa ahora derogada, sino que facilitan, a nuestro entender, la comprensión del nuevo régimen.

## 2.2. El contrato por circunstancias de la producción: supuestos. El caso de las contrataciones y concesiones administrativas

En un primer acercamiento a la redacción del artículo 15.2 del ET bien podrían hacerse ciertos paralelismos con el anterior contrato eventual por circunstancias del mercado y, en menor medida, con el de obra o servicio determinado. Por tanto, la cuestión principal en estos momentos es aclarar cuáles sean los supuestos a los que se refiere esta causa, tanto más si tenemos en cuenta que bajo la misma parecen surgir varias (sub)modalidades. Para ello, es preciso atender a los términos recogidos en el mencionado precepto, de los que extraemos los siguientes supuestos justificativos: uno, que llamaremos general (párr. 1.º, primera parte): incrementos ocasionales e imprevisibles de la actividad. Otro, específico (párr. 1.º *in fine* y párr. 2.º): oscilaciones. Y, finalmente, el que consideraremos extraordinario (párr. 4.º): situaciones ocasionales, previsibles y de duración reducida y delimitada.

### 2.2.1. Supuesto general y específico: incrementos y oscilaciones imprevisibles

Los dos primeros supuestos (general y específico) guardan entre ellos elementos comunes, pero también diferenciados. Así, en uno y otro, las variaciones en la actividad productiva (incluso en la normal) deben generar un desajuste temporal de la mano de obra necesaria para atenderlas y no ser susceptibles de dar lugar a un contrato fijo discontinuo (también, Durán López, 2022). No entender que es una exigencia de ambos, además de generar un absurdo (se contrate temporalmente por tales incrementos u oscilaciones, aunque con la plantilla existente se pueda atender a esas variaciones), terminaría por desconocer la conexión entre el artículo 16.1 y todo el artículo 15.2.1.º *in fine* del ET<sup>15</sup>. Ciertamente, con esta

<sup>15</sup> Además de por la propia redacción (advértase incluso que la referencia al art. 16.1 ET se hace en singular –«responda»–, por tanto, más ajustado al incremento), el que afirmemos que en ambos casos debe

remisión al artículo 16 del ET se pretende poner de manifiesto que lo que en un primer momento pudiera ser ocasional e impredecible o meras oscilaciones, posteriormente puede evidenciarse como una actividad no temporal sino propia del artículo 16 del ET, ya que, a veces, hasta que no transcurre un determinado periodo de tiempo puede no poder valorarse adecuadamente que esa actividad es realmente cíclica o intermitente<sup>16</sup>.

Se entendería así que la línea que distingue el artículo 16 del ET de los supuestos del artículo 15.2.1.º del ET sea, precisamente, la previsibilidad (Durán López, 2022). Por tanto, si dicha actividad (circunstancia de la producción) forma parte de algún ciclo, reiteración o intermitencia, el contrato será indefinido, en particular, el fijo discontinuo.

Dicho lo cual, y al objeto de aclarar el sentido de estos dos supuestos (incrementos y oscilaciones), consideramos de interés tener en cuenta, por su similitud, lo concluido respecto al antecedente inmediato: el contrato eventual. Como sabemos, tal modalidad atendía tanto a los incrementos del volumen ordinario de la actividad empresarial como a la acumulación o retrasos en las tareas ordinarias; por tanto, unos y otros derivados siempre de factores externos (razones productivas de mercado), no por causas internas u organizativas (falta del personal ordinario necesario para atender a la actividad habitual en la empresa).

Pues bien, partiendo de tal consideración, estamos en mejores condiciones de entender el sentido último de los dos supuestos contemplados en el artículo 15.2.1.º del ET. Así, y respecto al supuesto general, los incrementos de la actividad productiva deben ser puntuales (en el sentido de no habituales, recurrentes, cíclicos o intermitentes y ciertos, ex art. 16.1 ET); y no previsibles, inesperados o sobrevenidos (porque en caso contrario, a lo sumo, se prevé el supuesto extraordinario que luego tratamos)<sup>17</sup>.

En cuanto al supuesto específico (oscilaciones), el ejemplo planteado por la norma en el artículo 15.2.2.º del ET (vacaciones) arroja algo de luz y, además, como explicaremos, es coherente con lo antes mencionado respecto a su antecedente. Para una adecuada interpretación debemos comenzar recordando una vez más que los supuestos admisibles no

---

generarse un desajuste temporal se puede extraer de los diversos documentos manejados en la Mesa de Diálogo Social. En particular, el documento de 14 de octubre de 2021 ya contemplaba una previsión similar (para el entonces llamado contrato por razones de carácter productivo), pero referida solo al incremento, ya que es posteriormente cuando se incluyeron las palabras «y las oscilaciones», justamente tras «imprevisible».

<sup>16</sup> Conclusión que, por otro lado, ya fue puesta de manifiesto por los tribunales con la anterior normativa; por todas, STS de 25 de febrero de 1998 (rec. 2013/1997).

<sup>17</sup> En todo caso, lo previsible a estos efectos no depende, como valoran algunos autores (Beltrán de Heredia Ruiz, 2022), de «una dimensión "interna" (o "subjética")»; desde nuestro punto de vista, como en otras cuestiones, debe valorarse la misma desde la perspectiva de la «diligencia de un ordenado empresario» que, por definición, es de un nivel mayor, exigiéndole un examen más experto que a quien no lo es; sobre el tema, Ramos Herranz (2006, pp. 205 y ss.).

pueden implicar ninguna de las circunstancias predicables del fijo-discontinuo. En consecuencia, dos serán los elementos clave que justifiquen en este caso el contrato temporal para esas oscilaciones: primero, la necesidad temporal de trabajo debe estar motivada no por el mero hecho de razones *ad intra* (organizativos), sino por factores externos, productivos, que impliquen que el trabajo necesario sobrepasa la capacidad de las personas empleadas disponibles. Y segundo, la concreta circunstancia que conlleva la oscilación debe ser puntual, episódica y transitoria (fuera de cualquier ciclo, reiteración, intermitencia, etc.), porque lo contrario denotaría que la necesidad no es temporal sino permanente (aunque no necesariamente continuada) y, por tanto, que el requerimiento de nuevo personal es consecuencia, no de factores externos, sino de un previo déficit de personal ordinario suficiente.

Así se había admitido, bajo esas determinadas condiciones, en relación con las vacaciones de las personas trabajadoras, supuesto ahora incluido como ejemplo específico de oscilaciones que justifican este contrato por circunstancias de la producción. Razón por la cual, como adelantábamos, puede servirnos de orientación para aclarar y confirmar la interpretación que sostenemos. En efecto, sobre la base de tal antecedente y de la lógica ya señalada de que la reforma no permite provocar una ampliación de los supuestos que ya la anterior regulación excluía, este contrato serviría también para atender incluso al trabajo ordinario cuando, «por diversas causas, se reduce de modo acusado el número de empleados que ha de hacer frente al mismo» (STS de 7 de diciembre de 2011, rec. 935/2011)<sup>18</sup>, eso sí, siempre que esta circunstancia sea, como decimos, esporádica (Beltrán de Heredia Ruiz, 2022). No otra puede ser la conclusión, toda vez que, de un lado, nada de extraordinario resulta del disfrute de las vacaciones, porque, como regla general, estas son previsibles y, por tanto, la posible necesidad de mano de obra que provoque se ajusta *a priori* (a razones organizativas y) a las características que se pregonan de un fijo discontinuo<sup>19</sup>. Sin embargo, de otro lado, en ciertas ocasiones, las vacaciones pueden generar una oscilación temporal en la capacidad productiva y, con ello, una falta real de mano de obra o, dicho en los términos expresados por el Alto Tribunal (por su clara similitud con los expresados ahora en la norma), «una desorganización y un desajuste temporal entre el empleo disponible y "el que se requiere" para atender al mercado» (STS de 9 de diciembre de 2013, rec. 101/2013)<sup>20</sup>. Así ocurre en casos concretos y puntuales, como cuando no es posible una inmediata contratación indefinida para cubrir tal déficit (*vs. gr.*, el proceso para ello está reglamentado) o como los del 38.3 del ET (porque conlleva su disfrute fuera de la fecha prevista), o incluso cuando el derecho puede ejercitarse fuera de cualquier reiteración previsible. Adviértase en este sentido, además, que las vacaciones no presumen por sí esa desproporción, sino que, aun existiendo estas, será necesario acreditar el desajuste y la oscilación que lo genera (*ex art.* 15.2.1.º *in fine* y 2.º ET)<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> También, Sempere Navarro (2013).

<sup>19</sup> También, Ballester Pastor (2005, pp. 49 y 54), y STS de 30 de octubre de 2019 (rec. 1070/2017).

<sup>20</sup> De especial interés, STS de 10 de noviembre de 2020 (rec. 2323/2018).

<sup>21</sup> Sobre la base de la anterior jurisprudencia, *vid.* STS de 12 de junio de 2012 (rec. 3375/2011). También, SSTS de 5 de julio de 1994 (rec. 83/1994) y de 26 de marzo de 2013 (rec. 1415/2012).

En definitiva, solo podrá hacerse uso de este supuesto especial del artículo 15.2 del ET cuando la contratación temporal presente conexión real y acreditada con requerimientos productivos u oscilaciones (con matices, también, Nogueira Guastavino, 2022); y, como reverso, la extinción contractual se debe producir con el agotamiento de la concreta situación de la que derivó la oscilación (o las vacaciones de las personas trabajadoras en cuestión).

## 2.2.2. Supuesto extraordinario: situaciones ocasionales y previsibles

Junto a los dos supuestos que acabamos de explicar, como adelantábamos, encontramos el que hemos llamado extraordinario (art. 15.2.4.º ET), esto es, el contrato temporal por circunstancias de la producción para situaciones ocasionales, previsibles y de duración reducida y delimitada.

Una interpretación puramente literal permitiría «la entrada de numerosos supuestos temporales antes no permitidos, siempre que su duración sea reducida y limitada» (Nogueira Guastavino, 2022). En concreto, la posibilidad de contratos temporales sometidos simplemente «a un "término puro" (y no, reitero, a una actividad cuya duración sea temporal por naturaleza)» (Beltrán de Heredia Ruiz, 2022).

La ya criticada deficiente redacción técnica del precepto debe llevarnos a un cuestionamiento del mero sentido literal, en tanto que contrario al explicitado objetivo teleológico de la reforma. Así pues, por dar alguna explicación coherente a este artículo 15.2.4.º del ET, creemos necesario tener en cuenta que las situaciones justificativas que prevé reclaman la concurrencia simultánea de dos exigencias: una, que sean ocasionales, esto es, que no se reiteren o repitan en el tiempo de forma intermitente, discontinua o cíclica (también, Nogueira Guastavino, 2022): solo acontece alguna vez y fuera de cualquier cadencia como las advertidas en el artículo 16 del ET (pues en otro caso daría lugar a un contrato indefinido –fijo discontinuo o incluso a tiempo parcial ex art. 12 ET–)<sup>22</sup>. Y dos, que tengan una duración reducida y delimitada. Es decir, tales situaciones no solo deben ser temporales *per se* (delimitadas, que se agotan en sí), sino, además, de escasa extensión, tan marginal (siempre menos de 90 días –no continuados– al año) que, incluso no implicando una eventualidad previsible, tampoco sería razonable exigir un contrato indefinido<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Como observa Beltrán de Heredia Ruiz (2022), una mayor frecuencia, siquiera manifestada de manera intermitente (pues tiene una connotación más continua en el tiempo), implicaría que la actividad deba cubrirse como fijo discontinuo. Es interesante en este sentido traer a colación la jurisprudencia anterior sobre la prevalencia y carácter cerrado del artículo 16 del ET, de lo que deducía que la negociación colectiva no podía, en ningún caso, exigir requisitos añadidos (número de reiteraciones o tiempo mínimo contratado en el año anterior, etc.), ajenos al objeto o actividad, para conllevar la calificación como fijo-discontinuo (SSTS de 26 de octubre de 2016, rec. 3826/2015, y de 4 de octubre de 2017, rec. 176/2016).

<sup>23</sup> En relación con el artículo 15.2.4.º (ocasionales, previsibles, breves y delimitadas) y el artículo 16.1 (fijos discontinuos intermitentes) del ET, algún autor ha señalado como elemento diferencial la certidumbre o

Junto a ello, debe observarse que la duración prevista en la norma difiere en su sentido a la de los supuestos del artículo 15.2.1.º del ET (la vigencia máxima lo es del contrato temporal, con independencia de que la actividad pudiera extenderse por más tiempo), pues en el supuesto extraordinario la duración reducida y delimitada, esos 90 días (no continuados, recuérdese), no se refieren a la vigencia del contrato, sino al número de días habilitados para que, si concurre una causa temporal real como las que describe, puedan tener lugar todos los contratos de este tipo que necesite realizar la empresa para atenderla (eso sí, en proporción a tal necesidad, *ex art. 15.1.3.º ET*)<sup>24</sup>. Dicho de manera simplificada: es un volumen total máximo de días que la empresa puede utilizar para atender a cuantas «concretas situaciones» (actividades, tareas, etc.) temporales previsible puedan acontecer en el año (*ex art. 15.2.4.º in fine ET*); pero si esas situaciones requieren más días, la conclusión es que a los efectos del artículo 15.2 del ET ya no estamos ante una necesidad contingente de la actividad empresarial<sup>25</sup>.

De todo lo señalado concluimos que lo justificativo en este caso son las situaciones previsible que dan lugar a una necesidad extraordinaria de fuerza de trabajo. En concreto, a nuestro modo de ver, así puede suceder, primero, por la eventualidad de una necesidad breve. En este caso, lo que pretende el legislador es, simplemente, matizar en supuestos muy limitados la exigencia de imprevisibilidad del artículo 15.2.1.º del ET<sup>26</sup>. Y segundo, por

---

no de que tal actividad se realizará: será fijo discontinuo si hay seguridad de que se producirá la prestación (cierta), aunque no necesariamente cuándo; pero si solo es previsible, sí se admitiría el contrato temporal *ex artículo 15.2.4.º del ET* (Durán López, 2022). Compartiendo en gran medida esta idea, si consideramos oportuno precisar que la certidumbre no puede depender de la voluntad de la empresa ni, por tanto, de los riesgos de mercado que a ella corresponden (*v. gr.*, ofertar una actividad –curso B2 de idiomas–, o un mayor número de veces la misma, en función de que tenga una cierta demanda –cada 20 matriculados/as–). En otros términos, si la actividad depende del círculo rector de la empresa, aunque esta condicione su efectiva o concreta puesta en marcha a la aceptación en el mercado, estaremos ante una actividad cierta y correspondería un contrato indefinido fijo discontinuo (así parece entenderlo también Beltrán de Heredia Ruiz, 2022).

<sup>24</sup> No compartimos la idea de que la referencia a las empresas debe entenderse hecha a los centros de trabajo, de manera que cada uno de ellos (y no la empresa en su conjunto) pueda disponer de esos 90 días (Gómez Abelleira, 2022, pp. 26-27). Ciertamente, considerarlo así no solo daría una injustificada ventaja a las empresas de estructura compleja (particularmente, las de varios centros en un mismo territorio), sino que, una vez más, dejaría a decisiones organizativas unilaterales del empresario el abrir nuevas opciones de temporalidad y, con ello, las posibilidades de abuso.

<sup>25</sup> Salvando las distancias, la previsión legal recuerda a la doctrina judicial relativa al extinto contrato eventual que señalaba que «para marcar la frontera entre la necesidad contingente y la permanente, el legislador acude a un factor objetivo, como es el tiempo en que persisten esas circunstancias», de modo que este actuará «como límite total y absoluto, tanto para la duración del contrato como para la celebración de otros contratos en razón a las mismas circunstancias, para preservar la naturaleza de la eventualidad» (STS de 21 de abril de 2004, rec. 1678/2003). Parangonando las conclusiones entonces extraídas, podríamos afirmar que, con el límite temporal, «lo que se quiere es permitir atender circunstancias excepcionales [...], estimándose que la excepcionalidad no se da ya si se mantiene por un tiempo superior [...] (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Canarias/Las Palmas 761/2005, de 27 de junio).

<sup>26</sup> Debe recordarse que, ya con la anterior regulación, se había puesto de manifiesto que la previsibilidad de la situación (*v. gr.*, celebración de un evento importante: olimpiadas, mundial, festival, etc.) no excluye

las específicas circunstancias de la actividad a realizar que, aunque previsible, la hacen extraordinaria en relación con la habitual de la empresa; es decir, también se puede identificar como temporal cuando estemos ante trabajos extraordinarios para la empresa o cuando se trate de tareas ocasionales que (aunque integradas en la actividad necesaria de la empresa –de ahí que sea previsible–), por sus especiales características, solo se precisarán por poco tiempo y serán de fácil individualización-delimitación, ya que, aun no siendo las permanentes ni habituales, sí es previsible que se requieran en alguna ocasión, bien que de manera extraordinaria (v. gr., ciertas contrataciones, revisiones de maquinaria, limpiezas extraordinarias, reparaciones o mantenimientos ocasionales, etc.). En definitiva, en este último caso, pese a que tales tareas no puedan justificar un contrato temporal ex artículo 15.2.1.º del ET, tampoco parecería razonable exigir una contratación indefinida, precisamente, por el carácter extraordinario de la actividad o por la escasísima duración derivada de la naturaleza especial de las tareas (en comparación con las propias y ordinarias de la empresa)<sup>27</sup>.

En resumen, esta modalidad se prevé para situaciones temporales extraordinarias breves, alejadas, por tanto, de la actividad productiva ordinaria, o debidas a particularidades del trabajo a realizar y que las diferencian de las tareas permanentes o habituales que de ordinario desarrolla la empresa. Y en este sentido se comprende que las situaciones justificativas, aunque previsibles, sean en todo caso «ocasionales» o extraordinarias (por su falta de continuidad y de cualquier cadencia anual o, en su caso, por no tratarse de la actividad normal, habitual u ordinaria de la empresa); lo que explicaría que no sea razonable exigir una contratación permanente (también, Nogueira Guastavino, 2022)<sup>28</sup>.

En cualquier caso, reiteramos, tampoco esta submodalidad extraordinaria (previsible) puede amparar supuestos que justifiquen un fijo discontinuo, como serían las campañas o trabajos de temporada (rebajas, agrícolas, etc.)<sup>29</sup>, y ello no solo porque en estos casos dicha necesidad no es ocasional, sino recurrente (también, Nogueira Guastavino, 2022), sino porque como también hemos advertido, ya con base en la anterior regulación estas actividades se reconducían al fijo discontinuo (Costa Reyes, 2022). En suma, tanto la *voluntas legislatoris* y una interpretación teleológica (minorar los supuestos de temporalidad) y sistemática, como la propia literalidad de los términos empleados, abonan la exclusión de tales supuestos reiterativos.

---

una necesidad coyuntural y transitoria de mano de obra y, por tanto, al ser limitada en el tiempo, vendría innecesaria al agotarse o concluir tal situación; por todos/as, García Murcia (2003, p. 218) y Gómez Abelleira (2017).

<sup>27</sup> Lo expuesto se acerca a la propuesta –y su justificación– planteada por Conde Ruiz y Lahera Forteza (2021).

<sup>28</sup> Al respecto, es interesante recordar que es:

[...] intrínseco a la naturaleza del contrato de trabajo fijo discontinuo el que la prestación de servicios se produzca [...] al menos con una cadencia anual, por cuanto de otra forma se perdería la naturaleza contractual fija, para convertirse en una prestación esporádica contraria a la fijeza (STSJ de Madrid 723/2000, de 28 de noviembre).

<sup>29</sup> Si lo considera Ortega Figueiral (2021). También, Llorente y Pavía (2022), quienes consideran que solo sería exigible el fijo discontinuo de superarse los 90 días (la campaña concreta, entendemos).

### 2.2.3. Contratas mercantiles y administrativas

Todo lo advertido hasta el momento nos permite referirnos ahora de manera más concreta al caso de los negocios que articulan la externalización, en concreto, las (sub)contratas o concesiones administrativas y su relación con los contratos temporales. Sobre el particular, y atendida la finalidad de la reforma, está claro que deben mantenerse las conclusiones jurisprudenciales que negaban la licitud del contrato temporal de la persona trabajadora sobre la base, precisamente, de dicho negocio mercantil o administrativo (en extenso, Costa Reyes, 2021b).

Dicho lo cual, debemos señalar ahora que, pese a la formal derogación del contrato por obra o servicio determinado, lo cierto es que, en nuestra opinión, en algunos casos, puede ser reconducible a los supuestos del artículo 15.2 del ET, siempre que se cumplan los requisitos para ello (incluida la vigencia máxima) y no sean susceptibles de un contrato fijo discontinuo (también, Basterra Hernández, 2021). Ambas apreciaciones nos remiten al artículo 15.2 del ET, en sus párrafos 1.º *in fine* y 5.º, y al artículo 16.1 del ET, de cuyo contenido cabe deducir que la propia norma lo admite, también, aunque estemos en un caso de contrata/concesión administrativa.

En nuestra opinión, las referidas normas nos permiten concluir, primero, que la mera celebración de tal negocio mercantil o administrativo para externalizar la actividad empresarial no es, *per se*, causa que justifique un contrato temporal (en ningún caso, refuerza la EM IV a) 2.º)<sup>30</sup>. Ahora bien, segundo, una contrata/concesión podrá considerarse como una causa de temporalidad cuando la actividad o tarea para la que se articula reúna las características y requisitos que, en positivo y en negativo, se derivan del juego cruzado de los artículos 15.2 y 16 del ET (también, Nogueira Guastavino, 2022, y Vicente Palacio, 2022). En consecuencia, esa contrata/concesión no debe implicar trabajos ordinarios o habituales de la empresa y, en todo caso, debe tener lugar de manera ocasional (ya imprevisible o previsible), lo que excluye también los trabajos cíclicos, reiterados o intermitentes (art. 16.1 ET).

Lo que acabamos de afirmar debe ponerse en conexión con lo que el artículo 16.1 del ET señala sobre las contratas y subcontratas o concesiones administrativas que contempla (previsibles y correspondientes a la actividad ordinaria de la empresa). A nuestro parecer, lo pretendido en tal precepto no puede entenderse, *a contrario*, como que, en caso de ser imprevisible, la contrata/concesión pudiera justificar en todo caso un contrato temporal del artículo 15.2 del ET, con independencia de si la misma forma o no parte de la actividad

---

<sup>30</sup> Cuestión distinta, y no discutible a nuestro modo de ver (*ex art. 15.2, último párr., in fine*), es que en el seno de la actividad desarrollada en una contrata puedan concurrir las causas del artículo 15.2 del ET y, por ello, poder justificarse tal contrato temporal; pero, reiteramos, en este caso la contrata como tal no es la causa del mismo, sino que lo será por la actividad desplegada en ella; también, Durán López (2022).

ordinaria y habitual de la empresa. Entendemos que este último aspecto es relevante para la norma y, para explicar su interés, debemos partir de la idea de que el artículo 16.1.2.º del ET lo que pretende es introducir un mecanismo de flexiguridad. Para una mejor explicación de lo que vamos a señalar, es oportuno tener en cuenta la jurisprudencia del TS sobre estos negocios empresariales y su relación con el extinto contrato temporal de obra o servicio determinado, ya que, como sabemos, vino a exigir el contrato indefinido ordinario para cuando las contrataciones forman parte de la actividad ordinaria y habitual de la empleadora (en detalle, Costa Reyes, 2021b)<sup>31</sup>. Frente a ello, como decimos, el RDL 32/2021 procura, respecto de la empresa, una mayor flexibilidad y evitarle tener que realizar, necesariamente y en todo caso, un contrato indefinido ordinario para las personas trabajadoras empleadas en una contrata de tal tipo y, en consecuencia, tener que proceder a las reglas generales de extinción por causas empresariales (arts. 51 y 52 ET) cada vez que concluya la contrata. Y, para las personas trabajadoras empleadas en este tipo de empresas contratistas, darles seguridad, evitando que sean necesariamente despedidas al final de la misma y, a la vez, que durante los tiempos de espera (periodos de inactividad) entre una y otra contrata en la que ser empleadas, puedan obtener, en su caso, la prestación por desempleo. Obsérvese, al objeto de entender el porqué del artículo 16.1 del ET en este tema, que esta medida de flexiguridad solo tiene sentido respecto a las contrataciones previsibles, pues en otro caso –imprevisibles– no hay ningún elemento que *a priori* pueda dar a entender que acontecerá otra contrata.

Aclarado este punto, nos resta delimitar el supuesto del artículo 15.2 del ET en relación con las contrataciones imprevisibles. En este caso, como adelantábamos, debemos distinguir en función de qué represente para la actividad empresarial de la contratista/concesionaria tal tipo de negocio (y nicho de mercado). Así, de un lado, si es la ordinaria y habitual, como hemos advertido, el fijo discontinuo no parece admisible y, por tanto –conforme a la mencionada jurisprudencia–, habría que acudir al contrato indefinido ordinario y, al concluir la contrata, en su caso, proceder como hasta ahora se hacía respecto a las personas trabajadoras indefinidas afectadas por el fin de la misma: reconducirla como causa empresarial (económica, técnica, organizativa o de producción) para las medidas coyunturales o definitivas (despido)<sup>32</sup>. Sin embargo, de otro lado, si la concreta contrata no forma parte de su actividad habitual (*v. gr.*, porque la empresa no se centre en esos negocios o porque aun siéndolo, en este caso, no responde a su actividad ordinaria, es decir, cuando el encargo lo es para algo extraordinario y distinto a lo que habitualmente desempeña), sí cabría, a nuestro entender, el contrato temporal del artículo 15.2 del ET.

<sup>31</sup> No debe olvidarse que la imposibilidad entonces del fijo discontinuo era consecuencia de que nuestra jurisprudencia exigiera para esta modalidad «intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad» (por reciente, STS de 30 de julio de 2020, rec. 3898/2017), lo que es difícil en este tipo de negocios.

<sup>32</sup> Por todas, SSTS de 31 de enero de 2018 (rec. 1990/2016) y de 3 de noviembre de 2020 (rec. 1521/2018).

## 2.3. El contrato por sustitución (... y por vacante)

Pese al cambio de denominación, nos encontramos ante el conocido contrato de interinidad. Es más, y pese a las pretendidas restricciones y exclusiones que sobre el mismo se plantearon en los documentos debatidos ante la Mesa de Diálogo Social, lo cierto es que se mantienen los supuestos o submodalidades ya existentes conforme a la anterior regulación, bien que con algunas precisiones que se venían reclamando y que merecen subrayarse (sobre el tema, Costa Reyes, 2022). Por todo lo cual, en lo demás, consideramos que deben mantenerse las conclusiones e interpretaciones que sobre el mismo se derivaron de la regulación ahora derogada sobre el señalado contrato de interinidad, por lo que a ellas nos remitimos.

Conforme hemos adelantado, esta modalidad se sigue justificando cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: primero, «para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo»<sup>33</sup>. En este caso, nada ha cambiado más allá de flexibilizarlo en el sentido de que «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 15 días» (criticando esta limitación temporal, Durán López, 2022). Segundo, «para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo»; lo que no es sino la debida elevación a rango de ley de lo previsto en el artículo 5.2 b) del RD 2720/1994, si bien ampliando ahora los supuestos a los que puede dar cobertura.

Y finalmente, tercero, se recoge también en la ley el ya conocido contrato de interinidad por vacante: «para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo». En este caso, que como sabemos estuvo excluido fuera del empleo público en los documentos que manejó la Mesa de Diálogo Social, simplemente se añaden o aclaran algunas cuestiones. Así, y de un lado, se especifica ahora que el puesto para cuya cobertura se legitima este contrato temporal debe serlo mediante contrato fijo, lo que excluiría esta submodalidad para cuando sea temporal (que sí parecía admitirse con la regulación anterior). De otro lado, se fija legalmente una vigencia máxima (se entiende que salvo cobertura anterior), y sin excepción alguna ahora ya que solo se remite en este punto al convenio colectivo (sin especificar nivel) para que pueda fijar una inferior. Esta nueva redacción, sin duda, evitará los problemas abiertos en este sentido por cierta jurisprudencia que, recordemos, amplió

<sup>33</sup> Como ha aclarado el TS no es necesario que la reserva del puesto derive de una previa suspensión del contrato del sustituido/a, pues la norma no lo exige y existen otras posibilidades que así lo permiten; por todas, STS de 26 de mayo de 2021 (rec. 2199/2019), en la cual, además, se especifica que las causas que dan lugar a la reserva del puesto son las que puedan establecerse en la ley o por las partes (colectivas o individuales incluso).

la posibilidad de extender su vigencia más allá de la expresa mención que entonces se hacía a las Administraciones públicas<sup>34</sup>. Junto a ello, se aclara que, superada la vigencia máxima correspondiente, no podrá celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto.

### 3. Contratos formativos: el reforzamiento de la formación como vía de inserción laboral

#### 3.1. Finalidad y función ¿ante un cambio de planteamiento?

Es una constante la afirmación de que la formación de carácter profesional «se sitúa cada vez más como un ámbito clave para la transición con éxito hacia un nuevo modelo productivo [...], y para ofrecer [...] garantías de empleabilidad, de progreso profesional y de desarrollo personal» (CES, 2021, p. 13). Frente a ello, desde las instituciones europeas se viene a subrayar el desfase de capacidades existente en el mercado de trabajo, ya que en demasiadas ocasiones se detecta, en relación con el empleo juvenil, por un lado, subempleo, es decir, una titulación superior a la requerida en su puesto de trabajo (en torno al 25-30 % –Eurostat 2019; 2021; e Informe CYD, 2020, pp. 144 y ss.–); y, por otro, una falta de competencias profesionales específicas para responder a los requerimientos productivos (Comisión Europea, 2012; 2016).

Sin embargo, y a pesar de su carácter estratégico y amplia utilización en numerosos países de nuestro entorno para acometer la necesaria incorporación de las nuevas generaciones de jóvenes al mundo del trabajo, nada descubrimos si subrayamos la frustración que provocan los negativos resultados –y de la experiencia acumulada durante más de 40 años– de los contratos formativos del artículo 11 del ET, tanto en términos cuantitativos como de inserción laboral y de transición hacia empleos estables<sup>35</sup>. Entre los principales factores que forman parte de esa tormenta perfecta de malos resultados, destacamos ahora los siguientes: primero, la multiplicación de otras figuras (laborales y no) que permiten a las empresas obtener similares resultados, incluso con una menor complejidad y/o coste (v. *gr.*, prácticas y becas, ocurrentes modalidades contractuales temporales ocasionales o

<sup>34</sup> Nos referimos, por todas, a la STS de 11 de abril de 2006 (rec. 1394/2005).

<sup>35</sup> Cabe advertir, además, que en nada cambió esta realidad la admisión (reformas de 2012 y 2013) de que las empresas de trabajo temporal (ETT) pudieran concertar contratos de puesta a disposición para cubrir contratos formativos, pues su incidencia ha sido marginal y decreciente; *vid.* Ministerio de Trabajo y Economía Social (2021). Muy crítico con aquella habilitación legal, Esteban Legarreta (2021, pp. 3-4).

Los datos sobre transición a empleo estable desde los contratos formativos (*vid.* Servicio Público de Empleo Estatal –SEPE–, 2020 o 2021, inferior a 4%) confirman las conclusiones ya realizadas por De la Rica *et al.* (2020) o López Rodríguez y Cueto Iglesias (2017, p. 23): una persona joven con contrato formativo tiene menos probabilidad de permanecer en la empresa (y menos aún como indefinido) que una persona con un contrato temporal estándar.

contratación temporal abusiva y descontrolada). Ciertamente, debe subrayarse críticamente que nos encontramos con una multiplicidad desconectada de figuras y medidas que pretenden actuar en el binomio formación-práctica profesional, pero que se evidencian descoordinadas, solapadas e incluso incoherentes entre sí, hasta el punto de que en muchos casos suponen una clara competencia desleal a los contratos formativos (también, Esteban Legarreta, 2021, pp. 2, 5 y 6). Esta realidad, además, genera una clara confusión en los operadores jurídicos y económicos y una peligrosa relativización de la importancia combinada de cualificación y experiencia profesional.

Por centrar este factor, nos referiremos ahora a las prácticas profesionales no laborales en su multitud de manifestaciones (v. gr., RD 1543/2011, becas extracurriculares o posgraduales, etc.). Respecto a las mismas, es importante señalarlo, su incremento exponencial y sostenido en los últimos lustros, su extensión y generalización no solo en el ámbito curricular de los estudios (universitarios y de formación profesional), sino incluso fuera de tales contextos educativos, nos permiten conocer con mejor precisión el volumen de personas implicadas en experiencias que suponen la combinación de formación y práctica profesional. Y precisamente por ello, afirmar que nos encontramos ante una realidad muy alejada de la de finales del siglo pasado e incluso de la década pasada, pues las prácticas externas se han generalizado y el alumnado en dichos estudios cuenta ya con vías para esa primera experiencia en un contexto empresarial y, pese a ello, las mismas no han favorecido una mejor o mayor incorporación de la juventud en el mercado de trabajo; más al contrario, todo apunta a que –al menos a partir de cierto momento– la dilatan cuando no la entorpecen, lo que sin duda viene a cuestionar el mantenimiento de la actual situación<sup>36</sup>. Contrasta además ese crecimiento con la ausencia de un marco normativo general y de conjunto que permita integrar esas prácticas en lógica coherencia con los contratos formativos, al punto de que, como también se evidencia en los modelos comparados (*tirocini* en Italia), inciden aún más en la precarización de las personas jóvenes, impidiendo transiciones positivas y mandando un errado mensaje a los operadores económicos.

Resumiendo, no parece muy acertada una libertad casi plena en la configuración de dichas prácticas no laborales o dejar la solución a sus abusos en manos de la limitada intervención de la ITSS o de los tribunales, y, a la vez, mantener un marco regulador de los contratos formativos más complejo, variable y con mayores exigencias y limitaciones (sobre estas mayores cargas, Confederación Española de Organizaciones Empresariales –CEOE–, 2017, p. 159). Razón por la cual nos parece imprescindible apostar por una regulación de tales prácticas no laborales, singularmente las extracurriculares y las que están fuera del ámbito educativo, al objeto de coordinar adecuadamente el espacio de unas y otras y su interrelación<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> En este sentido, y respecto a las prácticas universitarias, se ha criticado la falta absoluta de medidas en la norma que puedan provocar esa inserción laboral posterior (Moreno Gené, 2017, pp. 10, 11, 89 y 105 y ss.).

<sup>37</sup> También, Duque González (2012, pp. 311 y ss. –algunas propuestas concretas en pp. 319 y ss.).

Este parece (o, al menos, debiera) ser el sentido último de abordar el Estatuto del Becario previsto en la disposición adicional segunda del RDL 32/2021<sup>38</sup>.

Segundo, la consolidada cultura de la temporalidad existente en nuestro país y el uso distorsionado que viene haciendo de los contratos de duración determinada (art. 15 ET), particularmente en relación con las personas jóvenes (CES, 2019; 2020b). El resultado, como sabemos, viene de lejos y es un precio demasiado alto (fuerte eventualidad, rotación y dificultades en inserción laboral), pues terminan convirtiendo la contratación temporal en «callejones sin salida» en términos de progresión laboral (un endémico «atrapamiento en la temporalidad» –Cebrián *et al.*, 2007–) y comprometiendo el propio futuro profesional de las personas trabajadoras, al favorecer una oferta de empleos y un tejido productivo de baja calidad (Conde Ruiz y Lahera Forteza, 2021).

En tercer lugar, la realidad de nuestro tejido productivo y empresarial, caracterizado por lo general por estructuras empresariales de escasa dimensión, poca innovación y capital y/o con una excesiva relevancia de sectores económicos de escaso valor añadido. Debe observarse al respecto que, sin duda, el nivel de cualificación o la especialización necesaria en las personas trabajadoras está fuertemente condicionado no solo por la demanda de aquellas, sino también por la calidad del empleo que dichas empresas requieren (y, por tanto, de los puestos que ofertan), pues difícilmente una actividad económico-empresarial de escaso valor añadido comportará una apuesta planificada –y en el medio plazo– por mejorar la capacitación de sus recursos humanos (también, Esteban Legarreta, 2021, p. 2)<sup>39</sup>. Esta realidad contrasta con la consabida idea de que el diseño y previsión de futuro de mejoras en la actividad empresarial (particularmente, en un contexto de transición hacia un nuevo modelo productivo) y la apuesta por la formación y (re)cualificación profesional son una necesidad para las empresas que pretendan desarrollarse en el tiempo.

Finalmente, cuarto, una regulación cambiante y ambigua, falta de una idea clara del sentido y finalidad esencial de los contratos formativos; es más, en gran medida se han primado objetivos de mera inserción laboral directa, haciendo de la formación y la experiencia profesional cualificada una cuestión secundaria cuando no una mera excusa para justificar modalidades contractuales con condiciones laborales más precarias<sup>40</sup> y, por ello, con una regulación sujeta al albur de unas estadísticas laborales siempre frustrantes.

<sup>38</sup> Con todo, su regulación final no contempla la derogación del referido RD 1543/2011, pese a que así se contempló en varios documentos tratados en la Mesa de Diálogo Social.

<sup>39</sup> *Vid.* los progresivos informes del mercado de trabajo de los jóvenes del SEPE (principalmente, los que arrojan los datos de 2018 y 2019, pues 2020 presenta una importante distorsión derivada de la pandemia): la inmensa mayoría de los empleos ofertados son de baja cualificación e incluso se detecta una caída de los que reclaman cierto nivel de estudios.

<sup>40</sup> Analizados en detalle los niveles profesionales y sectores en los que son ocupadas las personas empleadas bajo el anterior contrato de formación y aprendizaje, se evidencia que su uso responde sobre todo a una lógica de ahorro de costes para las empresas y sectores, especialmente aquellas con menor valor

Ciertamente, no puede desconocerse que las modalidades contractuales formativas han venido siendo utilizadas principalmente como medida para el fomento del empleo y la inserción laboral de jóvenes. Y a tal efecto, se explican los diversos estímulos que se han asociado a este régimen de contratación: temporalidad, menores costes (retributivos o sociales) y beneficios económicos por su conversión en indefinido. Y del mismo modo, el continuo cuestionamiento de la relevancia del aspecto formativo, ejemplificado de manera más evidente tanto en su regulación originaria (donde la formación como tal se limitaba al aprendizaje por el trabajo), como en la acontecida desde 2012 en el contexto de la crisis económica (aunque no solo entonces, pues, repetimos, es una constante), donde se tensionan al extremo los pretendidos objetivos formativos (*v. gr.*, no previendo ninguna exigencia formativa o, más aún, extendiendo en el tiempo la validez del título habilitante en el contrato en prácticas o, respecto al contrato de formación y aprendizaje, desconfigurando su ámbito subjetivo y, sobre todo, devaluando su contenido formativo desde 2013 a 2015 inclusive<sup>41</sup>).

Todo lo cual ha provocado un marco jurídico inestable y confuso, con planteamientos de ida y vuelta, que ha conllevado además una inseguridad jurídica y una no menor complejidad (particularmente en el contrato para la formación y el aprendizaje).

Frente a esta realidad, no está de más recordar que los modelos europeos exitosos en este ámbito se caracterizan precisamente en este aspecto por regulaciones consensuadas y continuadas en el tiempo, y, del mismo modo, que los diversos instrumentos orientados a la cualificación profesional y experiencia profesional se ordenan de manera coordinada e integrada, evitando los problemas que su dispersión ocasiona (*v. gr.*, prácticas no laborales, contratos formativos, contratos temporales, sistemas de formación profesional, etc.). Dicho de manera breve: de poco serviría incidir en uno de esos concretos instrumentos si los demás permanecen igual. De ahí lo acertado –al menos como planteamiento– de la reforma del RDL 32/2011, pues junto a la señalada disposición adicional segunda, como hemos advertido en el punto anterior, se pretende una regulación más restrictiva y limitativa de la contratación temporal.

Advertida, por tanto, la necesidad de incidir sobre estos instrumentos periféricos, conviene saber qué hacer respecto al núcleo (contratos formativos). Recordemos una vez más que una adecuada cualificación profesional (en términos formativos, pero también de requerimientos del mercado), unida a una experiencia profesional relacionada con ella, son los aspectos clave de una mejor empleabilidad, particularmente, en relación con las personas jóvenes (Moreno Gené, 2015, pp. 11-13). Por tanto, es más que razonable que las medidas de inserción juvenil pivoten esencialmente sobre ambos aspectos clave (y no tanto sobre la mera contratación

---

añadido y con un importante grado de precarización laboral respecto del empleo ordinario en los mismos. Sobre el tema, Moldes Farelo (2020, p. 76); también, Comisiones Obreras –CC. OO.–, 2021, p. 33.

<sup>41</sup> *Vid.* nota 1. También, López Rodríguez y Cueto Iglesias (2017, p. 23). Afirmación que no es cuestionada por los pretendidos cambios a principios de la década pasada en favor de la formación en alternancia y, en particular, de la llamada formación profesional dual, pues lo cierto es que la misma nació con el mismo problema de falta de claridad (en términos educativos y laborales) sobre en qué consista aquella (CC. OO., 2020, p. 11; CEOE, 2017).

directa), porque será esta capacitación y experiencia laboral cualificadas las que contribuirán (efecto) a la inserción en el mercado de trabajo (Apilluelo Martín, 2014, pp. 20 y ss.).

Dicha conclusión parece ahora haberse asumido en la reforma de los contratos formativos del artículo 11 del ET, tanto del singularmente patrio contrato en prácticas (ahora llamado contrato formativo para la obtención de la práctica profesional) como sobre todo del contrato de formación en alternancia. En efecto, con la nueva regulación pareciera que el contrato formativo no buscará tanto la inserción laboral directa cuanto otorgar a la persona trabajadora así empleada esos elementos clave que señalábamos, para que, precisamente, sea aceptada y demandada en el mercado de trabajo.

Las siguientes páginas, por obvias razones de espacio, se limitarán a subrayar aquellos aspectos más destacables de la reforma introducida en esta materia por el RDL 32/2021, de manera que, en lo demás y también para advertir con mayor detalle las diferencias respecto de la regulación anterior, nos remitimos a otros trabajos anteriores (Costa Reyes, 2021a).

### 3.2. El contrato de formación en alternancia

Como adelantábamos, los datos parecen no admitir discusión (CEOE, 2017): formación profesional y experiencia laboral cualificadas son, sin duda, los mejores elementos para garantizar una adecuada transición laboral y, en suma, una inserción exitosa en el mercado de trabajo, particularmente si aquella y esta tienen lugar mientras se cursan estudios (Eurofound, 2014)<sup>42</sup>.

Desde la perspectiva comparada, podemos observar que en los países de referencia en esta materia (Austria y Alemania), la figura contractual como la estudiada ahora se inserta dentro de los procesos formativos o educativos que la persona desarrolla durante sus estudios. Adviértase la diferencia con el tradicional modelo español (que, en gran medida, a nuestro parecer, era causa de su escasa incidencia y del uso abusivo o fraudulento): mientras que el contrato era lo previo (causa, inserción directa) y la formación vinculada la consecuencia necesaria para formalizar aquel, en aquellos modelos de mayor éxito los estudios son la causa y dicho contrato formativo es principalmente el instrumento para desarrollar, en un entorno profesional-empresarial, parte de la cualificación que los mismos implican. En definitiva, en esos modelos se hace de esta (formación) la motivación inicial y de aquel (la experiencia laboral retribuida) una parte predeterminada en dicho proceso formativo.

En nuestra opinión, como adelantábamos, esta es la línea marcada con la nueva reforma del artículo 11 del ET (también, López Gandía, 2022), y por ello subrayábamos al inicio el cambio de paradigma, con visión de futuro, que la misma implica en esta materia. Pese a los riesgos y dificultades que tiene la implementación de este modelo en una realidad

<sup>42</sup> Cabe señalar que el énfasis no solo se debe poner «en la necesaria mejora de la empleabilidad de la población joven, sino también en la necesidad de vincular las políticas activas de empleo y el sistema educativo» (CES, 2020a, p. 178).

productiva y empresarial como la de nuestro país (CES, 2021), creemos que era imprescindible iniciar ese camino y que este tipo de contrato sirva esencialmente para formalizar esa actividad prestacional en la empresa durante el proceso formativo, al igual que ocurre en los países con mayor éxito de empleo juvenil (CEOE, 2017, pp. 158 y ss.) y en línea con lo que desde el ámbito comunitario se concluye (Parlamento Europeo, 2017).

Frente a las reticencias que pudieran plantearse, es importante recordar que la marginalidad histórica de este contrato formativo y su declive en los últimos años contrasta con el de las referidas prácticas no laborales<sup>43</sup>. Y, del mismo modo, que hay un volumen lo suficientemente importante de puestos de trabajo ofertados para esas prácticas como para absorber sobradamente los que representan este contrato (CEOE, 2017, p. 158).

En todo caso, y como evidenciaremos en la concreta regulación, este cambio de visión implicará, obviamente, una organización y gestión de tales contratos desde una lógica distinta a la anterior a la reforma, más planificada ahora y con un mayor grado de implicación y coordinación desde el inicio de los sujetos interesados: empresas, entidades formativas, Administraciones y, también, potencialmente, agentes sociales y entes intermedios (*v. gr.*, Administraciones locales, servicios o agencias de empleo, etc.)<sup>44</sup>.

Procedemos, pues, a analizar los concretos elementos que evidencian, a nuestro modo de ver, el sustancial cambio. No obstante, debemos subrayar la importancia del necesario desarrollo reglamentario (que entendemos unificará en una norma la dual regulación existente: RD 488/1994 y RD 1529/2012), así como su conexión con otras normas no laborales que claramente le afectan (*v. gr.*, el RD 822/2021 y la futura Ley orgánica de ordenación e integración de la Formación Profesional –LOIFP–<sup>45</sup>). Por tanto, lo que aquí señalamos queda muy condicionado por la falta de tales marcos reguladores, especialmente, atendida la importante remisión contenida en el artículo 11.4 i) del ET<sup>46</sup>.

### 3.2.1. Objeto. Contenido formativo

Comienza señalando el artículo 11.2 del ET que el contrato de formación en alternancia «tendrá por objeto compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes

<sup>43</sup> Cerca de 385.000 estudiantes de estudios superiores realizaron prácticas ese año, de los cuales casi 107.000 fueron extracurriculares, esto es, casi el triple de contratos de formación en alternancia realizados en 2019 (Instituto Nacional de Estadística –INE–, 2019).

<sup>44</sup> *Vid.* Proyecto Ley orgánica de ordenación e integración de la Formación Profesional (EM V, arts. 2.21 y 51) –aprobado por el Congreso de los Diputados el 16 de diciembre de 2021– (PLOIFP). Del mismo modo, el diseño del modelo debe tener muy en cuenta el tejido empresarial de nuestro país y sus dificultades para generar empleo en cantidad y, sobre todo, cualificado (CC. OO., 2021, p. 28).

<sup>45</sup> Sobre su incidencia, *vid.* López Gandía (2022).

<sup>46</sup> Sin duda, al objeto de superar la criticable jurisprudencia originada por la STS de 20 de noviembre de 2018 (rec. 221/2017), que vino a prohibir limitaciones convencionales como las que ahora se remiten.

procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo». Por tanto, se reafirma el carácter de contrato en alternancia (frente al de aprendizaje) y, con ello, se subraya que son parte sustancial de este contrato tanto la formación teórica como una práctica adecuada para ello (art. 11.2 f) ET).

## A) Formación (teórica)

La nueva regulación, en línea con las anteriores, vuelve a ampliar su objeto para incluir ahora «la preparación para cualquier cualificación, incluida la que proporcionan las titulaciones universitarias». Igualmente, la amplitud con la que el artículo 11.2.1.º del ET se refiere a los ámbitos donde se desarrollan los procesos formativos debe hacernos entender que se incluyen no solo los reglados (Formación Profesional/universidad) o no (Formación Profesional para el Empleo), sino también (siempre que sean impartidos en esos ámbitos) tanto estudios oficiales como propios o como formales y no<sup>47</sup>.

Aunque la actual redacción no lo explicita, debe tratarse de estudios no solo cualificados, sino también de carácter profesional (como se infiere del objeto, del ámbito de los procesos formativos y de la referencia comparativa con el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional y, en todo caso, del art. 16 RD 1529/2012). Por tanto, seguirán siendo válidas las exclusiones de aquellos estudios que carecen de tal significación que se extrajeron con la anterior regulación.

En definitiva, solo será posible formalizar este contrato si el mismo se inserta dentro de un proceso formativo orientado a conseguir alguno de los títulos, certificaciones, acreditaciones o diplomas que contempla el artículo 11.2 (a) y g) ET)<sup>48</sup>. Consecuentemente, y de

<sup>47</sup> En el ámbito universitario, *vid.* artículo 37 del RD 822/2021. Respecto a la Formación Profesional para el Empleo, *vid.* artículo 2 de la Orden TMS/283/2019 (Catálogo de especialidades formativas); y respecto a la Formación Profesional reglada, el PLOIFP contempla la posibilidad, entre otras (*vid.*, también, art. 45.3 a) de cursos de grado C ajenos al Catálogo nacional de ofertas de Formación Profesional (aunque dentro del Catálogo modular de Formación Profesional), orientados a ciertas especializaciones profesionales del territorial (art. 36 PLOIFP).

<sup>48</sup> A título meramente orientativo –y tomando como referencia el PLOIFP en lo que a la Formación Profesional se refiere–, cabe señalar que los títulos corresponden a los grados y másteres universitarios (también los propios –Máster de Formación Permanente, art. 37 RD 822/2021–) y a los ciclos de Formación Profesional de Grado Medio y Superior y el curso de especialización que acompaña a estos (respectivamente, Título de Especialista y Máster de Formación Profesional). En cuanto a las certificaciones y acreditaciones, incluye las correspondientes a los futuros grados de Formación Profesional de tipo B (certificado de competencia) y C (certificado de profesionalidad), e incluso otras certificaciones o acreditaciones parciales (grado A de Formación Profesional y de la formación formal de la actual Clasificación nacional de educación y formación del Sistema Nacional de Empleo –CNEF–). Finalmente, con relación a los diplomas, encontramos los correspondientes a la formación no formal de la referida CNEF o también aquellos otros correspondientes a estudios propios universitarios (*v. gr.*, Diploma de Especialización y Diploma de Experto, art. 37.6 RD 822/2021).

forma previa a la formalización del contrato, la empresa deberá verificar que, para el trabajo efectivo a realizar, existe una actividad formativa acreditable relacionada con él que se corresponde con la Formación Profesional reglada o no (Formación Profesional para el Empleo) o con los estudios universitarios (o títulos equivalentes, ex art. 11.3 a) ET).

Para garantizar y fortalecer la exigencia formativa y la adecuación a la misma de la actividad laboral, la nueva regulación prevé los siguientes instrumentos: acuerdos o convenios marco de cooperación entre la responsable de la formación y la empresa, y el plan formativo individual<sup>49</sup>. Este último más detallado, y de indudable similitud con el hasta ahora llamado acuerdo para la actividad formativa (art. 21 RD 1529/2012) –y con los instrumentos que en los estudios superiores se articulan para formalizar las prácticas externas, como el futuro plan formativo contemplado en el PLOIFP (art. 58) o en las actuales prácticas universitarias (RD 592/2014)<sup>50</sup>–.

## B) Actividad laboral

Si bien se mantiene la idea de que la propia prestación laboral no forma parte, en sentido estricto, de la formación requerida<sup>51</sup>, no menos cierto es que se exige, incluso de forma más reforzada que antes, que la prestación laboral desarrollada esté «directamente relacionada con las actividades formativas que justifican la contratación laboral». En nuestra opinión, con la introducción de tal adverbio se pretende que el trabajo desempeñado no solo tenga alguna conexión, sino que esté vinculado al nivel de estudios y también a la materia a la que se refieren esos estudios. En relación con ello, debe tenerse en consideración la normativa reguladora de la actividad formativa, pues en ella se suele identificar con detalle el contenido práctico laboral exigible<sup>52</sup>. Se entiende así el inciso final respecto a que tal actividad laboral se coordine e integre «en un programa de formación común, elaborado en el marco de los acuerdos y convenios de cooperación suscritos [...]». En otros términos, la actividad laboral desempeñada por la persona trabajadora deberá estar vinculada a las actividades formativas (las del programa formativo), las cuales deben ajustarse al perfil profesional del título o certificado –o acreditación parcial– (art. 16.2 y 3 RD 1529/2012).

<sup>49</sup> Pese a la confusión terminológica y a los errores sobre las referencias señaladas en el artículo 11.4 c) del ET (al punto de que algunos apartados mencionados ni tan siquiera tratan sobre algo relativo a estos planes), creemos que este plan es el mismo al que se refiere como «programa de formación común» (art. 11.2 c) ET), al menos eso es lo que deducimos de una lectura coordinada de aquel precepto y del artículo 11.5 del ET, así como las menciones que el 11.2 del ET realiza en sus apartados d) y e), g) y h) 2.º.

<sup>50</sup> Sobre estas últimas, en extenso, Moreno Gené (2017, pp. 65 y ss.).

<sup>51</sup> Y sin perjuicio de lo que, más allá, pueda implicar la formación dual (intensiva). Sobre el tema, con relación a la futura LOIFP, López Gandía (2022, p. 3).

<sup>52</sup> De interés, por ello, es lo previsto en el perfil profesional descrito en la norma que regule el concreto título de Formación Profesional (art. 7 RD 1147/2011) o el correspondiente certificado de profesionalidad.

Al objeto de garantizar esa relación entre la prestación laboral desempeñada y el plan formativo individual, se entiende que se reclame un seguimiento correcto del desarrollo de dicho proceso, para lo cual, como sabemos, se prevé un tutor/a en la entidad formativa y se exige del empleador (y, en su caso, además, de la empresa usuaria) que nombre un tutor/a, cuyo único requisito es que posea la formación o experiencia adecuadas para tales tareas (art. 11.2 d) ET). La mera previsión ahora en la ley no resuelve las dudas sobre esta figura, pues a falta del desarrollo reglamentario, seguimos sin disponer de una regulación acorde a su relevancia<sup>53</sup>. En este sentido, parece exigible que la norma fije algunos requisitos y condicionantes mínimos que debe cumplir la persona que tutoriza, particularmente, además de los generales y propios de quien participa en la formación de jóvenes, una acreditación o certificado de su competencia para desarrollar tal actividad formativa-tutorizadora (Parlamento Europeo, 2017).

En todo caso, debemos subrayar la diferencia de los términos empleados ahora en la ley sobre el tutor/a respecto a los ya previstos en el artículo 20 del RD 1529/2012 y, en particular, la no referencia a la necesidad de que sea una persona trabajadora de la empresa. Cambio oportuno, entre otras razones, porque las tareas asignadas a tal tutor/a reclaman unas competencias complejas que no coinciden con (ni necesitan que tenga) la cualificación o experiencia profesional relativa a la actividad laboral donde la persona trabajadora es empleada<sup>54</sup>.

### 3.2.2. Personas destinatarias

Tradicionalmente, la edad de la persona trabajadora ha sido un tema problemático, también por la continua variación y ampliación de este elemento, todo lo cual, además, ha planteado dudas porque no se contemplaban diferencias en su régimen jurídico (condiciones de trabajo), precisamente, en atención a la diversa edad (a diferencia de otros ordenamientos, como el francés, que sí diversifica la cuantía salarial). Sea como fuere, la edad, en nuestra opinión, carece de relevancia una vez que se opta por insertar esta modalidad dentro del sistema educativo y de formación para el empleo, como, por otro lado, se evidencia en los países de referencia (Alemania o Austria), ya que no va a cuestionar que las personas destinatarias prioritarias sean los jóvenes. Con todo, y en aras de evitar abusos y de atender situaciones especiales, se limita a menores de hasta 30 años en los siguientes casos<sup>55</sup>: «que el contrato se

<sup>53</sup> Importantes, por tanto, son los específicos derechos de información en favor de la representación legal de las personas trabajadoras que sobre este tema contiene el artículo 11.5 del ET.

<sup>54</sup> Lo que es coherente, por ejemplo, con la previsión contenida en el PLOIFP (art. 61), al punto que, si así fuera posible, es admisible que tal tutor/a sea compartido por varias empresas, lo que a su vez permitirá un más adecuado desarrollo de la posibilidad excepcional de una pluralidad de contratos con diversas empresas contemplada en el artículo 11.2 h) 2.º del ET.

<sup>55</sup> En este sentido, debe recordarse que los diversos planes y estrategias de empleo diseñadas para jóvenes (*v. gr.*, Garantía Juvenil) vienen justificando que, atendidas las peculiaridades de nuestro país, dicha etapa a estos efectos y en estos momentos alcanza los 30 años.

suscriba en el marco de certificados de profesionalidad de nivel 1 y 2, y programas públicos o privados de formación en alternancia de empleo-formación, que formen parte del Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo» (y sin perjuicio de la excepción que, respecto a estos últimos, implica la nueva disp. adic. novena de la Ley de empleo que ahora se introduce ex disp. final segunda RDL 32/2021). Igualmente (art. 11.4 d) ET), se remite a un desarrollo reglamentario la fijación de un específico límite de edad cuando se concierte con personas con discapacidad o bien en situación de exclusión en el marco de la Ley 44/2007, de las empresas de inserción, y a través de tales empresas debidamente cualificadas y activas en el correspondiente registro.

Respecto a otras exigencias legales que afectan a la persona trabajadora, destacamos ahora:

- Carecer de la cualificación profesional (título habilitante) para celebrar un contrato formativo para la obtención de la práctica profesional (arts. 11.2 a) ET y 6 RD 1529/2012).

El texto parece mantener la idea de que no se impiden nuevos contratos de formación en alternancia para otras cualificaciones profesionales distintas que pudiera querer adquirir el destinatario/a (art. 11.2 h) ET), opción que nos parece acertada, ya que de otra forma (esto es, admitir el contrato una única vez, sea para la misma o diferentes cualificaciones) se introduciría un elemento más propio de un contrato de inserción.

No obstante, en la lógica de fortalecer el carácter cualificante y de instrumento de transición del contrato de formación en alternancia, se añade una previsión (art. 11.2 a) 2.º ET) que parece excluir esta modalidad en los casos de estudios de formación profesional o universitarios cuando la persona trabajadora hubiera sido empleada anteriormente bajo un contrato de formación en alternancia en atención a otra titulación, pero del mismo nivel formativo y sector productivo –que ese anterior, debemos entender–.

- No haber trabajado anteriormente (durante más de 6 meses) en la misma actividad o puesto y empresa con algún tipo de contrato distinto al que ahora analizamos (art. 11.2 c) 2.º ET)<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> La consecuencia del incumplimiento debe ser, en buena lógica, la consideración como indefinido del contrato. Al respecto, se vienen excluyendo otras vinculaciones o prestaciones de carácter no laboral (SSTS de 13 de marzo de 1997, rec. 4186/1996, y de 20 de septiembre de 2018, rec. 201/2017). Situación que contrasta con que luego se prevé para el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional. No debe olvidarse que el artículo 2.4 del RD 592/2014 excluye que el periodo de prácticas externas universitarias compute como periodo de prueba o antigüedad (salvo previsión convencional en otro sentido). Situación que, como veremos, se ha corregido al menos parcialmente para el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional.

Esta previsión ya existía en la regulación anterior, pero exigiendo un periodo superior (12 meses) y respecto de una prestación más concreta (solo se refería al mismo puesto<sup>57</sup>). Con ella, por tanto, se pretende simplemente evitar los abusos más burdos cometidos por una concreta empresa y no tanto salvaguardar el objeto del contrato y la cualificación de la persona trabajadora, pues esta limitación no solo no se encuentra conectada con los requisitos de tiempo que se prevén en el RD 1224/2009 (art. 11) para el reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral, sino que en nada afectaría que ese trabajo (cualificación práctica) ya lo hubiera prestado para otras empresas. Quizás, por ello, se hace necesario puntualizar su conexión con ciertos supuestos de pluralidad de empleadores, pues parece razonable considerar que, aun siendo formalmente distintos, el supuesto cae de lleno en la prohibición (*v. gr.*, cuando en el anterior contrato o en el posterior contrato de formación en alternancia interviniese una ETT o, incluso, en ciertos casos de grupos de empresas).

La nueva regulación tampoco cierra viejas dudas (*v. gr.*, qué tiempo abarca la expresión «con anterioridad») y, aunque parece que puedan sumarse los tiempos de más de un contrato anterior, tampoco prevé consecuencia alguna para cuando el tiempo que fue contratado hubiera sido menor a esos 6 meses (*v. gr.*, que se tenga en cuenta a efectos de la vigencia máxima o del momento en que ha de cambiar el régimen salarial, etc.). Con todo, el reforzamiento de los aspectos formativos (y, por ende, la referida desaparición de su consideración como contrato de aprendizaje) permite entender mejor esa omisión, pues en esas otras contrataciones no concurría el sustancial elemento formativo.

- No haber concertado este contrato con otra empresa para la misma titulación, certificado o itinerario (art. 11.2 h) ET).

Adviértase que, a diferencia de la anterior regulación, esta limitación conllevará que ahora, en principio, solo podrá concertarse un solo contrato para la misma cualificación y, por ende, con un mismo empleador. No obstante, como ahora explicaremos, se introduce alguna excepción para abrir así la posibilidad, necesaria en nuestro ya advertido tejido empresarial, de coordinar a diversas empresas para que se pueda alcanzar una formación más completa, evitando de este modo los límites que en este sentido plantearían las características propias de microempresas y pymes<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> No obstante, ya con la anterior regulación se defendía que el puesto de trabajo debía ser entendido en sentido amplio (Costa Reyes, 2021a, p. 182).

<sup>58</sup> En esta línea, compartimos la valoración positiva de los elementos que, en este sentido, contempla el PLOIFP, «como la incorporación de organismos intermediarios, las agrupaciones de pymes en ámbitos territoriales determinados, la posibilidad de realizar formación dual en varias empresas compartiendo la figura del tutor o tutora [...]» (CES, 2021, p. 22).

### 3.2.3. Condiciones de empleo: vigencia, tiempo de trabajo y periodo de prueba

La nueva regulación parte de una máxima: evitar la multiplicación de contratos de formación en alternancia para la misma cualificación, de manera que (art. 11.2 h) ET) solo podrá celebrarse un contrato por cada cualificación/proceso formativo (ciclo, título, certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades formativas) y, por tanto, con un único empleador. No obstante, consciente de la realidad de nuestro tejido empresarial y de la gran diversidad de cualificaciones que justifican el contrato, articulará diversos mecanismos y excepciones para adaptarse a esa circunstancia.

Ciertamente, la cualificación objeto del contrato va a condicionar no solo la vigencia del contrato, sino también la distribución de dicha duración e incluso a la propia empleadora (ex art. 11.2 g) *in fine* y h) 2.º ET). Así, si bien la norma fija una duración mínima y máxima (entre 3 meses y 2 años), su concreción se conecta con la cualificación que con el contrato se pretende, por lo que ya no podrá determinarse por la negociación colectiva ni en atención a meras necesidades empresariales (aunque, recordemos, estas participan en el plan de formación). La amplia diferencia de plazos es una previsión lógica, teniendo en cuenta la diversidad de cualificaciones y procesos educativos y formativos que legitiman este contrato.

Como resultado de tal conexión (vigencia-cualificación pretendida), es evidente, además, que la duración del contrato dependerá de las actividades vinculadas a las cualificaciones que puedan llevarse a cabo en la concreta empleadora. O, dicho en otras palabras, no podrá agotarse la vigencia máxima legal cuando el objeto del contrato no lo justifique (*v. gr.*, una mera especialidad formativa o acreditación parcial); pero tampoco podrá señalarse como objeto una completa titulación o certificación que exige unas actividades vinculadas que, en su totalidad, no puede realizar el concreto empleador. Esta última posibilidad es muy probable en los casos de cualificaciones más complejas y en un contexto empresarial como el español (microempresas), por lo que se considera acertada y coherente con ello la excepción a la máxima «un contrato por cada cualificación» que contiene el artículo 11.2 h) 2.º del ET. Se entiende así que tal excepción solo se considere para los casos de una formación más extensa o compleja, sea de Formación Profesional reglada (ciclos formativos) o de Formación Profesional para el Empleo –no reglada–, pero, en este caso, solo cuando se trate de certificado de profesionalidad o itinerario de especialidades del catálogo (Orden TMS/283/2019). Precisamente, por todo lo señalado, no se alcanza a entender la aparente exclusión de los estudios universitarios, pues no aparecen mencionados. Sea como fuere, solo en estos casos la persona trabajadora podrá ser contratada por varias empresas cuando, además, estas desarrollen actividades distintas vinculadas al ciclo o al señalado plan o programa formativo (y, obviamente, sin que en su conjunto puedan superar la vigencia máxima).

Una última previsión en relación con la vigencia y su distribución. El artículo 11.2 g) del ET añade que, de estar así previsto en el referido plan o programa formativo individual, será posible que ese único contrato, que como regla debe concertarse por cada cualificación, se

desarrolle de forma no continuada. Obviamente, esta excepción se refiere a estudios cuyos procesos formativos se extiendan por varios periodos anuales (*v. gr.*, grado universitario, ciclo), de manera que solo en estos la duración pactada se podrá distribuir a lo largo de los años que puedan suponer. Adviértase que la vigencia del contrato será entonces menor que el tiempo que dure la relación laboral, sin que quede claro cómo afecta ello a los diversos derechos y obligaciones laborales (*v. gr.*, antigüedad, desempleo, etc.), pues no se plantea ni como una suspensión ni como una interrupción (a modo de fijo discontinuo).

Respecto a la vigencia hay una cuestión que entendemos no está clara o bien resuelta. Nos referimos a la posible prórroga del contrato. Así, por un lado, el artículo 11.2 g) del ET fija de manera muy restrictiva tal posibilidad: solo cuando no se hubiera concertado por la duración máxima y la persona trabajadora no hubiera obtenido, en el plazo pactado, el título, certificado o diploma asociado al contrato. Obsérvese que la misma es coherente con el hecho de que la vigencia la marca ahora no la mera voluntad de las partes, sino un elemento objetivo: el plan formativo a desarrollar. Sin embargo, por otro lado, el artículo 49.1 c) del ET, pese a haber sido objeto de reforma, sigue manteniendo que, si los contratos formativos se concertan «por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios». Consecuencia esta última (mera prórroga hasta la vigencia máxima) que tampoco resulta cuestionada por la previsión del artículo 11.4 h) del ET, pues, en principio, la mera continuación en la prestación laboral no implica fraude ni incumplimiento de las obligaciones formativas, salvo que se considere como tal continuar así un contrato de formación en alternancia.

En relación con el tiempo de trabajo, debemos destacar la novedad de que este contrato pueda concertarse a tiempo parcial (a cuyo efecto el RDL 32/2021 modifica el art. 12.2 ET e introduce en la Ley general de la Seguridad Social una nueva disp. adic. cuadragésima tercera). Con todo, se echa en falta una adecuada coordinación con el plan formativo (a los efectos de que este pueda condicionar una jornada mínima) y se genera la duda sobre la previsión relativa al tiempo de trabajo efectivo (art. 11.4 i) ET), porque la nueva redacción se limita a reducir el máximo previsto en la regulación anterior (65 % de la jornada máxima legal o convencional el primer año o 75 % el segundo). En nuestra opinión, la explicación de esta falta de referencia hay que buscarla en el sentido precisamente de esta previsión (hacer compatible el trabajo con los estudios-formación vinculados) y, por tanto, tal limitación solo tiene sentido cuando estemos ante jornadas de trabajo efectivas superiores a tales porcentajes, pues solo entonces dificultarían poder hacer efectiva esa compatibilidad. En otras palabras, la referida previsión solo opera si la jornada (parcial) pactada con la persona trabajadora es superior a tales porcentajes de la máxima. En todo caso, y quizás por la misma finalidad, se establece que, de pactarse a tiempo parcial el contrato, no se podrán realizar horas complementarias.

Otras novedades introducidas son la posibilidad, bien que excepcional, de realizar trabajos nocturnos o a turnos cuando las actividades formativas previstas en el plan formativo individual no puedan desarrollarse en otro momento (art. 11.2 k) 2.º ET). Y, en cuanto al periodo de prueba, la actual regulación excluye la posibilidad de pactarlo (art. 11.2 l) ET), seguramente por las singulares características de estas personas trabajadoras y la inserción del contrato dentro de los procesos formativos y educativos. En consecuencia, se afirma (López Gandía, 2022, p. 5), para la extinción *ante tempus* habrá que acudir a las causas objetivas generales (art. 52 ET) –y, obviamente, a las disciplinarias, si fuera el caso–.

### 3.3. El contrato para la obtención de práctica profesional adecuada

Este contrato ha respondido históricamente al objetivo de facilitar la puesta en práctica de los conocimientos adquiridos mediante una titulación (o certificado) en el puesto de trabajo. A tal efecto, el elemento principal (y más problemático en la práctica) era la exigencia derivada del principio de correspondencia entre la titulación habilitante y el puesto de trabajo desempeñado con base en tal contrato.

La nueva regulación mantiene en esencia tal objetivo (art. 11.3 f) ET), si bien, como hemos adelantado, refuerza los aspectos formativos. Refuerzo que se entiende y aplaude, pues, pese a un mejor resultado que el contrato de formación en alternancia en términos de transición (aunque siempre marginal, *vid.* CC. OO., 2021, pp. 19-20)<sup>59</sup>, el que no encuentre homólogo en el marco comparado, unido a la precarización que implican sus condiciones laborales «incentivadoras» y su muy escasa o nula oportunidad formativa en sí, debía hacernos replantear algunos aspectos de su régimen jurídico<sup>60</sup>. En otras palabras, en nuestra opinión, si bien es una figura que respondía tradicionalmente a los déficits o ausencia de experiencia profesional previa de nuestros titulados/as y se ajusta a la realidad empresarial del mercado de trabajo español<sup>61</sup>; no menos cierto es que era

<sup>59</sup> Partiendo de las humildes cifras que tales contratos implican (juntos no llegan al 1,5 % del total de los contratos con personas jóvenes), el de prácticas triplica al contrato de formación en alternancia; *vid.* SEPE, *Informe del mercado de trabajo de los jóvenes 2021 (datos 2020), 2020 (datos 2019) y 2019 (datos 2018)*.

<sup>60</sup> Esta modalidad, tradicionalmente, no ha impuesto «a cargo de la empresa ningún tipo de obligación formativa específica del trabajador ni supervisora de la actuación de este que difiera de la que correspondería a un contrato de trabajo común» (STSJ de Andalucía/Granada 2509/2020, de 12 de noviembre).

<sup>61</sup> Casi la mitad de los contratos en prácticas se daban en las empresas de menos de 25 personas empleadas; *vid.* *Estadística de contratos*, SEPE, «Contratos según modalidad por tamaño de la empresa contratante», 2021.

preciso fortalecer su función formativa y limitar los aspectos de inserción de su régimen jurídico que han favorecido la precarización laboral y que exceden con mucho a su objetivo principal (también, Esteban Legarreta, 2021, pp. 3-4), sobre todo, teniendo en cuenta lo ya señalado sobre el desarrollo y extensión de las prácticas externas.

Se entiende así que la nueva regulación rompa ciertas dinámicas y omisiones de anteriores reformas en relación con algunos (mal entendidos) aspectos incentivadores<sup>62</sup>. Por un lado, en lo que respecta al alejamiento de la formalización del contrato respecto a la fecha de obtención del título habilitante que lo justifica y que en gran medida venía a cuestionar el pretendido objeto formativo. A tal efecto, se procede a rebajar ese plazo (tanto en el general de los casos, de 5 a 3 años, como respecto a personas con discapacidad, que pasa de 7 a 5 años).

Igualmente, por otro lado, se reduce la excesiva vigencia temporal admitida hasta ahora (sin relación siquiera al propio título habilitante que lo justificó)<sup>63</sup>. Así, si bien se mantiene la mínima existente (6 meses), sí se minorra la vigencia máxima (de 2 a 1 año) y, sobre la habilitación a la negociación colectiva sectorial para que, dentro de esos límites, fije la duración, la condiciona no solo a aspectos económico-empresariales, sino en atención a la propia práctica a realizar. No obstante, debe observarse que la ley no articula instrumento alguno que permita saber si la duración finalmente prevista en el convenio lo fue sobre la base de tales razones.

Y, finalmente, aunque muy en relación con lo anterior, se evita la dilatación de una menor retribución, no solo –como decimos– como consecuencia de la más reducida vigencia permitida, sino también porque, a falta de previsión convencional, el sueldo será el correspondiente al del grupo profesional y nivel retributivo correspondiente a las funciones desempeñadas. Y en caso de que el convenio de aplicación lo quiera establecer, se fija un suelo garantizado superior al que preveía la anterior regulación, pues ahora será la retribución mínima prevista para el contrato de formación en alternancia o, en su defecto o de ser superior, el salario mínimo interprofesional.

Pero, como adelantábamos, son de destacar los elementos que fortalecen el sentido formativo, por cuanto que, no olvidemos, son los que en principio justificarían también

<sup>62</sup> En aras también de evitar posibles abusos, se limitan ahora los puestos que pueden ser objeto de este contrato formativo para la obtención de la práctica profesional cuando la empresa esté aplicando medidas de los artículos 47 y 47 bis del ET.

<sup>63</sup> También el periodo de prueba se ha ajustado, en línea con la minoración de su vigencia máxima y en lógica con lo planteado respecto a los contratos de duración determinada (considerandos 2, 27 y 28 y art. 28) en la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

la temporalidad de este contrato. En este sentido, debemos comenzar recordando la expansión incontrolada de una diversidad tipológica de prácticas no laborales y, además, la falta de medidas para evitar que las mismas tuvieran alguna incidencia dentro del ámbito laboral y, en particular, en relación con este contrato. Sobre este problema, debemos señalar que el RDL 32/2021 apenas contempla un par de previsiones: una de futuro e indirecta, nos referimos a su ya mencionada disposición adicional segunda, que contempla la pretensión de acordar un Estatuto del Becario. Y otra presente y directa, pero limitada (art. 11.3 b) ET): prohíbe suscribir este contrato con quien haya realizado prácticas no curriculares u obtenido «experiencia profesional» (v. gr., ex RD 1543/2011) por un tiempo superior a 3 meses.

En esta línea se añaden otras previsiones, pero todas ellas pecan de una escasa concreción y, por tanto, están necesitadas de un adecuado desarrollo reglamentario. Así, por un lado, se incluyen sendas previsiones en orden a garantizar que el puesto donde es empleada la persona trabajadora le permita obtener una «práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación objeto del contrato» (art. 11.3 f) ET). Como adelantábamos, esta ha sido una de las cuestiones más problemáticas en esta modalidad<sup>64</sup>. Pues bien, para reducir el margen de discrecionalidad, se recogen ahora en el referido precepto algunas medidas que nos recuerdan en ese punto al contrato de formación en alternancia: «La empresa elaborará el plan formativo individual en el que se especifique el contenido de la práctica profesional, y asignará tutor o tutora que cuente con la formación o experiencia adecuadas para el seguimiento del plan y el correcto cumplimiento del objeto del contrato». Sin duda, el desarrollo reglamentario deberá aclarar el alcance de todo ello.

Y, por otro lado, aunque muy conectado con lo que acabamos de mencionar, se remite al desarrollo reglamentario el alcance de la formación correspondiente a este contrato, «particularmente, en el caso de acciones formativas específicas dirigidas a la digitalización, la innovación o la sostenibilidad, incluyendo la posibilidad de microacreditaciones de los sistemas de formación profesional o universitaria»<sup>65</sup>.

Por tanto, habrá que estar a tales desarrollos normativos, pues no puede pasarse por alto la importancia que ahora tiene este elemento formativo, ya que el artículo 11.4 h) del ET establece que el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional se entenderá concertado como indefinido de carácter ordinario cuando la empresa incumpla sus obligaciones formativas.

<sup>64</sup> Sobre el tema y las diversas posiciones judiciales, Costa Reyes (2021a, pp. 202 y ss.) y Salas Porras (2021, p. 24).

<sup>65</sup> Vid. artículo 37.8 del RD 822/2021 (donde se prevén microcredenciales o micromódulos), y en el PLOIFP se refiere expresamente a microformaciones.

## Referencias bibliográficas

- Alfonso Mellado, C. L. (2010). Otra reforma laboral más. *Sociología del Trabajo*, 70, 5-23.
- Álvarez del Cuviello, A. (2019). El impacto de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento español en materia de contratación temporal: cuestiones no resueltas. En C. Molina Navarrete (Coord.), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (pp. 31-62). Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Apilluelo Martín, M. (2014). *El contrato para la formación y aprendizaje: la cualificación profesional como clave*. Bomarzo.
- Ballester Pastor, I. (2005). Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente, intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados. *Aranzadi Social*, 16.
- Basterra Hernández, M. (31 de diciembre de 2021). *Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/primeras-aproximaciones-a-la-reforma-laboral-del-rdl-32-2021/>.
- Baylos Grau, A. (2021). Despido injustificado e indemnización: marco regular deficiente y reforma necesaria. *Revista de Derecho Social*, 93, 7-16.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (17 de enero de 2022). RDLey 32/2021 y diferencias entre el contrato temporal por circunstancias de la producción (art. 15 ET) y el fijo-discontinuo (art. 16 ET); taxonomía de una nube de conceptos jurídicos indeterminados. *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2022/01/17/rdley-32-2021-y-diferencias-entre-el-contrato-temporal-por-circunstancias-de-la-produccion-art-15-et-y-el-fijo-discontinuo-art-16-et-taxonomia-de-una-nube-de-conceptos-juridicos-indeterminados/>.
- Cárdenas, L. y Villanueva, P. (2020). Flexibilization at the core to reduce labour market dualism: Evidence from the Spanish case. *British Journal of Industrial Relations*, 59(1), 214-235. <https://doi.org/10.1111/bjir.12541>.
- CC. OO. (2020). *Más y mejor FP*. <https://www.ccoo.es/ac4b7e87b5b43c6d65016cc52e8d67ed000001.pdf>.
- CC. OO. (2021). *Principales datos de evolución de los contratos formativos. Actualizado con datos de 2019 y 2020*. <https://www.ccoo.es/937e072884b16d6483223bf2190ea5a0000001.pdf>.
- Cebrián, I.; Toharia Cortés, L. y Arranz Muñoz, J. M. (2007). *La temporalidad en el empleo: atrapamiento y trayectorias*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- CEOE. (2017). *Libro Blanco sobre el sistema de formación en el trabajo*. [https://www.ceoe.es/sites/ceoe-corporativo/files/content/file/2021/01/26/110/libro\\_blanco\\_formacion\\_ceoe\\_2017.pdf](https://www.ceoe.es/sites/ceoe-corporativo/files/content/file/2021/01/26/110/libro_blanco_formacion_ceoe_2017.pdf).
- CES. (2017). *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2017*. <http://www.ces.es/memorias>.
- CES. (2019). *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2019*. <http://www.ces.es/memorias>.
- CES. (2020a). *Informe. Jóvenes y mercado de trabajo en España*. <http://www.ces.es/documents/10180/5226728/Inf0220.pdf>.
- CES. (2020b). *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2020*. <http://www.ces.es/memorias>.

- CES. (2021). *Dictamen 5/2021. Sobre el anteproyecto de Ley orgánica de ordenación e integración de la Formación Profesional*. <http://www.ces.es/documents/10180/5251137/Dic052021.pdf>.
- Comisión Europea. (2020). *Informe sobre España 2020*. SWD (2020) 508 final. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2020-european\\_semester\\_country-report-spain\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2020-european_semester_country-report-spain_es.pdf).
- Conde Ruiz, J. I. y Lahera Forteza, J. (2021). *Contra la dualidad laboral*. *Fedea Policy Papers 2021-07*. <https://documentos.fedea.net/pubs/fpp/2021/06/FPP2021-07.pdf>.
- Costa Reyes, A. (2021a). *Contratación laboral y temporalidad: modalidades y problemáticas a la luz de la doctrina judicial*. En F. Navarro Nieto y A. Costa Reyes (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España* (pp. 149-216). Bomarzo.
- Costa Reyes, A. (2021b). *Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado. A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020*. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 75.
- Costa Reyes, A. (2022). *Contratos temporales causales. Análisis del art. 15 LET para un contexto de posible (y necesaria) reforma*. En E. Garrido Pérez (Coord.ª), *Análisis actual de la contratación laboral*. XXXVII *Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Duque González, M. (2012). *Becas y becarios*. Lex Nova-Thomson Reuters.
- Durán López, F. (2022 –en prensa–). *Análisis en profundidad de la reforma laboral*. Wolters Kluwer.
- Esteban Legarreta, R. (2021). *Propuestas para relanzar la contratación formativa en el contexto de la reforma del Estatuto de los Trabajadores*. NET21.org. <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/12/PROPUESTAS-PARA-RELANZAR-LA-CONTRATACION-FORMATIVA-EN-EL-CONTEXTO-DE-LA-REFORMA-DEL-ESTATUTO-DE-LOS-TRABAJADORES.pdf>.
- Eurofound. (2014). *Mapping youth transitions in Europe*. Publications Office of the European Union.
- García Murcia, J. (2003). *Contrato eventual*. En A. Ojeda Avilés (Dir.), *Modalidades de contrato de trabajo* (pp. 209-237). Tecnos.
- Goerlich Peset, J. M. (2017). *¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?* *Documentación Laboral*, 110, 9-25.
- Gómez Abelleira, F. J. (2017). *Contratos laborales y temporalidad*. Tirant lo Blanch.
- Gómez Abelleira, F. J. (2022). *Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-Ley 32/2021*. *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, 19-30. <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6635>.
- INE. (2019). *Encuesta de inserción laboral de titulados universitarios y de ciclos formativos de grado medio o superior respecto al curso 2013-2014*. [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176991&menu=resultados&idp=1254735976597#!tabs-1254736195727](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176991&menu=resultados&idp=1254735976597#!tabs-1254736195727).
- ITSS. (2021). *Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021, 2022 y 2023*. [https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Atencion\\_ciudadano/Planificacion\\_actuaciones/Plan\\_Estrategico/Plan\\_Estrateg\\_2021\\_2022\\_2023.pdf](https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Planificacion_actuaciones/Plan_Estrategico/Plan_Estrateg_2021_2022_2023.pdf).
- Llorente, P. (30 de diciembre de 2021). *Algunos apuntes a propósito del Real Decreto Ley 32/2021*. *Diario La Ley*. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/12/30/algunos-apuntes-a-proposito-del-real-decreto-ley-32-2021>.

- Llorente, P. y Pavía, J. (2022). La regulación de la contratación por tiempo determinado en el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. *Diario La Ley*, 10009.
- López Gandía, J. V. (25 de enero de 2022). *Los contratos formativos tras la reforma laboral de 2021*. NET21.org. <https://www.net21.org/los-contratos-formativos-tras-la-reforma-laboral-2021/>.
- López Rodríguez, F. y Cueto Iglesias, B. (2017). Evaluación del contrato de formación y aprendizaje en España. En *XXIV Encuentro de Economía Pública*. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Ministerio de Trabajo y Economía Social. (2021). Estadística de empresas de trabajo temporal. <https://www.mites.gob.es/estadisticas/ett/welcome.htm>.
- Moldes Farelo, R. (2020). ¿Por qué el contrato para la formación y el aprendizaje no mejora la empleabilidad de los jóvenes? Aproximación cualitativa a las dificultades para implantar el sistema de formación profesional dual en España. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(2), 68-91.
- Moreno Gené, J. (2015). *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*. Atelier.
- Moreno Gené, J. (2017). *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios*. Tirant lo Blanch.
- Nogueira Guastavino, M. (18 de enero de 2022). *El contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/contrato-fijo-discontinuo-3/>.
- Ortega Figueiral, E. (30 de diciembre de 2021). Reforma laboral 2021. Resumen urgente de sus aspectos más relevantes. *Diario La Ley*. <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAkMzc1NLU7WY1KLizPw8WyMDI0NDIyNzkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqABaALHk1AAAAWKE>.
- Parlamento Europeo. (2017). *Skills development and employment: Apprenticeships, internships and volunteering*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/602056/IPOL\\_STU\(2017\)602056\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/602056/IPOL_STU(2017)602056_EN.pdf).
- Pastor Martínez, A. (21 de diciembre de 2021). *La temporalidad endémica del mercado laboral español y su necesaria reforma legal*. NET21.org. <https://www.net21.org/la-temporalidad-endemica-del-mercado-laboral-espanol-y-su-necesaria-reforma-legal/>.
- Pérez Rey, J. (2004). *Estabilidad en el empleo*. Trotta.
- Ramos Herranz, I. (2006). El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario. *Anuario de Derecho Civil*, 59(1), 195-226.
- Rica, S. de la; Gorjón, L. y Lizarraga, I. (2020). *El contrato en prácticas en España: crónica de un fracaso no anunciado*. Iseak. <https://iseak.eu/documentos/el-contrato-en-practicas-en-espana-cronica-de-un-fracaso-no-anunciado/>.
- Salas Porras, M. (2021). *Contratos formativos. Propuestas para construir el futuro a partir de los problemas del presente*. XXXIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Cádiz 25-26 noviembre.
- Sempere Navarro, A. V. (2013). Contratación adecuada para afrontar vacaciones de la plantilla. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 6(4), 15-22.
- Vicente Palacio, A. (17 de enero de 2022). *Obituario. Contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/contrato-fijo-discontinuo-4/>.



# La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación

**Eduardo Rojo Torrecilla**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad Autónoma de Barcelona (España)*

[erojotorrecilla@gmail.com](mailto:erojotorrecilla@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-7840-6532>

## Extracto

La reforma laboral operada por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, ha introducido importantes modificaciones en la normativa antes vigente, en especial en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Ley general de la Seguridad Social y Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, para regular los derechos de las personas trabajadoras. En el presente artículo son objeto de análisis tres de los contenidos más importantes: la negociación colectiva, las medidas de flexibilidad interna (reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo) y la subcontratación. En cada apartado se destacan aquellos aspectos de mayor interés para comprender la importancia real del cambio legislativo y se incorporan las valoraciones propias y las más recientes aportaciones doctrinales.

**Palabras clave:** reforma laboral; derechos; acuerdo social; real decreto-ley; Gobierno; negociación; flexibilidad; sindicatos; empleadores.

Fecha de entrada: 30-01-2022 / Fecha de aceptación: 31-01-2022

**Cómo citar:** Rojo Torrecilla, E. (2022). La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 77-117.



# The labour reform of 2021. Collective bargaining, internal flexibility and subcontracting

Eduardo Rojo Torrecilla

## Abstract

The labour reform introduced by Royal Decree-Law 32/2021, of 28 December, has introduced important amendments to the legislation previously in force, in particular to the Workers' Statute Law, the General Social Security Law and the Law on Offences and Penalties in the Social Order, in order to regulate the rights of workers. This article analyses three of the most important aspects: collective bargaining, internal flexibility measures (reduction of working hours and suspension of employment contracts) and subcontracting. In each section we highlight those aspects of greatest interest for understanding the real importance of the legislative change and incorporate our own assessments and the most recent doctrinal contributions.

**Keywords:** labour reform; rights; social agreement; royal decree-law; Government; negotiation; flexibility; unions; employers.

**Citation:** Rojo Torrecilla, E. (2022). The labour reform of 2021. Collective bargaining, internal flexibility and subcontracting. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 77-117.



## Sumario

1. Introducción
    - 1.1. Reflexiones generales previas
    - 1.2. Distintas valoraciones de la reforma
    - 1.3. Análisis de la exposición de motivos
    - 1.4. Las omisiones
  2. Examen de las disposiciones adicionales, derogatoria, transitorias y finales
  3. Subcontratación
    - 3.1. Las propuestas anteriores a la reforma
    - 3.2. La nueva redacción del artículo 42.6 del ET
  4. La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. ERTE y nuevo Mecanismo RED
    - 4.1. La tipología de la flexibilidad
    - 4.2. Una visión conjunta de la reforma de los mecanismos de flexibilidad interna
    - 4.3. El renovado artículo 47 del ET
    - 4.4. El Mecanismo RED
  5. La restricción de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad
    - 5.1. El marco general de la modificación
    - 5.2. La desaparición de la rebaja salarial
    - 5.3. La recuperación de la ultraactividad
  6. Recapitulación final
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

### 1.1. Reflexiones generales previas

Los agentes sociales (CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME) alcanzaron un importante acuerdo el 22 de diciembre en la mesa del diálogo social sobre la reforma del mercado de trabajo. En el tránsito de dicho acuerdo a la aprobación por el Consejo de Ministros el 28 de diciembre del Real Decreto-Ley (RDL) 32/2021 y la publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 30, con entrada en vigor el 31, se incorporaron algunos preceptos, de especial importancia para el sector público, y se produjo una modificación de la entrada en vigor de algunos de sus preceptos que no se contemplaba en el texto del acuerdo, y que se refiere fundamentalmente a una *vacatio legis* de 3 meses para la entrada en vigor de las modificaciones operadas en el nuevo contrato formativo y en la contratación temporal estructural, así como también de la derogación de las disposiciones adicionales decimoquinta, decimosexta y vigésima primera de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se justifica esta *vacatio legis*, algo que demuestra el buen conocimiento que el legislador tiene del tiempo que es necesario para el conocimiento de la norma, y no solo de su mera lectura, por la necesidad de posibilitar «junto con el conocimiento material de la norma, la adopción de las medidas de gestión imprescindibles para su aplicación, además de constituir una exigencia básica del principio de seguridad jurídica».

Toca ponerse manos a la obra, es decir, delante del ordenador y proceder al estudio de la norma aprobada por el Consejo de Ministros, que lleva por título «Medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo», centrandó este estudio en cuestiones tan importantes como la regulación de la subcontratación, las medidas de flexibilidad interna de reducción de la jornada de trabajo y suspensión de la relación contractual, y la ordenación y articulación de la negociación colectiva y la vigencia de los convenios denunciados. Todo ello, tras unas reflexiones introductorias y prestar atención a las disposiciones adicionales, derogatoria, transitorias y finales. Es decir, el eje central de la reforma es el ET, pero todas las reformas y modificaciones están estrechamente vinculadas con las que se llevan a cabo en diversos preceptos de otras normas especialmente importantes, como son la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) y la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS).

Se trata, pues, de analizar la reforma de 2021, acordada por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas como primera, y muy importante,

seña de identidad que la diferencia de las dos anteriores<sup>1</sup>. Ahora bien, un estudio, examen, análisis y crítica, en su caso, de la reforma, tanto de su contenido como de sus omisiones, requiere previamente, así me lo parece, de una reflexión general previa, en la que el autor manifieste su punto de vista global sobre esta y apunte cuáles son sus fortalezas y, en su caso, también las debilidades. Tarea que debe ser realizada a partir de la lectura de la exposición de motivos y de todo el texto articulado, prestando especial atención, como ya es habitual en toda norma de contenido laboral, a las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales.

Dicho de otra forma, es una valoración que se hace partiendo del texto publicado en el BOE, si bien no conviene olvidar en modo alguno el conocimiento que se pueda tener de cómo han ido desarrollándose las negociaciones y de los distintos documentos o borradores de trabajo con los que las partes negociadoras han ido trabajando durante el proceso negociador.

Mi valoración es globalmente positiva por lo que supone de mirar hacia un futuro laboral en el que la flexibilidad interna y las políticas formativas puedan, deban, ser el eje central del cambio productivo tan necesario para nuestra economía, con puestos de trabajo estables y con salarios dignos, y todo ello logrado a través de una negociación colectiva que sitúe a los agentes sociales como piezas básicas de ese nuevo modelo, algo para lo que, dicho sea con toda claridad, se requerirá un especial proceso formativo de los cuadros y dirigentes sindicales para conducir la negociación hacia cuestiones relevantes de la organización de trabajo basada en el cambio tecnológico y su repercusión cada vez más impactante en el ámbito laboral<sup>2</sup>. Si bien no puede faltar tampoco lamentar que algunas temáticas relevantes

---

<sup>1</sup> Así lo ha destacado el que fuera ministro de Trabajo y Seguridad Social durante la última etapa del segundo Gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero, Valeriano Gómez:

Lo importante en la reforma laboral actual no es cuánto permanece de la reforma laboral de 2012 y cuánto resulta transformado. Desde el momento en que el Gobierno abrió la posibilidad de someter al diálogo social su agenda laboral, estaba anunciando en realidad su voluntad de diseñar un nuevo marco fruto del acuerdo en el que era evidente que podrían permanecer algunas de las materias que configuraron la reforma de 2012. Sin embargo, la diferencia es que ahora el resultado es fruto del acuerdo, y ese resultado resuelve una situación que en 2012 había alterado profundamente el equilibrio en las relaciones laborales (Gómez Sánchez, 2022).

<sup>2</sup> La misma valoración positiva, con independencia de los distintos matices que se encuentran en cada aportación, ha sido la realizada por la mayor parte de la doctrina laboralista (textos consultados el 27 de enero).

Antonio Baylos realiza muy especialmente la importancia de la negociación colectiva como eje vertebrador de las relaciones laborales, sin olvidar, pero tampoco sin elevar a los altares, la regulación legal y las aportaciones jurisprudenciales (Baylos Grau, 2022).

Wilfredo Sanguinetti, que no desconoce ciertamente los problemas de índole interpretativa y aplicativa que plantean algunos preceptos del texto, y que no olvida tampoco que se han quedado por el camino

para el logro de una mayor estabilidad en el empleo se hayan quedado fuera de la reforma, aun cuando es cierto que la potenciación de la flexibilidad interna puede indudablemente devaluar en la práctica la importancia de tales lagunas u omisiones.

---

materias necesarias de actualización/revisión, destaca la recuperación de derechos y la voluntad de las partes negociadoras, muy especialmente del Ministerio de Trabajo y Economía Social (MITES), de aprobar reformas garantistas (Sanguinetti Raymond, 2022).

Joaquín Aparicio enfatiza que:

[...] es un auténtico cambio de dirección en la dinámica histórica por la que desde hace años venía discurriendo nuestra legislación laboral. Ahora hay avances reales en la posición de las personas trabajadoras en la relación de trabajo que adquieren derechos que las protegen, lo que es ir a lo que es la esencia del derecho del trabajo, desdibujada en los últimos tiempos (Aparicio Tovar, 2022).

Jesús Cruz expone que esta nueva reforma:

[...] actuando sobre unas pocas piezas claves, puede tener suficiente impacto como para eliminar ciertas desviaciones perversas y al tiempo construir un modelo más equilibrado. Ello, además, se produce en un contexto favorecedor de su impacto real, siendo determinante cómo se implemente por sus actores principales. Un importante consenso respecto de los efectos perniciosos de ciertas prácticas laborales, una jurisprudencia que últimamente ha corregido algunos efectos negativos, un acuerdo de concertación que facilita su aplicación, así como una posición favorable desde Europa, se presentan como elementos decisivos para que esta reforma pueda tener efecto real y estabilidad temporal (Cruz Villalón, 2021).

Jesús Mercader y Ana de la Puebla destacan que el que se haya conseguido un punto de equilibrio entre los responsables políticos, el Gobierno en suma y los agentes sociales, «en un contexto tan difícil como el actual, es un mérito incuestionable que no solo ayuda a nuestro debilitado mercado de trabajo, sino que fortalece nuestro entero sistema democrático» (Mercader Uguina y De la Puebla Pinilla, 2021).

María Emilia Casas resalta que la importancia de la reforma radica en primer lugar en que es fruto de un acuerdo en el marco del diálogo social, que siempre es una garantía de una mayor efectividad en su aplicación, y por lo que respecta a cuestiones más concretas, subraya que la reforma «fortalece y amplía los mecanismos de flexibilidad interna como alternativa al despido», así como también que la reforma avanza en «la lucha contra el excesivo uso de la temporalidad y la mejora de la calidad del empleo» (Casas Baamonde, 2021).

Tomás Sala hace constar que el éxito de la reforma «consiste precisamente en haber sido fruto del acuerdo en el marco del diálogo social, en una situación política y económica ciertamente bastante difícil para el logro de acuerdos», y que su real importancia «no reside solamente en la ley sino, sobre todo, en la negociación colectiva, matizando donde haya que matizar en función de los sectores y subsectores de actividad y de las empresas, mediante su efectivo enriquecimiento» (Sala Franco, 2021).

Miguel Rodríguez-Piñero Royo considera «un gran éxito para estos [los agentes sociales], para el Gobierno y para el país en su conjunto», entrando en el debate de si hay derogación o no de la reforma de 2012 para concluir que la famosa «derogación» solo es cierta en parte, y que el resultado final es el resultado lógico de un complejo proceso negociador con cesiones por todas las partes (Rodríguez-Piñero Royo, 2021b).

## 1.2. Distintas valoraciones de la reforma

Hay diferentes formas de acercarse a una reforma laboral, y ello es claramente perceptible en los muchos y variados análisis y comentarios que se han efectuado desde que se conociera el texto del acuerdo alcanzado el 22 de diciembre y más adelante del RDL 32/2021.

La primera manera de acercarse es la de efectuar una valoración global de su contenido, poniendo el acento en lo que puede implicar de cara al futuro, y subrayando sus aspectos positivos o negativos, obviamente desde la perspectiva de aquella persona que la realiza. Valoración que debe efectuarse partiendo lógicamente del nuevo marco normativo, si bien, insisto, desde una perspectiva global.

Una segunda forma de acercarse a la reforma es la más propiamente jurídica y que, sin ser en modo alguno incompatible con la anterior sino lo contrario, consiste en el examen detallado de las modificaciones operadas en las distintas normas y de la importancia que se les conceda con respecto a qué implican de cara al futuro de las relaciones de trabajo. Método de análisis que lógicamente hay que seguir cuando se analicen las modificaciones concretas operadas.

Hay una tercera, y esta no es en puridad de valoración de la reforma, aunque ciertamente también se proceda a esta durante la explicación: es la de efectuar una valoración muy positiva y dejando de lado todo aquello que no interesa recordar que se ha dejado en el camino, o bien de contrario una valoración muy negativa por todo aquello que no ha recogido y que olvida, justamente, todo aquello que se ha conseguido.

Aunque, a fuer de ser sinceros, hay una más, y tiene una finalidad claramente destructiva, a mi parecer: la basada en «titulares de impacto» en los que ya queda muy claro, según el parecer del autor o la autora, que no hay reforma alguna y que para los cambios que se han introducido no era necesario ni el acuerdo ni los meses de negociación, despreciando deliberadamente todo aquello que se ha gestado en la mesa negociadora y el esfuerzo de las partes, desde posiciones inicialmente muy contrapuestas, para llegar a un acuerdo.

¿Qué es lo que procede en esta introducción? Pues ciertamente una valoración global, efectuada a partir de la lectura de la exposición de motivos y del texto articulado. Y para comparar la importancia de esta reforma desde la perspectiva de fortalecimiento de la vía negociada y de la mejora/recuperación de algunos derechos sobre estabilidad en el empleo, y por supuesto de cuál es el objetivo de cara a la transformación de las relaciones de trabajo, sugiero que se compare con exhaustividad el texto de la exposición de motivos de la reforma de 2012 y de la operada en 2021, antes de pasar al examen del texto articulado, y se comprobará la disparidad radical de planteamiento en una y otra.

### 1.3. Análisis de la exposición de motivos

La exposición de motivos del RDL 32/2021 es un excelente *mix* de artículo doctrinal sobre los problemas de las relaciones de trabajo en España y las medidas que se han adoptado para hacer frente a los mismos, sustentándose en gran medida en los compromisos adquiridos por España de cara a las instituciones comunitarias en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y más concretamente en su componente 23 dedicado a «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo».

No sorprende, por consiguiente, encontrar una amplia explicación inicial sobre los problemas de la temporalidad y precariedad que existen en nuestro mercado de trabajo y la necesidad de encararlos desde un planteamiento que contribuya a su gradual reducción hasta equipararnos a la media europea, por lo que respecta a la temporalidad, y de una severa corrección por la mejora de la estabilidad en el empleo, por lo que respecta a la precariedad. No se anda con tapujos el legislador al afirmar que la seña de identidad de esta reforma es la de caminar «en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos», subrayando, y así también lo he manifestado por mi parte con anterioridad, la importancia de las medidas (no cosméticas o de mera fachada, sino reales y que interesan a ambas partes de las relaciones laborales) de flexibilidad interna, además de la recuperación de derechos que la reforma de 2012 había devaluado, como mínimo, considerablemente.

Una reforma que apuesta, al igual que se pide por las instituciones y organismos europeos, por un nuevo contrato social que permita hacer compatible «la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcadas por las transiciones ecológica y digital»; compatibilidad que trata de conseguirse a través de las modificaciones operadas en cuatro grandes bloques de reforma y que ya habían sido anunciados en el plan remitido a la Comisión Europea, aunque ciertamente la importancia de tales modificaciones es distinta en cuanto a su trascendencia real en función de los cambios incorporados a la normativa anteriormente vigente.

Prestando atención únicamente a la temática abordada en el presente artículo, cabe reseñar en primer lugar la modernización de la contratación y subcontratación de actividades, apostando, con matices, por la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada. A continuación, la regulación de la flexibilidad interna mediante tanto la nueva regulación de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), que incorporan buena parte de las normas dictadas durante la situación de crisis sanitaria y que han permitido el mantenimiento de un importante número de puestos de trabajo, como con la incorporación de un nuevo mecanismo permanente que permita adaptarse a las empresas a los requerimientos que suscite la realidad económica en cada momento, combinando el mantenimiento del empleo con políticas de formación y readaptación del personal, y las exenciones y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social como medida de apoyo para aquel mantenimiento, ya sea mediante la técnica de la reducción de la jornada de trabajo o bien mediante la de

suspensión de la relación contractual por una causa debidamente justificada. Por último, la modernización de la negociación colectiva, con el reequilibrio de la posición negocial y la corrección de algún aspecto importante de la reforma de 2012 cual era la posibilidad de modificar (obviamente a la baja) los salarios pactados en convenios sectoriales por un convenio de empresa<sup>3</sup>.

Y todas estas medidas, obviamente junto con las restantes que son objeto de estudio en otros artículos de este número de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, de llegar a buen puerto en su aplicación práctica, y no hay duda de que encontrarán muchas piedras y obstáculos en su camino, deberían servir, lo dice con toda claridad el legislador con una manifestación que suscribo plenamente, no solo para proceder a un cambio en las normas, sino también «en las prácticas y la propia cultura de las relaciones laborales», tendentes a corregir los elevados niveles de temporalidad, la escasa apuesta por la formación del personal, unos niveles salariales bajos y un tejido empresarial muy basado en pymes y

---

<sup>3</sup> Margarita Ramos ha puesto en valor la importancia de la modificación operada en dos artículos del ET, y no solo de ellos ciertamente, con una reflexión previa al análisis concreto que me parece de especial interés, cual es que la reforma implica numerosos cambios, que unos son más visibles que otros, y que «algunos de ellos que pueden llegar a tener mayor entidad difícilmente resultan apreciables a primera vista con la sola lectura y contraste formal de los preceptos modificados en la LET en relación con la anterior redacción que presentaban» (Ramos Quintana, 2021).

Ignasi Beltrán de Heredia, en sus valoraciones críticas sobre su impacto en la negociación colectiva (prioridad aplicativa y ultraactividad), pone el acento en la importancia del impacto macroeconómico que puede tener la reforma, ya que «rompe la espiral de devaluación salarial como instrumento para obtener una ventaja competitiva (especialmente, en aquellos sectores de escasa productividad)», siendo su tesis que tal modificación «es probablemente la más relevante de la reforma. Especialmente porque [...] es la que podría tener una proyección macroeconómica más importante» (Beltrán de Heredia Ruiz, 2022).

Francisco Vila pone de relieve que la modificación del artículo 84.2 implica la supresión «del elemento de mayor interés en esta opción que puede seguir realizándose como medida de flexibilidad interna en las empresas para las materias recogidas en el art. 84.2 ET», al mismo tiempo que señala que otros preceptos (arts. 84.1, 82.3, 41 ET) podrían acabar llevando a esa reducción salarial, siempre, a mi parecer, repito, en los márgenes de causalidad fijados por la normativa al respecto (Vila Tierno, 2022).

María del Carmen López Anierte valora positivamente la reforma, poniendo de manifiesto que:

Es loable que el diálogo social haya hecho posible cambiar la tendencia de regresión continua de los derechos laborales producida durante décadas, y que, entre otros logros, haya conseguido restablecer la correlación de fuerzas entre el poder sindical y empresarial existente antes de la reforma de 2012, eliminando la prioridad aplicativa absoluta del convenio de empresa en materia salarial, restableciendo el equilibrio tradicionalmente existente entre la ley y el convenio en la fijación de la estructura negocial, suprimiendo el límite temporal de la ultraactividad, y poniendo fin a la precarización extrema de las condiciones de trabajo en las empresas multiservicios (López Anierte, 2022).

Una valoración bastante más crítica de la reforma en Morales Ortega (2022), sin perjuicio de subrayar por el autor los aspectos que considera positivos de la misma.

micropymes que hace necesario aún más si cabe «asegurar la eficiencia y productividad de las mismas a través de mejoras tecnológicas no asociadas al tamaño de las empresas»<sup>4</sup>.

Estabilidad, mejora de la productividad, avance tecnológico, incremento de los salarios son piezas de un mismo puzzle que necesitan encajar y que se pretenden con la reforma de 2021, y todo ello se concreta de forma muy detallada en el texto de la exposición de motivos como, obviamente, del texto articulado, quedándome la duda en alguna ocasión de si la redacción de aquella se ajusta totalmente al texto articulado al proceder a su explicación; aunque, de lo que no tengo duda alguna es de que la reforma trata de corregir la situación laboral desfavorable que afecta a muchas personas trabajadoras, especialmente jóvenes, y que no sirve precisamente para lograr su inserción estable en el ámbito laboral, además de provocar, y no solo por lo que se refiera a las personas jóvenes, sino a todas las personas trabajadoras afectadas por una elevada temporalidad, un coste económico importante para el erario público por el pago de prestaciones por desempleo.

Por decirlo con las propias palabras del legislador, la reforma laboral trata de corregir, entre otros factores de distorsión de nuestro mercado de trabajo:

Un nivel de rotación laboral muy elevado, con muchas personas, especialmente jóvenes, que están en un flujo continuo entre el desempleo y el trabajo temporal, lo cual resulta ineficiente para las personas trabajadoras, pero también para las empresas, que tienen que pagar indemnizaciones por fin de contrato; y para el sector público, que financia con prestaciones por desempleo este proceso de rotación continua [...],

contribuyendo de esta forma, apostando por la estabilidad en el empleo y la mejora de la formación del personal como premisas previas, a que las empresas «compitan sobre la base de factores como la productividad, la eficiencia y el nivel de formación y de capacitación de la mano de obra, así como de la calidad de sus bienes y servicios y su grado de innovación», conociendo muy bien el legislador que ese es también el objetivo enunciado por la Comisión Europea en su propuesta de Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.

---

<sup>4</sup> Para Jesús Lahera, el éxito de la reforma dependerá de muchos y variados factores, no siendo ni mucho menos poco importantes los que enumera:

[...] la ruptura empresarial con prácticas de rotación laboral, la digitalización de los medios de la Inspección en la lucha contra el fraude, la transformación de las ETT con fijos discontinuos, la capacidad de la negociación colectiva de vincular salarios con productividad, la mejora de los sistemas de formación de los trabajadores o en la mayor utilización por las pymes de herramientas de flexibilidad interna más propicias en las grandes plantillas, sin obviar el factor esencial del crecimiento del empleo (Lahera Forteza, 2021).

Una vez efectuadas las consideraciones generales sobre los objetivos de la reforma, la exposición de motivos va desgranando y concretando las modificaciones que más adelante se recogen en el texto articulado. Baste ahora destacar el intento de evitar que la reducción de los derechos de las personas trabajadoras sea consecuencia de un proceso de externalización de servicios a través de la subcontratación<sup>5</sup>; que los anteriores, renovados ahora, y los nuevos mecanismos de flexibilidad interna se conviertan en un mecanismo permanente que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo, así, en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social<sup>6</sup>; y que la recuperación de la ultraactividad permita un

<sup>5</sup> Una valoración positiva de la reforma se efectúa por Laurentino J. Dueñas, ya que pretende eliminar la devaluación salarial de la subcontratación (nuevo art. 42.6 ET en relación con el art. 84.2 ET), pudiendo afirmarse que:

[...] una de las modificaciones clave de esta reforma ha sido la subcontratación, que no asume la propuesta radical de irradiar las garantías del art. 42 ET a toda actividad, no solo la propia, pero sí afronta una cuestión de calado: establecer que las condiciones de los trabajadores empleados en contratas y subcontratas serán las fijadas en el convenio sectorial aplicable a la actividad efectivamente desarrollada, que garantizará la igualdad de los trabajadores que presten servicios en la empresa, con independencia de que formen o no parte de la plantilla, sin olvidar que el convenio de la empresa contratista bien pudiera mejorar el sectorial (Dueñas Herrero, 2022).

<sup>6</sup> Faustino Cavas ha puesto énfasis en la búsqueda y refuerzo de la estabilidad en el empleo que persigue la regulación de los ERTE, calificando la reforma como una «regulación promocional moderna», con combinación adecuada de medidas económicas y formativas que ponen el acento «en la viabilidad de las empresas y en la protección del empleo y del capital humano» (Cavas Martínez, 2022).

María de los Reyes Martínez pone de manifiesto que la reforma pretende «introducir una mayor agilidad en su tramitación y flexibilidad en su aplicación [de los ERTE], afectando a dimensiones de naturaleza procedimental y sancionadora», sin alterar la descripción de las causas que permiten acudir a esta figura jurídica. Y muy correcta considero su afirmación de que las medidas adoptadas pueden ser de mucha utilidad tanto para las empresas como para las personas trabajadoras, y más concretamente para estas «porque no pierden el vínculo con la empresa y permanecen activas y formándose, evitando la incertidumbre y descapitalización que supone el desempleo de larga duración» (Martínez Barroso, 2022).

Un exhaustivo análisis de la renovada flexibilidad interna es el realizado por Juan Carlos Álvarez, que subraya que:

[...] los ERTE pese a la complicación inicial en la gestión, que ha traído de cabeza a los profesionales, se han demostrado eficaces medidas de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo (lo que había sido característica de crisis anteriores, por ejemplo, en la de 2009) (Álvarez Cortés, 2022).

Atención específica al nuevo artículo 47 bis del ET es la que le dedica Jesús Cruz, siendo destacable, a mi parecer, su caracterización de dicho precepto, que a diferencia del artículo 47 que actúa sobre situaciones concretas que afectan a una empresa:

[...] parte de actuar sobre cada empresa a partir de una previa situación más generalizada, global en el ámbito de un sector productivo o general del conjunto de la actividad económica, que es, a la postre, la determinante de la necesidad de adoptar medidas de reestructuración en cada

equilibrio en el proceso negociador<sup>7</sup>, a la par que se evite que el convenio de empresa pueda modificar a la baja los salarios pactados en el ámbito negocial sectorial.

Decía con anterioridad que la reforma no es solo de diversos preceptos del ET, ya que la modificación de estos arrastra necesariamente la de algunos de la LGSS, no siendo desde luego poco importante la que establece un incremento en la cotización respecto a los contratos de duración determinada inferior a 30 días, duración superior a la de 7 días fijada en la normativa anterior. Y, desde luego, no menos importante me parece la reforma de la LISOS, muy en especial por lo que se refiere a la individualización de la infracción y el incremento de la cuantía de la sanción.

## 1.4. Las omisiones

En fin, aquí quedan estas reflexiones previas e introductorias al examen detenido de las concretas modificaciones operadas por la reforma, desde una valoración globalmente positiva de la misma por plantear una visión de largo alcance sobre la regulación de las relaciones laborales, no siendo casualidad desde luego que el legislador haya titulado el nuevo RDL como uno de medidas urgentes «para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo».

¿Existen omisiones en esta reforma desde la perspectiva de real recuperación de derechos de las personas trabajadoras y de la estabilidad en el empleo? Respondo: sí existen, en efecto, esas omisiones, al menos, a mi parecer, una relevante, cual es la relativa a la modificación sustancial de condiciones de trabajo y el mantenimiento de la última palabra a cargo de la parte empresarial, sin haber introducido un mecanismo de flexibilidad negociada que obligara a la adopción de un acuerdo para que tal modificación fuera posible; también, que siga manteniéndose que no se abonen salarios de tramitación si el despido se declara improcedente, lo que limita considerablemente la posibilidad de accionar contra aquel; o el mantenimiento de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en amplios aspectos del contenido de la relación de trabajo.

---

empresa, [...] [lo que lleva en definitiva a establecer que el elemento determinante del sobredimensionamiento del empleo empresarial] no se debe a circunstancias intrínsecas y propias de cada empresa, sino [al] contexto general (sectorial o macroeconómico) en el que se desenvuelven estas (Cruz Villalón, 2022b).

<sup>7</sup> Amparo Merino, tras poner de manifiesto algunas dudas e interrogantes que plantea la redacción del artículo 86.3 del ET, no duda en manifestar que ya habrá tiempo de «analizar con mayor rigor las reglas del art. 86 ET», una norma cuya reforma «debe ser aplaudida por recuperar, con carácter indefinido, la vigencia ultraactiva del convenio colectivo de eficacia general, reequilibrando el poder contractual de las partes que participan en los procesos de negociación, que había resultado claramente descompensado con la reforma 2012» (Merino Segovia, 2022).

¿Son suficientes estas omisiones, o por la imposibilidad de plantearlas en la mesa negociadora por parte sindical para llegar a un acuerdo, o ante la dureza empresarial para no cuestionar el marco jurídico vigente? No, a mi parecer, porque la negociación en la vida laboral es permanente y continua, y porque el fortalecimiento de la negociación colectiva puede llevar a conseguir, junto con la potenciación de los mecanismos antes referenciados de flexibilidad interna, que la fuerza colectiva contribuya a reducir las desigualdades existentes en el ámbito de la relación individual de trabajo. Hay ciertamente algo de esperanza y convicción en este planteamiento que debe pasar la prueba del nueve, es decir, consolidarse en la práctica, y ello ciertamente llevará tiempo.

## 2. Examen de las disposiciones adicionales, derogatoria, transitorias y finales

En toda norma, y desde luego las de contenido laboral no son una excepción ni mucho menos, hay que prestar especial atención a las disposiciones finales que regulan su entrada en vigor, ya sea de forma inmediata o diferida, total o parcialmente, a una fecha posterior.

Igualmente, y dado que la normativa que se deroga ha generado ya situaciones jurídicas que perviven en el momento del cambio legal, hay que regular cómo afecta este, si es que así se regula, a aquellas, o bien si se mantiene el marco normativo anterior hasta la finalización de sus efectos, es decir, del plazo pactado o regulado.

En estrecha relación con las disposiciones anteriores, se encuentran las derogatorias, ya que la derogación puede producirse de inmediato o bien quedar diferida en el tiempo.

Y qué voy a contar, en especial al mundo jurídico laboralista, de la importancia de las disposiciones adicionales, en las que en muchas ocasiones se encuentra algún añadido jurídico de indudable importancia y que suscita dudas de la razón de ser de no haber sido incorporado su contenido en el texto articulado.

Me refiero a continuación únicamente a las disposiciones que tienen relación con los contenidos de mi exposición.

El apartado 1 de la disposición derogatoria única contiene una fórmula clásica en todo texto normativo, en aplicación de los principios de jerarquía normativa y de modernidad. Se derogan «cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en este real decreto-ley».

La disposición final octava regula las medidas de protección para quienes se vean afectados/as por la aplicación del Mecanismo RED regulado en el nuevo artículo 47 bis del ET (apdo. 7, art. 3, que introduce una nueva disposición adicional cuadragésima primera en la LGSS), en coherencia con la previsión de la puesta en marcha gradual de dicho mecanismo.

Una temática siempre compleja en su aplicación es la regulación de las disposiciones transitorias. Pues bien, el RDL 32/2021 consta de nueve disposiciones transitorias, de las que deseo destacar dos.

Las disposiciones transitorias sexta y séptima versan sobre la negociación colectiva, con una regulación que, a mi parecer, trata de potenciarla y colocar a la parte trabajadora en una situación de igualdad con la contraparte empresarial, algo que no deja de ser, recordemos una vez más, uno de los objetivos de la reforma<sup>8</sup>.

En efecto, la sexta aplica la modificación efectuada en el artículo 84.2 del ET, es decir, la supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre cualquier convenio sectorial respecto a «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa», a los convenios suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 32/2021, una vez que pierda su vigencia expresa «y como máximo en el plazo de 1 año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley». Se establece además una cláusula de no regresión, en virtud de la cual las modificaciones operadas en el artículo 84 del ET no podrán tener como consecuencia «la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras».

En estrecha relación con lo dispuesto respecto al plazo máximo de vigencia referenciado con anterioridad, y suscitándome nuevamente dudas de cómo debe interpretarse, el apartado 3 concede un plazo de 6 meses a las normas convencionales para que se adapten a las modificaciones operadas en el artículo 84, «desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto».

Mucho más importante sin duda, a mi parecer, es la disposición transitoria séptima, que aplica ya el trascendental cambio introducido en la regla sobre la ultraactividad de los convenios colectivos regulada en el artículo 86 del ET, es decir, el mantenimiento de su vigencia mientras se negocia el nuevo convenio y hasta que se llegue a un acuerdo, a aquellos convenios que se hayan denunciado con anterioridad al 31 de diciembre de 2021 y que, por consiguiente, las partes empresarial y trabajadora se encuentren en proceso de negociación del nuevo convenio. Dicho de forma clara y contundente, a todos los convenios que se estén

---

<sup>8</sup> Justamente sobre las reglas de transitoriedad recogidas en el texto ha reflexionado Jaime Cabeza, que pone previamente de manifiesto que la reforma «persigue eliminar la preferencia aplicativa incondicionada del convenio de empresa en cuanto al monto salarial», y que otorga un amplio margen de actuación a los agentes sociales, o lo que es lo mismo, «está dotada de perfiles menos dirigistas que las anteriores reformas», y destaca positivamente los plazos que se fijan para proceder a la adaptación del texto convencional vigente (Cabeza Pereiro, 2022).

También ha abordado esta temática Crespí Ferrior (2022), juntamente con una valoración más general de las modificaciones operadas por la reforma en materia de negociación colectiva.

negociando en la actualidad, por haber sido denunciado el anterior en tiempo y forma, se les aplica la regla del mantenimiento de su vigencia hasta que se alcance un nuevo acuerdo.

### 3. Subcontratación

Son objeto de atención las modificaciones, en plural porque son dos, aun cuando la importancia más relevante se encuentra en una, a mi parecer, de la política normativa de contratación y subcontratación empresariales.

Ya adelanto que se procede a la introducción de una nueva regla en el también nuevo apartado 6 del artículo 42 del ET, a la par que se exceptúa de su cumplimiento cuando se trate de contrataciones y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo (disp. adic. vigesimoséptima incorporada al ET), que son «empresas cuyo objetivo principal es el de proporcionar a los trabajadores con discapacidad la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite la integración laboral de estos en el mercado ordinario de trabajo».

Ahora bien, el hecho de tratarse de una modificación muy reducida en el número de disposiciones afectadas no supone en modo alguno una minusvaloración de su importancia, tal como explicaré a continuación<sup>9</sup>, si bien, ciertamente, se queda algo lejos de las tesis inicialmente defendidas tanto por el Gobierno y los partidos políticos que la apoyan como por las organizaciones sindicales presentes en la mesa del diálogo social. Es además una reforma en la que existe, a mi parecer, un cierto desajuste entre aquello que se manifiesta en una parte de la exposición de motivos y la redacción del modificado artículo 42.

Procedo al examen de la exposición de motivos y posteriormente del texto articulado, previa breve exposición de propuestas normativas sobre la reforma del artículo 42 que fueron presentadas en anteriores y también en esta legislatura, así como de cuál era la tesis expuesta en el acuerdo de gobierno PSOE-UP suscrito el 30 de diciembre de 2019 y de algunos documentos que fueron puestos sobre la mesa del diálogo social tripartito sobre la

---

<sup>9</sup> Por la importancia real en la vida laboral de esta temática, cabe referirse a cómo se han valorado los cambios por los agentes sociales presentes en la mesa del diálogo social. Para CC. OO. y UGT es relevante la modificación, ya que «supone un golpe a fenómenos precarizadores como las empresas multiservicios» (<https://www.ugt.es/ahora-si-ganamos-derechos>). Desde la CEOE, en su primera valoración del acuerdo (<https://cepymenews.es/comunicado-ceoe-cepyme-reforma-laboral-diciembre/>), se afirmó que:

[...] la subcontratación mantiene vigente el actual modelo de colaboración empresarial, clave para asegurar la actividad económica de pymes y autónomos, fijando, como hasta ahora, que el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada.

temática de la contratación y subcontratación, sin olvidar algunas referencias a sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo (TS) que, al aplicar la reforma laboral de 2012, aceptaron la política de externalización empresarial, si bien con voto discrepante en el Alto Tribunal que ponía de manifiesto, alto y claro, cómo esas políticas implicaban una clara discriminación por razón de sexo<sup>10</sup>.

### 3.1. Las propuestas anteriores a la reforma

Recordemos en primer lugar algunos «momentos históricos» de la (no) reforma del artículo 42 del ET, que lleva por título (inalterado en la modificación operada por el RDL 32/2021) «Subcontratación de obras y servicios».

A) En la XII legislatura, durante el gobierno del Partido Popular, se presentó por el grupo socialista una proposición de ley de modificación del artículo 42.1 del ET, «para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados», que finalmente caducó, y que proponía añadir estos dos nuevos párrafos en el artículo 42.1 del ET:

Se entenderá que el objeto de contratación o subcontratación supone la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante cuando se corresponda con todas o alguna de las actividades principales o nucleares del mismo y suponga, por parte del contratista o subcontratista, la aportación de mano de obra que desarrolla funciones profesionales que tienen relación directa con dichas actividades principales o nucleares. En estos casos, las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal.

A estos efectos se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales.

B) En el acuerdo de gobierno suscrito el 30 de diciembre de 2019 por PSOE y UP, en el bloque dedicado a la consolidación del crecimiento y la creación de empleo de calidad, se

<sup>10</sup> Para un análisis muy detallado de la problemática de la subcontratación y de la reforma introducida en el artículo 42 del ET, *vid.* Basterra Hernández (2021); Beltrán de Heredia Ruiz (2021); Dueñas Herrero (2022); García-Perrote Escartín (2019); López Anioarte (2021); Rodríguez-Piñero Royo (2021a).

incluía la modificación del artículo 42.1 del ET sobre contratación y subcontratación laboral, «a efectos de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa».

C) El 11 de marzo de 2021 se aprobó por la Comisión de Trabajo y de Economía Social del Congreso de los Diputados una nueva proposición no de ley presentada por el mismo grupo parlamentario socialista el 2 de diciembre de 2020 «para regular las condiciones salariales de los trabajadores subcontratados», con una transacción con ERC para que se regulara antes del 30 de junio, plazo que como es sabido no se cumplió, en cuyo texto se instaba al Gobierno a:

[...] adoptar las medidas normativas que permitan asegurar que las personas trabajadoras que sean contratadas para realizar servicios comprendidos dentro de la propia actividad del empresario principal tengan las mismas condiciones que tendrían de ser contratados directamente por este, tanto si dichas condiciones traen causa del convenio colectivo de la empresa principal como si son acordadas por dicha empresa en el momento de la contratación.

El texto fue aprobado por 20 votos a favor y 15 en contra. La proposición se justificaba en la necesidad de:

[...] adoptar medidas que permitan la igualdad de condiciones en la relación laboral, pues la inequidad en el salario y el resto de condiciones laborales también impide que personas trabajadoras ocupadas en el desarrollo de la actividad principal de una empresa se vean beneficiadas, entre otras, por las medidas puestas en marcha para paliar los efectos tan perniciosos de esta crisis, situándolas en una perspectiva de peor derecho.

D) En la proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, «sobre medidas laborales a impulsar en el marco de los Planes de Recuperación, Transformación y Resiliencia», aprobada, con modificaciones, el 21 de septiembre del pasado año, se pidió al Congreso que instara al Gobierno a «la modificación del régimen de subcontratación laboral, para evitar que sea un mecanismo de precariedad y discriminación».

## 3.2. La nueva redacción del artículo 42.6 del ET

Llegamos al texto definitivamente acordado en la mesa del diálogo social el 22 de diciembre; bueno, no exactamente definitivo, ya que, como he indicado con anterioridad, se incorporaron varias modificaciones al acuerdo en el texto al que dio su visto bueno el Consejo de Ministros, si bien, ciertamente, sin alterar el contenido de aquel.

Una de esas novedades fue la incorporación de una nueva disposición adicional, vigesimoséptima, al ET, referida al régimen jurídico aplicable en los casos de contrata y subcontratas suscritas con 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, estipulando que «no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

En la exposición de motivos se hace referencia a la necesidad de hacer efectivas cuatro de las reformas identificadas en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, siendo una de ellas «la modernización de la contratación y subcontratación de las actividades empresariales», tratando de corregir uno de los defectos más acusados en la realidad laboral española, y que ha sido puesto de manifiesto en muchísimas ocasiones, cual es la existencia, una realidad, a mi parecer, en la mayor parte de situaciones conocidas, de «un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización», siendo necesaria la adopción de medidas legales que impidan utilizar la estrategia de externalización de servicios, a través de la subcontratación, «como mecanismos de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas», con el objetivo de evitar tanto una estrategia productiva basada en la mera reducción de costes empresariales como en el de «avanzar hacia la equiparación de las condiciones de las personas trabajadoras contratadas y subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas».

Ya existe un marco que define esa línea a seguir en el sector público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y Ley –modificada– 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional), y la reforma del artículo 42 busca continuar por esta senda, «evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales».

La justificación detallada, a medio camino entre la explicación del contenido del posterior texto articulado y un artículo doctrinal en el que se plantean propuestas que no tienen, al menos, a mi parecer, completa acogida en el texto modificado, se encuentra en este párrafo que por su indudable interés reproduzco a continuación:

[...] la externalización debe justificarse en razones empresariales ajenas a la reducción de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas. Lo anterior no es solo un objetivo plausible y legítimo, sino que, además, existe una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación tal y como ocurre en el caso de puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina (*v. gr.*, colectivo de camareras de piso), y donde resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones

laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan. Así, el principio de no discriminación e igualdad de trato se asegura mediante la garantía de un convenio colectivo sectorial aplicable sin perjuicio de los derechos de libertad de empresa y negociación colectiva<sup>11</sup>.

En el texto articulado del artículo 42 hay, como ya he indicado, la incorporación de un nuevo apartado, 6, corriendo la numeración de los ya existentes.

La modificación incorporada en el nuevo apartado 6 implica acoger uno de los criterios jurisprudenciales por los que había optado el TS en los litigios en que ha debido abordar conflictos en los que la empresa contratista no tenía convenio colectivo propio, tesis ya sostenida por un sector doctrinal, y que quedó plasmado en la Sentencia de 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019). Dicho criterio jurisprudencial, ahora acogido por la reforma laboral, se plasma en el apartado 1 del fundamento de derecho cuarto, por lo que considero del todo punto necesario su reproducción:

1. Ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata tal como ha quedado configurada en los hechos probados. En efecto, al hacerse de esta forma las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto, que, por un lado, no se conoce; y, por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores.

En consecuencia, el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en

---

<sup>11</sup> En la explicación de la reforma en la nota de prensa publicada por el MITES tras la aprobación del RDL 32/2021 por el Consejo de Ministros (<https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/4060>) se califica de «fundamental» la reforma en materia de contratación, por existir «siempre» un convenio colectivo sectorial aplicable, afirmando que esto será «una cuestión decisiva ya que permite cubrir vacíos legales existentes hasta ahora», y sintetiza la reforma en estos términos:

El convenio sectorial aplicable puede ser el de la actividad desarrollada en la empresa principal u otro si así lo determina la negociación colectiva sectorial dentro de sus normas generales.

El convenio de empresa solo podrá aplicarse por la contratista si determina mejores condiciones salariales que el sectorial que resulte de aplicación.

La nueva norma regula, por tanto, con base en la actividad propia de la empresa. En el caso de que realice actividades esenciales para el desarrollo de la empresa se aplica a las personas trabajadoras el convenio sectorial de la actividad que desarrolla la contrata o subcontrata.

relación con la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Más aún, en un caso como el presente, en el que la actividad que presta la demandada en el ámbito del conflicto es una sola. Con esta solución se atiende a lo que dispone el convenio de referencia que, está penado, precisamente, para situaciones como la que contemplamos y, además, no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

Por consiguiente, y volviendo sobre la literalidad del nuevo apartado 6 del artículo 42, tenemos una primera regla de aplicación, el convenio colectivo del «sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata», sin que tenga importancia alguna al efecto cuál sea su objeto social o forma jurídica.

Una segunda regla, y que ciertamente deja abiertas las dudas a cuál pueda ser, como ya se ha constatado por la doctrina laboralista en las primeras aportaciones doctrinales, es la aplicación, con prioridad sobre la primera, de «otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III» si existe.

La tercera es la aplicación del convenio propio de empresa, si bien la modificación introducida en el artículo 84.2 del ET es de una innegable importancia para desincentivar la ya apuntada como temida hipótesis por un sector doctrinal, cual es la proliferación de convenios colectivos de empresa o, incluso, de «franja». En efecto, la dicción del segundo párrafo del apartado 6 del artículo 42 es clara e indubitada: la aplicación del convenio colectivo propio se llevará a cabo «en los términos que resulten del artículo 84». Pues bien, recordemos que dicho precepto ha suprimido de la prioridad aplicativa de empresa respecto al sectorial todo aquello relativo a «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa», por lo que la devaluación de las condiciones salariales del personal que preste servicios para contratas o subcontratas no podrá aplicarse por esta vía, y más aún cuando el apartado 3 de la disposición transitoria sexta, rotulada «Aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma», dispone 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 6 meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición.

Dejo planteada una cuestión de no menor importancia que ya ha sido apuntada por la doctrina laboralista. En efecto, el profesor Beltrán de Heredia Ruiz (2021) plantea si el artículo 42.6 es aplicable solo si concurre «propia actividad» o bien se puede extender a todas las contratas, apostando prudentemente por la segunda opción ante la inexistencia

de cambios en los apartados 3 y 4 del artículo 42, y con mayor importancia, a mi parecer, y que demuestra que el legislador quiso excluir expresamente un supuesto concreto del nuevo marco protector, por la exclusión expresa de la aplicación del cambio a las contrataciones y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo.

No debo finalizar este epígrafe sin dejar de recoger las críticas formuladas desde un sector del personal de hostelería, más exactamente de las «camareras de pisos», por no haber limitado la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa, si bien, a mi parecer, el problema principal no es tanto el normativo, sino la ubicación de dicho personal en convenios de limpieza y no de hostelería, una cuestión muy bien explicada por la profesora Carolina Moreno<sup>12</sup> en estos términos:

[...] [el nuevo artículo 42] indica que se debe aplicar el convenio de la actividad desarrollada en contrataciones y subcontratas. Es decir, en el caso de las Kellys sería el de limpieza, que ya es mejor que no tener convenio. Se les seguiría sin aplicar el convenio de la empresa matriz. En este caso, por ejemplo, aunque hay matices, en líneas generales podemos decir que el de hostelería es algo mejor que el de limpieza.

Es una cuestión que, sin duda, también generará no solo debates doctrinales, sino que nuevamente llegará a los tribunales, y no se olvide que debería incorporarse en sus resoluciones la perspectiva de género por el muy elevado número de trabajadoras que prestan tal actividad.

## **4. La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. ERTE y nuevo Mecanismo RED**

### **4.1. La tipología de la flexibilidad**

Existen tres tipos de flexibilidad:

A) En primer lugar, la de entrada, aquella que incluye tanto los mecanismos de selección para acceder a un empleo como muy especialmente las modalidades de contratación y el mayor o menor acento que se pone en la estabilidad en el empleo, que son objeto de atención en otro artículo.

---

<sup>12</sup> Así lo explica en el artículo de López Trujillo (2022).

B) En tercer lugar, se encuentra la flexibilidad de salida, es decir, la mayor o menor flexibilidad de los mecanismos legales existentes para dar por extinguida la relación contractual, por lo que son de interés las normas que regulan tanto las extinciones de las modalidades contractuales de duración determinada como otras causas de extinción, y señaladamente la de los despidos individuales y colectivos. No se encuentra explicación de esta flexibilidad en mi estudio, ya que no ha sido abordada en la mesa del diálogo social. Es por ello comprensible la crítica efectuada desde algunos sectores del mundo sindical y de colectivos laboristas sobre el no cuestionamiento de dicha flexibilidad, sin que ello impida en modo alguno mi valoración globalmente positiva de la reforma por las razones ya expuestas con anterioridad.

C) Y en el medio de la flexibilidad de entrada y de salida, se encuentra la «de paso» o «interna», aquella que se refiere a la regulación de las condiciones de trabajo y a la articulación de mecanismos que permitan, en las diversas situaciones de crisis, o de «precrisis», en que puede encontrarse una empresa (y ya veremos que en la nueva normativa también se extiende a toda la actividad empresarial o a un sector cuando concurren determinadas circunstancias), que se mantenga el empleo y no haya destrucción del mismo, apoyando a las empresas con medidas económicas y formativas para que ello sea posible.

Se trata, por una parte, de medidas relativas a aquello que hemos dado en llamar «modificación sustancial de condiciones de trabajo» y, por otra, de los «ERTE».

Las primeras tampoco han entrado en la reforma, y no hay duda, a mi parecer, de que se trató de uno de los aspectos más relevantes de la reforma laboral del Partido Popular de 2012, al desequilibrar la balanza negociadora a favor de la parte empresarial al atribuirle la última palabra en la decisión de tales modificaciones y no optar por la flexibilidad negociada o pactada. Sí han entrado, y con indudable vitalidad, las segundas, ya sea para regular las suspensiones de los contratos de trabajo, ya para las reducciones de jornada, con el indudable y loable objetivo de apostar fuertemente por la implantación permanente de medidas tendentes justamente a favorecer el mantenimiento del empleo y a formar a las personas trabajadoras para enfrentarse a los cambios que se produzcan en el tejido productivo, incorporando ya de forma permanente algunas de las medidas aprobadas durante la pandemia y que han demostrado su eficacia para evitar la pérdida de puestos de trabajo.

Es de dicha flexibilidad interna de la que me ocupo, considerada en la exposición de motivos, y con toda razón, a mi parecer, como, junto con la recuperación de los derechos laborales y su garantía, la principal aportación que se efectúa y con la que se busca «transformar nuestro mercado de trabajo para que pueda dejar definitivamente atrás sus anomalías, asegurando la calidad del empleo y el dinamismo de nuestro tejido productivo». Mantenimiento del empleo, mejora de la formación de las personas trabajadoras y modernización del tejido empresarial van estrechamente unidos y son pilares de la reforma, tal como ya se expuso en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia enviado por el Gobierno español a la Comisión Europea y que mereció una

valoración positiva, la misma que ha obtenido el acuerdo tripartito, uno de cuyos elementos de la, entonces futura, reforma laboral debía ser «el establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización del empleo», que más adelante se convierte, en la exposición de motivos, en el «establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición».

El Mecanismo RED es el resultado, además de las negociaciones entre el Gobierno y los agentes sociales, también de las negociaciones en el seno del propio Gobierno y de los ministerios implicados en la reforma, ya que, por citar el ejemplo más significativo, el nuevo Mecanismo RED apareció en una fase avanzada de las negociaciones y a partir de propuestas surgidas desde el Ministerio de Economía y Competitividad. Está por ver cómo se concreta en la práctica, ya que se trata de una completa novedad en el panorama normativo español, aunque evidentemente tenga muchos puntos de conexión con el ERTE «clásico», es decir, el del artículo 47 del ET.

En la explicación pongo mi atención en la exposición de motivos y en los artículos y disposiciones que regulan los ERTE y el nuevo Mecanismo RED<sup>13</sup>.

En la exposición de motivos se valoran positivamente las medidas adoptadas para mantener el empleo durante la crisis sanitaria, los ERTE, y no le falta razón al legislador, ya que llegaron a afectar a más de 3 millones de personas trabajadoras en el momento

---

<sup>13</sup> Desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSMI), en la presentación de la reforma (<https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/ministro/detalle/4179>), se pone de manifiesto que esta «mejora el modelo de ERTE que se ha puesto en marcha con éxito en la pandemia, impulsando la formación y flexibilizando su utilización», y que el Mecanismo RED permitirá «proporcionar un marco estable de garantías a los trabajadores y las empresas ante fluctuaciones cíclicas de la demanda», y «desarrollar nuevos instrumentos que acompañen a las empresas en transición en los sectores más afectados por cambios estructurales».

Se explica, y fundamenta, que la reforma beneficia a todas las partes implicadas: para las trabajadoras y los trabajadores, porque «no pierden en ningún momento el vínculo con la empresa y permanecen activos y formándose, evitando la incertidumbre y el proceso de descapitalización que supone el desempleo de larga duración». Para las empresas, porque «evita despidos de trabajadores formados y seleccionados –la búsqueda de empleo es costosa también para las empresas– a cambio de pagar parte de sus cotizaciones y de formarlos durante los periodos de inactividad». En fin, para el Estado, porque «al evitar el tránsito por el desempleo, baja la tasa de paro estructural y, con ello, el gasto en prestaciones por desempleo».

Por el MITEOS, al presentar el acuerdo alcanzado el 22 de diciembre (<https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/4059>), se manifestó que:

La norma propiciará instrumentos eficaces para proteger a las personas trabajadoras y dotar al tejido productivo de herramientas para mantener el empleo respetando los derechos laborales y de nuevos mecanismos como el ERTE de forma estructural que incorpora un Mecanismo RED para hacer frente a las crisis cíclicas o sectoriales con flexibilidad interna negociada, formación y recualificación de los trabajadores y evitando los despidos.

álgido de la crisis (abril de 2020), que estuvieron protegidas económicamente y sin perder su empleo, tal como ponen de manifiesto los datos periódicamente facilitados por el MISSMI y por el MITES<sup>14</sup>.

El mantenimiento del empleo, mejora de las capacidades de las personas trabajadoras o, lo que es lo mismo, su formación y recualificación tanto para mantenerse en sus actuales empleos como para poder acceder a los que se creen en el inmediato futuro, con especial atención a las medidas dirigidas a facilitar la transición, tanto del mundo laboral como del empresarial, al cambio tecnológico, se configuran como elementos esenciales de la reforma, tanto con la potenciación de los ERTE, con una mención expresa en el texto articulado a otorgar prioridad a las medidas de reducción de la jornada de trabajo sobre la suspensión de los contratos, de los que se subraya que habían sido muy poco utilizados en España con anterioridad. Los datos estadísticos así lo confirman, desmintiendo a quienes han relativizado o disminuido la relevancia de la modificación con la afirmación de que la reforma de 2012 los había potenciado<sup>15</sup>, cuando, a mi parecer, lo que hizo fue potenciar extraordinariamente la flexibilidad externa por medio de la modificación de diversos preceptos relativos tanto a los despidos individuales como a los colectivos.

Además, estamos en presencia de la puesta en funcionamiento del Mecanismo RED, calificado como:

---

<sup>14</sup> Unas medidas que con la recuperación de la situación económica han ido disminuyendo de forma gradual y progresiva durante 2021, hasta llegar al mes de diciembre con afectación a 102.548 personas. Un descenso, subraya con evidente satisfacción la nota de prensa del MISSMI (<https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/seguridadsocial/detalle/4185>), de «casi 520.000 trabajadores respecto a los protegidos un año antes por los ERTES vinculados a la COVID», enfatizando, además, por la importancia que han adquirido las medidas formativas que irán vinculadas a exoneraciones en materia de cotización empresarial a la Seguridad Social, que «hasta ahora, 30.251 trabajadores se verán beneficiados por algunos de estos programas de formación».

<sup>15</sup> Esa «relativización» de la reforma de 2021 se pone claramente de manifiesto, a mi parecer, en la valoración efectuada por el que fuera subsecretario de Empleo durante la etapa en que se aprobó la reforma laboral unilateral de 2012 (RDL 3/2012, de 10 de febrero, y Ley 3/2012, de 6 de julio), Pedro Chamorro, en la que enfatiza el mantenimiento de los pilares de la reforma de 2012, si bien reconoce que la de 2021 aborda «algunos aspectos claves de nuestro sistema de relaciones laborales», pero no le concede mayor importancia, ya que aquello que destaca, y creo que sus afirmaciones reflejan muy bien lo que era la reforma de 2012 y que mereció mis críticas en muchos artículos anteriores, es que:

[...] gran parte del marco regulador de la flexiseguridad contenido en la reforma de 2012 permanece intacto en materias como la regulación de la clasificación profesional por grupos, la distribución irregular de la jornada anual, la movilidad geográfica y funcional o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La irrenunciable opción del legislador de hace una década por la flexibilidad interna frente el recurso al despido –cuyo régimen tampoco se altera en la reforma de 2021– se mantiene en gran medida, en particular en lo que respecta al instrumento de flexibilidad interna por excelencia: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT) regulada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (Llorente, 2021).

[...] un nuevo mecanismo de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas, alternativo a la destrucción de empleo y a la alta temporalidad, que permita lograr un doble objetivo: (i) proteger el empleo ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y (ii) acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo del que resulte la pérdida del capital humano, del crecimiento potencial y del bienestar del conjunto de la sociedad. La finalidad del nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización –que también cuenta con importantes beneficios en la cotización a la Seguridad Social– consiste en proteger el empleo, primar el ajuste temporal de las horas de trabajo, impulsar la estabilidad de las relaciones laborales, de la inversión y del capital humano.

El hecho de tratarse de un mecanismo totalmente nuevo lleva al legislador a la introducción de una disposición adicional en la que se prevé un examen de su aplicación tras 1 año desde que se produzca su activación, con una redacción que deja las puertas totalmente abiertas a cualquier decisión que pueda adoptarse en el marco del diálogo social tripartito, ya que deberá analizarse la oportunidad de adoptar medidas «tendientes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro».

Que las medidas adoptadas incorporan buena parte del arsenal normativo puesto en marcha durante la crisis se manifiesta expresamente en la exposición de motivos con respecto a los ERTE aprobados por causa de fuerza mayor debido a impedimentos o limitaciones en la actividad ordinaria de la empresa que son decididos por las autoridades competentes, manifestándose que se incorporan «como mecanismo disponible, con un carácter permanente», ya que «han demostrado su eficacia para preservar empleo y tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis», si bien la modificación del artículo 47.6 del ET («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») se difiere en el tiempo hasta el 1 de marzo y se mantiene la aplicación del RDL 18/2021, de 28 de septiembre.

## 4.2. Una visión conjunta de la reforma de los mecanismos de flexibilidad interna

Del texto articulado, debe merecer mi atención, primeramente, el artículo 47, modificado, cuyo título ya es significativo, porque invierte los términos del vigente hasta el 31 de diciembre, ya que en este se hacía referencia a la «suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor», mientras que en el nuevo la mención es a «reducción de jornada o suspensión del contrato de trabajo [...]».

A continuación, el nuevo artículo 47 bis, rotulado como «Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo» y que es una variante del anterior por cuanto cuando se active dicho mecanismo las empresas podrán solicitar las mismas medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos que en aplicación de las causas del artículo 47, añadiéndose además que serán normas comunes a ambas modalidades las de prórroga del ERTE y, entre otras, las reglas sobre afectación y desafectación de trabajadoras y trabajadores según la evolución de la situación vivida por la empresa.

En ambos supuestos, las personas trabajadoras afectadas por ERTE se considerarán como ocupadas a efectos estadísticos (disp. adic. sexta), ya que la regulación de ambos preceptos «refuerza el vínculo con la empresa de las personas trabajadoras cubiertas»<sup>16</sup>.

Las novedades del artículo 47 y la nueva regulación del Mecanismo RED tienen indudable impacto sobre la normativa en materia de Seguridad Social, de formación para el empleo y de infracciones y sanciones.

Con respecto a la primera, la LGSS incorpora un nuevo artículo 153 bis, que regula la cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato; una nueva disposición adicional cuadragésima cuarta, que versa sobre los «beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED»; y una nueva disposición adicional cuadragésima primera, sobre «medidas de protección social de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED [...]».

Sobre el ámbito formativo, hay que prestar atención a la nueva disposición adicional vigesimoquinta del ET, que versa sobre las acciones formativas en los ERTE regulados tanto en el artículo 47 como en el 47 bis, y a la modificación introducida por el artículo cuarto del RDL 32/2021 en el artículo 9 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, con la adición de un apartado 7 que dispone un incremento de crédito para las acciones formativas que se lleven a cabo a personas afectadas por ERTE.

---

<sup>16</sup> Tal como se explica por el Instituto Nacional de Estadística (INE, 2021) en la presentación de la Encuesta de población activa (EPA):

La consideración de los trabajadores afectados por ERTE en la EPA es acorde con las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Oficina Estadística de la Unión Europea (Eurostat). En concreto, según las especificaciones de Eurostat para el caso de los ERTE en 2020, los suspendidos de empleo se clasifican como ocupados cuando existe una garantía de reincorporación al puesto de trabajo, una vez finalizado el periodo de suspensión. Una serie de reales decretos publicados durante la pandemia establece dicha garantía. Por su parte, los trabajadores afectados por un ERTE con reducción de jornada son ocupados, reflejándose dicha reducción en las horas de trabajo realizadas.

Por fin, con respecto a la LISOS, cabe destacar (art. quinto RDL 32/2021) la importancia de la modificación del artículo 8.3 y la introducción de un nuevo apartado 20 en el artículo 8. El artículo 8.3 califica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales:

Proceder al despido colectivo de trabajadores o a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor o del Mecanismo RED en cualquiera de sus modalidades, sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51, 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.

El nuevo apartado 20 del artículo 8 cataloga como infracción muy grave: «Establecer nuevas externalizaciones de actividad incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7 d) del Estatuto de los Trabajadores».

En fin, se refuerza el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en el control del cumplimiento de la normativa laboral y de protección social en la materia. Ejemplo claro de ello es, en primer lugar, la introducción de una nueva disposición adicional vigesimosexta en el ET, que regula el acceso de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y la ITSS, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan, a todos los datos necesarios para la identificación y tipo del ERTE, de la empresa y de las personas trabajadoras incluidas en el expediente, el tipo de medida a aplicar, el periodo en el que se puede producir la reducción de jornada de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo y el porcentaje máximo de reducción de jornada o periodo máximo de suspensión de contrato previsto respecto de cada persona trabajadora. En la misma línea, se añade una nueva disposición adicional cuadragésima quinta a la LGSS, en la que se subraya que corresponde a la ITSS «la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones establecidas en relación a las exenciones en las cotizaciones de la Seguridad Social», para lo que «desarrollará acciones de control sobre la correcta aplicación de las exenciones en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, pudiendo iniciarse en caso de incumplimiento de la normativa los correspondientes expedientes sancionadores y liquidatarios de cuotas», con una concreción específica respecto a la vigilancia de:

[...] la veracidad, inexactitud u omisión de datos o declaraciones responsables proporcionadas por las empresas o por cualquier otra información que haya sido utilizada para el cálculo de las correspondientes liquidaciones de cuotas, y sobre la indebida existencia de actividad laboral durante los periodos comunicados por la empresa de suspensión de la relación laboral o reducción de la jornada de trabajo, en los que se hayan aplicado exenciones en la cotización.

Por otra parte, y desde la perspectiva de aligeramiento de las cargas administrativas, se incorpora una nueva disposición adicional cuadragésima segunda a la LGSS, que dispone que el SEPE y la TGSS establecerán:

[...] un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los periodos de suspensión temporal de contratos de trabajo y reducción temporal de jornada de trabajo de los trabajadores afectados por un expediente de regulación temporal de empleo, [...] [mediante el que las empresas] deberán poder comunicar esta información de tal forma que la misma surta efecto para el desarrollo de la totalidad de las competencias de ambas entidades.

### 4.3. El renovado artículo 47 del ET

¿Qué novedades introduce el renovado artículo 47 con respecto al texto derogado, además de la ya mencionada inversión de los términos del título?

- El periodo de consultas con la representación legal del personal, que con carácter general sigue siendo de 15 días, se reduce hasta un máximo de 7 días («no podrá ser superior») en las empresas que tengan menos de 50 personas de plantilla.
- Se reduce el plazo máximo para la constitución de la comisión desde la fecha de la comunicación empresarial de su intención de tramitar el ERTE, pasando de 7 a 5 días.
- Se concreta, a mi parecer, con mayor precisión que en la normativa derogada, que la decisión empresarial de aplicar el ERTE, que debe ser notificada a la autoridad laboral y a las personas trabajadoras, deberá incluir el periodo dentro del cual se llevará a cabo la aplicación de las medidas adoptadas.
- En los mismos términos que la normativa aprobada durante la crisis, se permite la prórroga del ERTE durante su vigencia, previa comunicación a la representación del personal para iniciar un periodo de consultas por un plazo no superior a 5 días. La decisión empresarial deberá ser comunicada a la autoridad laboral en un plazo de 7 días (entiendo que este plazo debe referirse al momento posterior a la finalización del periodo de consultas, si bien la redacción literal del precepto permitiría una interpretación de considerar el plazo aplicable desde el momento en que la empresa plantea la solicitud de prórroga), y surtirá efectos «desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral».
- Se ha incorporado, con carácter permanente tal como se explica en la exposición de motivos, la regulación de los ERTE por causa de fuerza mayor temporal, debiendo ser esta, a partir de la presentación por la empresa de «los medios de prueba que estime necesarios», constatada por la autoridad laboral, previo conocimiento del informe preceptivo que deberá emitir la ITSS sobre la concurrencia de la fuerza mayor. Una vez constatada su existencia, será entonces cuando

la empresa decida las medidas aplicables, surtiendo efectos la resolución administrativa «desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor y hasta la fecha determinada en la propia resolución», que debe dictarse en el plazo máximo de 5 días naturales desde la solicitud, considerándose como positivo el silencio administrativo, y con posibilidad de solicitar una nueva autorización si se mantiene la misma situación que provocó la anterior solicitud.

- La variante específica de la fuerza mayor temporal se contempla, tal como ya he apuntado, en el apartado 6 del artículo 47, referida a «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».

Las variantes con respecto a la regulación general se concretan en que no será preceptiva la petición de informe a la ITSS, en que la empresa deberá justificar en su solicitud la existencia de las «concretas limitaciones o del impedimento» que le suponen las decisiones de las autoridades competentes, y en que, como consecuencia directa de lo anterior, la autoridad laboral autorizará el ERTE si entiende justificadas tales limitaciones o impedimentos.

- Tanto para el ERTE «general» como para el ERTE por fuerza mayor temporal, se fijan unas reglas comunes, que en apretada síntesis son las siguientes:
  - La reducción de la jornada será preferente sobre la suspensión contractual «en la medida en que ello sea viable», y se situará entre un 10 y un 70 %, ofreciendo la norma diversas posibilidades de cómputo, ya que puede ser sobre la jornada diaria, semanal, mensual o anual.
  - La comunicación por parte empresarial, mediante procedimientos «preferentemente automatizados» de los periodos de reducción o suspensión, las personas trabajadoras afectadas y el tipo de medida, en su caso, aplicable a cada una de ellas, la posible afectación y desafectación en función de la evolución de la situación económica, la imposibilidad de realización de horas extras, de nuevas contrataciones o de nuevas externalizaciones de la actividad productiva, salvo que haya razones que puedan justificar una o más de tales posibilidades, que la norma concreta en que:

[...] en el supuesto en que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras.

Igualmente, se mencionan, con remisión a las normas que los regulan, el derecho al incremento de crédito para la realización de acciones formativas y los beneficios en materia de cotización a la Seguridad Social, así como la prestación por desempleo a percibir.

#### 4.4. El Mecanismo RED

Mi explicación se centra a continuación en los contenidos más destacados del novedoso Mecanismo RED, el nuevo artículo 47 bis del ET en el que se encuentra, ya lo adelanto, una particularidad importante con respecto a los ERTE, cual es la intervención de la autoridad laboral competente como última instancia cuando no haya acuerdo entre las partes durante el periodo de consultas; o lo que es lo mismo, la última palabra, la decisión final, no está en manos de la empresa, sino que será aquella que dictará resolución «estimando o desestimando la solicitud empresarial».

Estamos hablando de un mecanismo de flexibilidad interna aún no existente, ya que para la aplicación de medidas de reducción de jornada o suspensión contractual por parte empresarial deberá primero procederse a su activación por el Consejo de Ministros, teniendo dos modalidades según la problemática sea de carácter general o bien solo de carácter sectorial, si bien la norma permite en este segundo supuesto que la crisis pueda afectar a uno o varios sectores.

La modalidad denominada «cíclica» se pondrá en marcha cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de 1 año, y la «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 1 año y la posibilidad de dos prórrogas de 6 meses cada una.

El mecanismo se activará a propuesta de quienes ostenten la titularidad del MISSMI y del MITES, conjuntamente, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, atribuyendo a las organizaciones sindicales y empresariales la posibilidad de solicitar la convocatoria de la comisión tripartita cuando crean que debe ponerse en marcha la medida por situación de crisis sectorial (o de diversos sectores). La relevancia que se otorga en la reforma al papel atribuido a los agentes sociales se comprueba una vez más en este precepto, ya que estos deberán ser informadas previamente a la elevación de la propuesta de activación al Consejo de Ministros.

En el ámbito de la modalidad sectorial, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal podrán solicitar a los ministerios referidos la convocatoria de la comisión tripartita del Mecanismo RED. Esta comisión deberá reunirse en el plazo de

15 días desde dicha solicitud y analizará la existencia de los cambios referidos en el apartado 1 b) del artículo 47 bis, así como la necesidad, en su caso, de elevar una solicitud de activación del Mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros.

La tramitación de las solicitudes de suspensiones contractuales o reducciones de jornadas es en líneas generales semejante a la de los ERTE. Las particularidades propias de esta modalidad son las siguientes: la presentación de un «plan de recualificación» de las personas afectadas cuando se trate de la modalidad sectorial; el plazo de 7 días para que la ITSS emita su preceptivo informe, a contar desde la notificación de inicio por parte de la empresa a la autoridad laboral, siendo también de 7 días el plazo para que la autoridad laboral emita su resolución tras la finalización del periodo de consultas, considerándose el silencio como positivo, con una cláusula que demuestra claramente que la medida propuesta deberá encajar «dentro de los límites legal y reglamentariamente establecidos», algo que debe ponerse en relación con la autorización que se conceda a la petición inicial empresarial cuando haya acuerdo, y respecto a la falta del mismo me remito a lo expuesto con anterioridad.

Lógico es añadir que la autorización se concederá cuando la empresa haya podido demostrar, con la documentación aportada, que la situación cíclica o sectorial concurre en su caso.

En estrecha relación con las modificaciones operadas en materia de Seguridad Social y de formación para el empleo, la norma remite a los textos legales reguladores de ambas materias para que concreten los beneficios en materia de cotización y de acceso preferente a las acciones formativas. Se refuerza el papel de la ITSS en el control de la vigilancia del cumplimiento por parte empresarial de este precepto, insistiendo, como ya ha hecho en anteriores normas, en que tendrá acceso, tal como he explicado con anterioridad, a los datos incorporados:

[...] mediante procedimientos automatizados y aplicaciones que le permitan conocer los extremos relativos a la aplicación de los mecanismos, las condiciones especiales en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas y prestaciones correspondientes, con el objetivo de desarrollar las debidas actuaciones de control.

La norma remite, a los efectos de financiación del mecanismo, y sin concreción de la fecha para hacerlo, a la creación futura de un fondo sin personalidad jurídica, adscrito al MITES, denominado «Fondo RED de sostenibilidad del empleo», que será el encargado de financiar todas las acciones de apoyo a las empresas, es decir, atender a las necesidades futuras de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo RED en materia de prestaciones y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidos los costes asociados a la formación, si bien ya se indica de dónde provendrá su financiación, en unos casos de forma ya concreta y en otros previendo que pueda existir la disponibilidad económica.

Del segundo supuesto, es la referencia a «los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial», y los «rendimientos de cualquier naturaleza que genere el fondo»; en el primero, encajan las aportaciones consignadas en los presupuestos generales del Estado y las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea «orientados al cumplimiento del objetivo y fines del fondo».

En cuanto a las acciones formativas que se desarrollen por las empresas (*vid. disp. adic. vigesimoquinta ET*), se realza la importancia de que atiendan a las necesidades reales de las empresas y que presten especial atención a las cada vez más necesarias competencias digitales y a una formación polivalente de las personas trabajadoras, aun cuando, obsérvese bien la perspectiva general con la que se orienta la reforma, «no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa».

La preocupación por el correcto desarrollo de la actividad formativa se manifiesta en un doble plano: en primer lugar, que se desarrolle durante la aplicación de la reducción de jornada o suspensión del contrato, y, en segundo término, que sea compatible con la conciliación de la vida familiar, laboral y personal. La cuantía será de 425, 400 y 320 euros según se trate de empresas de 1 a 9 personas trabajadoras, de 10 a 49 y de 50 o más, respectivamente, previéndose su financiación a cargo de una aportación extraordinaria al presupuesto del SEPE.

En el ámbito de la protección social, me remito a las explicaciones efectuadas en otro artículo de este número y revista.

Dos aspectos relevantes conviene reseñar adicionalmente: en primer lugar, que no quedará la empresa obligada a reintegrar a la Seguridad Social las cantidades por las que haya quedado exenta en materia de cotización cuando acredite que ha puesto a disposición de las personas trabajadoras las acciones formativas y que por parte de estas no se han realizado; y, en segundo término, que cuando haya un incumplimiento por parte empresarial se deberá reintegrar «el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación con la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes».

En la misma línea que la normativa dictada en la primera etapa de la pandemia, se dispone que:

No se considerará incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo [y que] [e]n particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

## 5. La restricción de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad

### 5.1. El marco general de la modificación

Es objeto de atención la reforma operada en materia de negociación colectiva, más exactamente en el título III del ET, titulado «De la negociación colectiva y de los convenios colectivos»; reforma breve en cuanto a su extensión y trascendental en cuanto a su contenido.

En efecto, es breve por su extensión, ya que consiste en la supresión de la letra a) del artículo 84.2 y en la modificación del último párrafo del artículo 86.4, y es trascendental en su contenido en cuanto a que desaparece la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre los de ámbito sectorial en materia de salario, por una parte, y se recupera la regla de la ultraactividad del convenio denunciado mientras no se alcance acuerdo sobre uno nuevo, derogando la regla del periodo máximo de 1 año, salvo acuerdo convencional en contrario, previsto en el texto ahora derogado, por otra.

No es de extrañar por ello que este bloque de la reforma haya sido valorado por las organizaciones sindicales participantes en la mesa del diálogo social sobre la modernización del mercado de trabajo como uno de los elementos básicos del acuerdo alcanzado el 22 de diciembre e incorporado, sin modificaciones, al RDL 32/2021 y que algunos sectores del mundo empresarial hayan manifestado su discrepancia, en especial en lo relativo a la recuperación de la ultraactividad, por considerar que puede producirse una «petrificación» del convenio, algo que, subrayo por mi parte, no está escrito en ningún lugar que se produzca si ambas partes tienen interés en buscar un nuevo acuerdo y saben negociar, y ceder cuando sea necesario, para alcanzarlo.

Tampoco es de extrañar que la exposición de motivos del RDL 32/2021 subraye la importancia de estos cambios, en el marco de una necesaria y más amplia reforma de la negociación colectiva que, sin duda, debería producirse con ocasión de la futura elaboración del Estatuto del trabajo del siglo XXI<sup>17</sup>.

En efecto, se apunta en la exposición de motivos a la modernización de la negociación colectiva como una de las piezas que integran la reforma normativa para dar cumplimiento a lo dispuesto en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia,

---

<sup>17</sup> Desde luego, material doctrinal, jurisprudencial y vida real de las relaciones de trabajo no faltan. Si para muestra vale un botón, de oro, disponemos de la reciente magna obra colectiva de Cruz Villalón *et al.* (2021), dedicada al profesor Fernando Valdés Dal-Ré y en la que participan 42 especialistas del mundo académico.

justificándose los cambios que deben operarse y que, a mi parecer, van más allá en la exposición de motivos de las modificaciones introducidas por el RDL 32/2021, muy probablemente porque se pretende dejar abierto el camino para nuevos cambios en el futuro, por las que se califican de «debilidades y distorsiones»<sup>18</sup> que hay que corregir<sup>19</sup>.

Como ya he indicado con anterioridad, la modernización se concentra en la reforma ahora analizada en dos ámbitos temáticos, restringiendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa y recuperando el mantenimiento de la vigencia del convenio denunciado mientras se negocia el siguiente y hasta que se alcance un acuerdo.

Tales cambios se explican en la exposición de motivos en estos términos:

Se establecen las necesarias modificaciones en la arquitectura de la negociación colectiva, en aspectos tales como la ultraactividad de convenios y 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>18</sup> «a) Una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna. Así, las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han 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 la citada inaplicación o descuelgue.

b) Falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables, que se traduce en un incremento de la inseguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras por sus efectos sobre la transparencia competitiva, el normal desarrollo de las relaciones contractuales entre las empresas, incluida la descentralización, y los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo.

c) Unas reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa que deben ser matizadas a efectos de reforzar el convenio sectorial. 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>19</sup> Una temática siempre conflictiva en todas las reformas llevadas a cabo en materia de negociación colectiva ha sido la de concurrencia de convenios estatales y autonómicos. *Vid.* al respecto la sugerente reflexión de Jesús Cruz (Cruz Villalón, 2022a) que va mucho más allá del debate sobre la reforma y que al mismo tiempo proporciona unas pautas de interpretación muy sólidas para responder a determinadas críticas vertidas por algunas fuerzas políticas autonómicas sobre lo que califican de «inferioridad» en la prioridad aplicativa de los convenios sectoriales autonómicos sobre los estatales.

Compárense estas tesis con la justificación efectuada en la exposición de motivos de la reforma laboral de 2012 respecto a la prioridad aplicativa del convenio de empresa y la restricción temporal de la ultraactividad y podrán comprobar las grandes diferencias existentes respecto a la importancia de la negociación en sede sectorial:

La anterior reforma del mercado trabajo también pretendió incidir en la estructura de la negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo. No obstante, la efectiva descentralización de la negociación colectiva se ha dejado en manos de los convenios estatales o autonómicos, pudiendo impedir esa prioridad aplicativa. La novedad que ahora se incorpora va encaminada, precisamente, a garantizar dicha descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores [y] [e]n cuarto lugar, en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa [y también que] [f]inalmente, con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año.

Un primer apunte sobre aquello que podía ser el inicio de un cambio relevante en cuanto a la prioridad aplicativa del convenio de empresa, que hay que reconocer que no se ha «trasladado», y solo parcialmente, a la normativa laboral general, ET, hasta la nueva reforma, ya se señaló en la Ley de contratos del sector público, que reconoció la prioridad aplicativa de convenio de sector en los artículos 122 (Pliegos de cláusulas administrativas particulares), 149 (Ofertas anormalmente bajas) y 202 (Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden).

## 5.2. La desaparición de la rebaja salarial

Volvemos a la reforma laboral de 2021, y hemos de llegar al apartado 9 del artículo 1, para conocer que ha desaparecido el apartado a) del anterior artículo 84.2, es decir, queda

sin efecto la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, sobre «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa», manteniéndose inalterado el resto del artículo con solo el cambio de letra correspondiente a cada materia sobre la que se puede negociar<sup>20</sup>.

Por consiguiente, sigue vigente la posibilidad de negociar, y gozar de prioridad aplicativa en todo aquello relativo a:

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

Asimismo, no se ha producido modificación alguna sobre la prioridad aplicativa que también tendrán en estas materias «los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1», y la imposibilidad de su disposición por los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

En relación con el debate de si es posible modificar la jornada de trabajo, en cuanto a que no hay una mención expresa a la misma, me permito recordar ahora, para la tesis negativa, la Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2016 (rec. 290/2015). La cuestión debatida

---

<sup>20</sup> Juan Bautista Vivero disecciona con detalle esta temática y efectúa una valoración positiva de la reforma, manifestando que el resultado alcanzado:

[...] conecta mucho mejor con las señas de identidad estructurales del derecho del trabajo, que es un ordenamiento de tutela o protección de las personas trabajadoras, pero sin dejar de contribuir a la sostenibilidad económica de las empresas. Al fin y al cabo, la prioridad aplicativa *ex lege* del convenio de empresa en materias distintas de la salarial, normativa ahora vigente, ni es una excentricidad en el panorama europeo ni resulta indiferente para la legítima demanda empresarial de gestión flexible de los recursos humanos ni parece que pueda debilitar en exceso a la negociación colectiva sectorial (Vivero Serrano, 2022).

versaba sobre la concurrencia de un convenio colectivo de grupo negociado por primer vez («producto normativo negociado», en gráfica expresión de la sala) que concurre (y de ahí la referencia al art. 84.2 ET) con diversos convenios de ámbito superior (provinciales) que regulaban de manera distinta, en lo que ahora interesa destacar, la jornada anual de trabajo, por lo que el debate jurídico se planteaba en determinar si «en relación con la jornada de 2015 existía una norma convencional vigente que permitiera entender que pervivían situaciones más ventajosas para los trabajadores afectados». Es en este punto donde hay que acudir al artículo 84.2, de cuya lectura se infiere que la duración de la jornada anual de trabajo no se encuentra entre las materias listadas con anterioridad; por decirlo, pues, en términos jurídicos, y con las propias palabras de la sentencia, «no existiría en ningún caso prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa mientras la vigencia del convenio colectivo provincial provocara la concurrencia de ambos convenios»; tesis que además es expresamente recogida en el propio convenio colectivo del grupo, en el segundo párrafo del artículo 8.

### 5.3. La recuperación de la ultraactividad

La segunda modificación se encuentra en el artículo 86, apartado 4.

La reforma nos devuelve a la regulación existente con anterioridad a la reforma operada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, siendo la regla general la de vigencia indefinida del convenio denunciado y mientras no se alcance un nuevo acuerdo, disponible por las partes para su modificación si así lo consideran oportuno. Es decir, se invierten las reglas del juego jurídico con respecto a la normativa anterior, que fijaba la duración máxima de la ultraactividad salvo que las partes llegaran a un acuerdo en otros términos.

Cabe indicar, acercándonos a la realidad negocial, que la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) ha publicado recientemente (CCNCC, 2021) un estudio sobre la denuncia y ultraactividad de 9.135 convenios colectivos firmados por las autoridades laborales entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2021.

Refiriéndose concretamente a la ultraactividad, el informe constata que:

El 36,3 % del total de convenios colectivos analizados ha acordado una ultraactividad limitada en el tiempo. En este grupo, la gran mayoría de los convenios, concretamente el 24,1 % del total, ha optado por la vía del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, que establece una ultraactividad de 1 año tras la denuncia. También dentro de este grupo de convenios con ultraactividad limitada, los convenios que acuerdan una ultraactividad entre 13 y 36 meses representan el 8,5 % del total, en tanto que el resto de las duraciones (ultraactividad menor de 12 meses, mayor de 36 meses y sin ultraactividad) tienen una presencia muy reducida.

Es decir, «el 63,7 % de los convenios tiene una ultraactividad que se prolonga hasta la firma de un nuevo convenio colectivo».

En cuanto a la afectación de las distintas cláusulas de ultraactividad, el informe expone que:

En términos de trabajadores, el 59 % del total de los cubiertos por los convenios firmados entre 2016 y el primer semestre de 2021 está afectado por cláusulas que prolongan la ultraactividad hasta la firma de un nuevo convenio y el 41 % restante por cláusulas con una ultraactividad temporalmente limitada. Dentro del grupo con ultraactividad limitada temporalmente, los trabajadores de los convenios que establecen una ultraactividad de 1 año son los que tienen mayor peso relativo (constituyen el 23,2 % del total de los trabajadores), seguidos por los cubiertos por cláusulas de ultraactividad de más de 12 y hasta 36 meses (alcanzan el 14,2 % del total de los trabajadores). El resto de las opciones afectan a relativamente pocos trabajadores.

Más allá de la tipología de las cláusulas y del número de personas trabajadoras afectadas por cada una de ellas, lo cierto es que la reforma de 2021 hace decaer y deja sin contenido la jurisprudencia del TS y también la del TS que había avalado plenamente su validez<sup>21</sup>.

Por último, remito a mi exposición al examinar las disposiciones transitorias que versan sobre la negociación colectiva, con una regulación que, como ya he indicado, a mi parecer, trata de potenciarla y colocar a la parte trabajadora en una situación de igualdad con la contraparte empresarial, algo que no deja de ser, recordemos una vez más, uno de los objetivos de la reforma.

## 6. Recapitulación final

Concluyo aquí mi primera, y forzosamente provisional, valoración y análisis de la reforma laboral, a la espera de próximos artículos en los que, sin duda, habrá que tener muy presente toda la riqueza doctrinal que ya existe desde que se publicó, e incluso antes, el RDL 32/2021.

Bienvenido sea el debate, en el que espero participar ya tras la lectura tranquila y pausada de todas las aportaciones, y desde mi perspectiva de la recuperación del derecho del trabajo y de la seguridad social como elemento central de la cohesión social en el mundo del trabajo y de mejora de la calidad de vida, en la que la laboral es solo una parte de ella, de la población trabajadora, y no como un mero apéndice, como pretendió la reforma laboral de 2012, de la vida económica.

<sup>21</sup> Con respecto al TS, *vid.* mi valoración bastante crítica de su jurisprudencia en Rojo Torrecilla (2018).

## Referencias bibliográficas

- Álvarez Cortés, J. C. (11 de enero de 2022). Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma del RD-Ley 32/2021 (I): las modificaciones del art. 47 ET. *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*. <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/11/los-expedientes-de-regulacion-temporal-de-empleo-tras-la-reforma-del-rd-ley-32-2021-i-las-modificaciones-del-art-47-et/>.
- Aparicio Tovar, J. (13 de enero de 2022). *El RD-L 32/2021 de 28 de diciembre de reforma laboral: tejiendo el manto de Penélope*. NET21.org. <https://www.net21.org/el-rd-l-32-2021-de-28-de-diciembre-de-reforma-laboral-tejiendo-el-mando-de-penelope/>.
- Basterra Hernández, M. (31 de diciembre de 2021). *Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/primera-valoraciones-a-la-reforma-laboral-del-rdl-32-2021/>.
- Baylos Grau, A. (18 de enero de 2022). La importancia de la negociación colectiva y las críticas a la reforma laboral. *Según Antonio Baylos...* <https://baylos.blogspot.com/2022/01/la-importancia-de-la-negociacion.html>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (29 de diciembre de 2021). Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): impacto en contrataciones y subcontratas y el «trabajo externalizado» (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET). *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primera-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (11 de enero de 2022). Nueva reforma laboral 2021 (RD-Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre su impacto en la negociación colectiva (prioridad aplicativa y ultraactividad). *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2022/01/11/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-su-impacto-en-la-negociacion-colectiva-prioridad-aplicativa-y-ultraactividad/>.
- Cabeza Pereiro, J. (4 de enero de 2022). *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*. NET21.org. <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2022/01/PRIORIDAD-APLICATIVA-DE-CONVENIOS-Y-REGLAS-TRANSITORIAS-1.pdf>.
- Casas Baamonde, M. E. (29 de diciembre de 2021). *La AEDTSS destaca el diálogo social, la flexibilidad interna y la lucha contra la temporalidad como puntos clave de la reforma laboral*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/la-aedtss-destaca-el-dialogo-social-la-flexibilidad-interna-y-la-lucha-contrala-temporalidad-como-puntos-clave-de-la-reforma-laboral/>.
- Cavas Martínez, F. (11 de enero de 2022). *El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva reforma laboral 2021*. NET21.org. <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/>.
- Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC). (2021). Boletín número 80/noviembre 2021. [https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec\\_trabajo/ccncc/B\\_Actuaciones/Boletin/No\\_80\\_noviembre\\_2021.pdf](https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Boletin/No_80_noviembre_2021.pdf).
- Crespí Ferrior, M. M. (25 de enero de 2022). *La concurrencia de convenios colectivos en la reforma laboral de 2021*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/la-concurrencia-de-convenios-colectivos/>.

- Cruz Villalón, J. (29 de diciembre de 2021). Una reforma estructural con futuro. *El País*. <https://elpais.com/economia/2021-12-29/una-reforma-estructural-con-futuro.html>.
- Cruz Villalón, J. (18 de enero de 2022 –2022a–). *Los convenios colectivos autonómicos en su relación de concurrencia con el resto de los ámbitos negociales*. NET21.org. <https://www.net21.org/los-convenios-colectivos-autonomicos-en-su-relacion-de-concurrencia-con-el-resto-de-los-ambitos-negociales/>.
- Cruz Villalón, J. (20 de enero de 2022 –2022b–). *El sistema RED de regulación temporal de empleo*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf>.
- Cruz Villalón, J.; González-Posada, E. y Molero Marañón, M. L. (Dirs.). (2021). *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*. Bomarzo.
- Dueñas Herrero, L. J. (6 de enero de 2022). *Negociación colectiva + Diálogo social = Acuerdo de Gobernanza: la reforma laboral 2021 de la devaluación salarial de la subcontratación*. NET21.org. <https://www.net21.org/negociacion-colectiva-dialogo-social-acuerdo-de-gobernanza-la-reforma-laboral-2021-de-la-devaluacion-salarial-de-la-subcontratacion/>.
- García-Perrote Escartín, I. (2019). La reforma del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. *IUSLabor*, 1.
- Gómez Sánchez, T. V. (14 de enero de 2022). La reforma laboral: una extraña coincidencia. *El Confidencial*. [https://blogs.elconfidencial.com/economia/tribuna/2022-01-14/reforma-laboral-extrana-coincidencia-dialogo-social\\_3357828/](https://blogs.elconfidencial.com/economia/tribuna/2022-01-14/reforma-laboral-extrana-coincidencia-dialogo-social_3357828/).
- Instituto Nacional de Estadística (INE). (28 de octubre de 2021). *Encuesta de población activa (EPA). Tercer trimestre de 2021*. <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0321.pdf>.
- Lahera Forteza, J. (30 de diciembre de 2021). Cuatro objetivos reformistas. *El País*. <https://elpais.com/economia/2021-12-30/cuatro-objetivos-reformistas.html>.
- Llorente, P. (29 de diciembre de 2021). Flexibilidad interna y reforma laboral 2021. *Cinco Días*. [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/12/28/opinion/1640682661\\_002851.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/12/28/opinion/1640682661_002851.html).
- López Anierte, M. C. (25 de marzo de 2021). *Hacia la dignificación del trabajo externalizado*. NET21.org. <https://www.net21.org/hacia-la-dignificacion-del-trabajo-externalizado/>.
- López Anierte, M. C. (28 de enero de 2022). *El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/el-papel-de-la-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral/>.
- López Trujillo, N. (5 de enero de 2022). *Cómo afecta la reforma laboral a las Kellys: preguntas y respuestas*. Newtral. <https://www.newtral.es/reforma-laboral-kellys/20220105/>.
- Martínez Barroso, M. R. (19 de enero de 2022). *El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5\\_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf).
- Mercader Uguina, J. R. y Puebla Pinilla, A. de la. (30 de diciembre de 2021). La reforma laboral de 2021: elogio de la sensatez. *El*

- Foro de Labos.* <https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogia-de-la-sensatez/>.
- Merino Segovia, A. (25 de enero de 2022). *La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021.* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/1-Ultraactividad-AEDTSS-Amparo-Merino.pdf>.
- Morales Ortega, J. M. (7 de enero de 2022). La esperada reforma laboral, el inesperado Real Decreto-Ley 32/2021 de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo desde la perspectiva de la negociación colectiva. *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado.* <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/07/la-esperada-reforma-laboral-el-inesperado-real-decreto-ley-32-2021-de-medidas-urgentes-para-la-reforma-laboral-la-garantia-de-la-estabilidad-en-el-empleo-y-la-transformacion-del-mercado-de-trabajo-d/>.
- Ramos Quintana, M. I. (31 de diciembre de 2021). *Salarios y negociación colectiva sectorial: el impacto de la reforma laboral de 2021.* NET21.org. <https://www.net21.org/salarios-y-negociacion-colectiva-sectorial-el-impacto-de-la-reforma-laboral-de-2021/>.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (2021a). Un cambio de paradigma en la regulación laboral de las contratadas. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 4, 11-23. <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2021.i4.01>.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (27 de diciembre de 2021 –2021b–). El acuerdo de 22 de diciembre para la reforma laboral. *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado.* <https://grupo.us.es/iwpr/2021/12/27/el-acuerdo-de-20-de-diciembre-de-2021-para-la-reforma-laboral/>.
- Rojo Torrecilla, E. (31 de agosto de 2018). Convenio colectivo. Fin de la ultraactividad y aplicación del convenio colectivo de ámbito superior. El TS valida la reforma laboral de 2012 (con un voto particular mínimamente discrepante). A propósito de la sentencia de 5 de junio de 2018. *El Blog de Eduardo Rojo.* <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/08/convenio-colectivo-fin-de-la.html>.
- Sala Franco, T. (31 de diciembre de 2021). *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.* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2\\_Sala\\_REFORMA-LABORAL-2021.pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Sala_REFORMA-LABORAL-2021.pdf).
- Sanguinetti Raymond, W. (5 de enero de 2022). La reforma laboral y el espíritu de nuestro tiempo. *El Blog de Wilfredo Sanguinetti.* <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2022/01/05/la-reforma-laboral-de-2021-y-el-espiritu-de-nuestro-tiempo/>.
- Vila Tierno, F. (14 de enero de 2022). Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021). *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado.* <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/14/unas-minimas-reflexiones-en-materia-de-contratos-y-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral-2021-rdl-32-2021/>.
- Vivero Serrano, J. B. (27 de enero de 2022). *La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial.* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/la-supresion-de-la-prioridad-aplicativa-del-convenio-de-empresa-en-materia-salarial/>.



# Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021.

## Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional

**Francisco Vila Tierno**

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

[fvila@uma.es](mailto:fvila@uma.es) | <https://orcid.org/0000-0001-5718-4160>

**Miguel Gutiérrez Bengoechea**

*Catedrático (acreditado) de Derecho Financiero y Tributario.  
Universidad de Málaga (España)*

[mgutierrez@uma.es](mailto:mgutierrez@uma.es) | <https://orcid.org/0000-0002-2769-7579>

**Nuria Benítez Llamazares**

*Profesora doctora de Hacienda Pública.  
Universidad de Málaga (España)*

[nurbenitez@uma.es](mailto:nurbenitez@uma.es) | <https://orcid.org/0000-0003-0939-3536>

### Extracto

Recientemente se ha aprobado la Ley 21/2021, que pretende garantizar un doble propósito en el marco de la segunda fase de reforma de nuestro sistema público de pensiones. De una parte, garantizar el poder adquisitivo de las pensiones mediante la vuelta a la revalorización anual de sus importes empleando los parámetros del índice de precios al consumo del ejercicio económico inmediatamente anterior. De otra parte, reforzar la sostenibilidad financiera del sistema mediante la aplicación de reformas paramétricas y estructurales adicionales, así como la creación de un nuevo mecanismo de equidad intergeneracional (MEI), de naturaleza extrapresupuestaria y vinculado directamente con el denominado «fondo de reserva» de la Seguridad Social. En el presente artículo hemos analizado las características de este nuevo MEI tanto desde el punto de vista jurídico como económico, llegando a la conclusión de que es una propuesta interesante, que ya ha dado buenos resultados previamente, y teóricamente bien encaminada a resolver los futuros retos que nuestro sistema público de pensiones nos plantea de aquí a unos años. No obstante, la realidad económica actual poco o nada tiene que ver con las precedentes. En consecuencia, lo que hace unos años fue una solución efectiva para cubrir las desviaciones provocadas en el sistema, podría no ser una solución efectiva de cara al futuro.

**Palabras clave:** sistema nacional de pensiones; suficiencia económica; sostenibilidad financiera; mecanismo de equidad intergeneracional; fondo de reserva de la Seguridad Social; pensiones; sostenibilidad.

Fecha de entrada: 17-01-2022 / Fecha de aceptación: 17-01-2022

**Cómo citar:** Vila Tierno, F.; Gutiérrez Bengoechea, M. y Benítez Llamazares, N. (2022). Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 119-147.



# Sufficiency and sustainability within the framework of Law 21/2021. Special attention to the intergenerational equity mechanism

Francisco Vila Tierno

Miguel Gutiérrez Bengoechea

Nuria Benítez Llamazares

## Abstract

Law 21/2021 has recently been approved, which aims to guarantee a dual purpose within the framework of the second phase of the reform of our public pension system. On the one hand, to guarantee pensions sufficiency by revaluating their amounts using the consumer price index parameters of the immediately preceding financial year. On the other hand, reinforce the financial sustainability of the system through the application of additional parametric and structural reforms, as well as the creation of a new intergenerational equity mechanism (IEM), of an off-budget nature and directly linked to the Social Security reserve fund. In this article we have analyzed the characteristics of this new IEM both, from a legal and economic point of view, reaching the conclusion that it is an interesting proposal, which has already given good results previously, and theoretically well on the way to solving future challenges that our public pension system poses to us in a few years. However, the current economic reality has little or nothing to do with the previous ones. Consequently, what was an effective solution a few years ago to cover the deviations caused in the system, may not be an effective solution for the future.

**Keywords:** national pension system; economic sufficiency; financial sustainability; intergenerational equity mechanism; Social Security reserve fund; pensions; sustainability.

**Citation:** Vila Tierno, F.; Gutiérrez Bengoechea, M. y Benítez Llamazares, N. (2022). Sufficiency and sustainability within the framework of Law 21/2021. Special attention to the intergenerational equity mechanism. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 119-147.



## Sumario

1. A modo de introducción
  2. Contextualización en el marco de las políticas europeas en materia de pensiones
  3. Los planteamientos de España en su agenda reformista para poner en marcha medidas específicas de sostenibilidad social y financiera
  4. El equilibrio entre suficiencia/adecuación y sostenibilidad en las finalidades de la nueva regulación en materia de pensiones. De la revalorización al MEI
  5. Del MEI al fondo de reserva de la Seguridad Social. Un apunte económico
  6. Una brevísima conclusión
- Referencias bibliográficas

## 1. A modo de introducción

El 29 de diciembre, en un aluvión de normas con contenido social –de las que solo quedó pendiente la Ley 32/2021–, se publica en el BOE la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. Una ley que se sitúa en el contexto del proceso reformista que, sobre esta materia, se lleva a cabo en nuestro país<sup>1</sup>.

Esta plantea que debe perseguir dos objetivos fundamentales. De un lado, ha de ofrecer certidumbre a las personas pensionistas, así como al conjunto de la sociedad, sobre el compromiso inquebrantable de los poderes públicos con el sistema. Y, a la vista de la experiencia histórica más reciente, la mejor expresión del mismo es la garantía del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones. Y ello a través de un criterio de revalorización vinculado a la evolución de la inflación.

De otro lado, como segundo objetivo, ha de reforzarse el equilibrio del sistema como forma más efectiva de asegurar una adecuada capacidad de respuesta a las exigencias demográficas y económicas. Para ello, son necesarias medidas que fortalezcan la estructura de financiación de la Seguridad Social, mediante la asunción por el Estado de los gastos de naturaleza no contributiva (en los términos recogidos en el Acuerdo de 1 de julio de 2021); al tiempo que se incorporan también otras medidas dirigidas a contener de forma equitativa y justa el incremento de gasto asociado a la jubilación de las personas *baby boomers* a través de incentivos que favorecen la demora en el acceso a la pensión de jubilación.

Esto es, un componente que se vincula a la suficiencia, a través del principio de adecuación, y otro, a la sostenibilidad del sistema. No obstante, el planteamiento que se hace por el legislador es, justamente, a la inversa, es decir, que parte del compromiso con la sostenibilidad, pero sin que esta repercuta de manera negativa en «la extraordinaria contribución al bienestar colectivo y a la lucha contra la pobreza».

De este modo, se presentan, nuevamente, las dos ideas que pueden parecer contrapuestas, pero que se tratan de hacer coexistentes: la garantía de la suficiencia no tiene por qué implicar la imposibilidad del mantenimiento de la sostenibilidad.

Para ello, en esta fase de la reforma de las pensiones, en la que, de manera conjunta, se actúa mediante esta ley y la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales

<sup>1</sup> Una reflexión sobre el mismo en Tortuero Plaza (2021a).

del Estado para el año 2022 (LPGE 2022), se tratan de equilibrar medidas que apunten en uno y otro sentido, por lo que, junto a herramientas que tratan de reducir el gasto o de no imputarlo directamente dentro del sistema –eliminación de costes indirectos–, se apuntan otros que tienen por objeto asegurar unas rentas adecuadas para las personas pensionistas de acuerdo con lo previsto en el artículo 50 de la Constitución española (CE).

Piénsese, al efecto, que uno de los problemas más acuciantes que tiene el sistema de reparto de la Seguridad Social española es su viabilidad o sostenibilidad en la próxima década debido a una serie de variables que actúan de forma adversa al mantenimiento del sistema de Seguridad Social.

Las diferentes opciones que han barajado los distintos Gobiernos en la última década se han centrado en actuar fundamentalmente a través del gasto de la Seguridad Social: prolongar la edad de jubilación a los 67 años a partir de 2027; sustituir el plazo de los últimos 15 años cotizados por las personas trabajadoras por los últimos 25 años, con propuestas de considerar las cotizaciones durante toda la vida laboral de la persona; y vincular el pago de las pensiones públicas a la esperanza de vida de la población española.

Esta última opción se reguló a través del factor de sostenibilidad, aunque nunca llegó a aplicarse. De hecho, actualmente ha sido derogado al igual que el índice de revalorización de las pensiones públicas. El factor de sostenibilidad, puede afirmarse, no respetaba el principio de solidaridad intergeneracional, ya que la juventud tendría una merma considerable en sus futuras pensiones públicas debido a la imposibilidad, en la mayoría de los casos, de tener una extensa vida laboral que permitiera desarrollar una suficiente carrera de cotización, así como por el aumento progresivo de la esperanza de vida. Además, el factor de sostenibilidad no resultaba realista con la economía de un país, en tanto que no dependía de los ingresos y gastos públicos.

En este sentido, si se ha derogado tanto el factor de sostenibilidad como el índice de revalorización automática, las finalidades que antes cumplían estos deben ser asumidas por nuevas herramientas que las suplan en sus funciones.

A tal efecto, la Ley 21/2021 introduce una reforma del artículo 58 de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS)<sup>2</sup> en lo que respecta a la revalorización de las pensiones con la «finalidad de preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y de garantizar

---

<sup>2</sup> «Artículo 58. Revalorización y garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

1. Las pensiones contributivas de la Seguridad Social mantendrán su poder adquisitivo en los términos previstos en esta ley.
2. A estos efectos, las pensiones de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, se revalorizarán al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del índice de precios al consumo de los 12 meses previos a diciembre del año anterior.

la suficiencia económica de los pensionistas» (preámbulo). O, dicho de otro modo, lo que se prevé es cumplir con el fin constitucionalmente protegido y avalado de que las pensiones deben ser adecuadas para garantizar, a su vez, el principio de suficiencia. Para ello, se dispone una revalorización acorde al índice de precios al consumo (IPC).

Junto a ello, un compromiso de suficiencia para las pensiones mínimas sin que se afecte la sostenibilidad del sistema<sup>3</sup>.

Esta garantía de rentas, sin embargo, y a la luz de la evolución de determinadas variables, principalmente la demográfica –jubilación progresiva y cercana de la generación de *baby boomers*–, puede suponer un incremento de gastos en el sistema y un desequilibrio, en consecuencia, de las cuentas públicas. Lo que obliga a estudiar la implantación de mecanismos que aumenten la financiación de aquel, de manera que se permita la continuidad de las pensiones públicas contributivas.

En cualquier caso, aquellas actuaciones públicas que pretendían centrarse en la vía del gasto se han mostrado insuficientes de cara a una serie de acontecimientos coyunturales, como el ya citado de la próxima jubilación de la generación de *baby boomers*, o estructurales, como la progresiva implantación de la tecnología digital. Ello ha hecho recapacitar a nuestros/as gobernantes a través del consenso en el Pacto de Toledo y actuar por la vía de los ingresos públicos.

En esta línea, se pensó, en un primer momento, en crear figuras impositivas que, con carácter finalista, financiaran el déficit público de la Seguridad Social, como el impuesto sobre determinados servicios digitales. En la exposición de motivos del proyecto de ley regulador de este impuesto, se expresaba, precisamente, el objetivo de financiar las pensiones públicas<sup>4</sup>. No obstante, a pesar de esta declaración de intenciones por el legislador, en

3. Si el valor medio al que se refiere el apartado anterior fuera negativo, el importe de las pensiones no variará al comienzo del año.

4. El importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no podrá determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular».

<sup>3</sup> «Disposición final quinta. Suficiencia de pensiones mínimas.

El Gobierno abordará en el marco del diálogo social una revisión de los criterios para la determinación de las cuantías de las pensiones mínimas con el fin de garantizar su suficiencia en cumplimiento del artículo 50 de la Constitución y del artículo 4 del Protocolo adicional a la Carta Social Europea.

A la vista de esta revisión, el Gobierno impulsará, en el plazo máximo de 1 año, las modificaciones normativas necesarias para establecer reglas relativas a la evolución de las pensiones mínimas que tengan en cuenta la evolución del salario mínimo interprofesional, garantizando la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones».

<sup>4</sup> Para un estudio extenso sobre la fiscalidad digital, *vid.* Hinojosa Torralvo (2020).

su regulación definitiva por la Ley 4/2020, de 15 de octubre, no se recoge expresamente la afectación a este fin público, concretamente, porque iría contra el principio de no afectación de los tributos a un fin específico, salvo justificación por circunstancias extraordinarias.

Por este motivo, y sin perder de vista esta línea de actuación, la reforma operada por la Ley 21/2021 regula el mecanismo de equidad intergeneracional (MEI), que actúa, nuevamente, por la vía de los ingresos públicos a través de una subida en las cotizaciones a la Seguridad Social en un 0,6 %, del que un 0,1 % corresponde a la persona trabajadora y un 0,5 % a la empresa (disp. final cuarta).

MEI al que se quieren dedicar, esencialmente, los siguientes epígrafes.

## 2. Contextualización en el marco de las políticas europeas en materia de pensiones

De un tiempo a esta parte, se ha incrementado –si cabe– en Europa el debate sobre la sostenibilidad, de forma que en las últimas décadas aparece como una preocupación constante en sus reflexiones de futuro. Así, tanto en el *Libro Verde*, que se postula a favor de «unos sistemas de pensiones adecuados, viables y seguros en Europa»<sup>5</sup>, como en el *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*<sup>6</sup>, se fija como uno de los retos futuros la garantía de mantenimiento y sostenibilidad de los sistemas de pensiones. La evolución demográfica y las nuevas formas de prestación de servicios condicionan los esquemas clásicos y, teniendo en cuenta el peso estrictamente económico de las pensiones en el ámbito europeo, se presentan a las políticas en esta materia como una de las más relevantes en el orden de prioridades de los poderes públicos comunitarios.

En esta línea, la sostenibilidad financiera sigue siendo el principal motivo de atención por parte de aquellos poderes públicos, pero bien es cierto que se van apreciando elementos de mayor peso social y no estrictamente económicos. Elementos que, por otra parte, no resultan novedosos<sup>7</sup>, pero que habían quedado eclipsados por la vertiente macroeconómica.

<sup>5</sup> Comisión Europea, *Libro Verde. En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, SEC (2010) 830, COM (2010) 365 final, de 7 de julio de 2010.

<sup>6</sup> Comisión Europea, *Libro Blanco. Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, COM (2012) 55 final, de 16 de febrero de 2012.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo:

Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto o la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de seguridad social de nivel suficiente [...] (Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores, Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989).

Y así aparece como fundamental el Pilar europeo de derechos sociales (2017)<sup>8</sup>, cuyo capítulo III se centra en la «Protección e inclusión social» e incluye, dentro de la relación de principios básicos y derechos clave, el derecho a una protección social adecuada para personas trabajadoras por cuenta ajena y propia (12), el derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida (14) o el derecho de trabajadoras y trabajadores, por cuenta ajena o propia, a recibir una pensión de jubilación acorde a sus contribuciones que garantice una renta adecuada, así como que toda persona en la vejez tiene derecho a los recursos que garanticen una vida digna (15). Derechos que representan un compromiso político común de Unión Europea y Estados. Pero, como recuerda:

Cumplir los objetivos del Pilar europeo de derechos sociales constituye un compromiso y una responsabilidad políticos compartidos. El Pilar europeo de los derechos sociales debe aplicarse tanto a nivel de la Unión como de los Estados miembros, en sus competencias respectivas, teniendo debidamente en cuenta las diferencias entre los entornos socioeconómicos y la diversidad de los sistemas nacionales, en particular el papel de los interlocutores sociales, y de conformidad con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Esto es, que plantea la necesidad de que los propios Estados asuman su actuación en esta materia.

En esta línea, la Recomendación del Consejo de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (2019/C 387/01), apuesta por un concepto de protección social basado en un criterio de suficiencia prestacional. Se recomienda expresamente a los Estados miembros que ofrezcan el acceso a una protección social «adecuada» a todas las personas trabajadoras, entendiendo por adecuada –de manera reiterada– «un nivel adecuado de protección que mantenga un nivel de vida digno y ofrezca un grado adecuado de sustitución de los ingresos, evitando en todos los casos que esos miembros caigan en la pobreza» (de acuerdo con las circunstancias nacionales).

No obstante, la propia recomendación reconoce que el problema de la financiación no se ha resuelto, y debe seguir manteniéndose la búsqueda de soluciones, ya que la mecánica de las cotizaciones y la vía impositiva se ven afectadas, de manera constante y progresiva, por un descenso del porcentaje de población activa.

La idea, por tanto, es firme y así se reproduce en el Informe conjunto sobre pensiones 2019<sup>9</sup> que incluye, junto a aquella necesidad de hacer sostenibles los sistemas, la garantía

<sup>8</sup> [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf).

<sup>9</sup> Comisión de Política Económica y Comisión de Protección Social, *Joint paper on pensions 2019* (enero 2020).

de unos ingresos suficientes para las personas mayores<sup>10</sup>. Esto es, se acoge esa idea que venimos defendiendo de manera reiterada de asegurar el equilibrio entre sostenibilidad financiera y sostenibilidad social<sup>11</sup>. Conforme a ello, el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>12</sup> –a solicitud de los Estados miembros en el marco de la Agenda estratégica para 2019-2024, acordada en el Consejo Europeo de junio de 2019– se marca unos objetivos concretos, que vincula, de un lado, a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ODS) y, de otro, al apoyo financiero del marco financiero plurianual 2021-2027 y Next Generation EU, programa que, teniendo presente que la mayor parte de las herramientas para conseguir tales objetivos están en manos de los Estados, establece la obligación de planificar por ellos una guía de actuaciones, un esquema de reformas, que les permita alcanzar dichos objetivos. Obligación que vincula a la obtención de financiación por estos.

Finalmente, el Compromiso social de Oporto –7 de mayo de 2021, en el marco de la cumbre social desarrollada en esa fecha– apuesta, de nuevo, por la necesidad de «tomar medidas para reforzar los sistemas nacionales de protección social a fin de garantizar una vida digna para todos y al mismo tiempo preservar su sostenibilidad». Este equilibrio es el que marca o debe marcar, por tanto, la actuación de los Estados miembros, equilibrio que se pone de manifiesto, también, en el marco del Semestre Europeo, ya que este integró tanto el Pilar europeo como los ODS. Al respecto ya se venía proclamando que: «Los principales objetivos de las políticas de pensiones y jubilación son los siguientes: i) proporcionar unos ingresos adecuados en la vejez, que al mismo tiempo garanticen ii) la sostenibilidad financiera y iii) la maximización del empleo [...]»<sup>13</sup>.

### 3. Los planteamientos de España en su agenda reformista para poner en marcha medidas específicas de sostenibilidad social y financiera

En el contexto del Semestre Europeo, que ahora cambia su dinámica y se hace coincidir con el plan Next Generation, se han venido realizando recomendaciones a título general y específico. Cada vez han sido menores las referencias concretas a pensiones, pero a

<sup>10</sup> Una interesante reflexión al efecto puede verse en Chabannes (2021).

<sup>11</sup> *V. gr.*, Vila Tierno (2022) o también Tortuero Plaza y Vila Tierno (2021). Y con carácter previo, *v. gr.*, Vila Tierno (2017).

<sup>12</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales (COM/2021/102 final) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2021%3A102%3AFIN&qid=1614928358298>). *Vid.*, *v. gr.*, <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/en/>.

<sup>13</sup> [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file\\_import/european-semester\\_thematic-factsheet\\_adequacy-sustainability-pensions\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_adequacy-sustainability-pensions_es.pdf).

nuestro país se le instó en 2020 a establecer algún mecanismo que compensara la suspensión en la aplicación del factor de sostenibilidad como medida para equilibrar el sistema.

A tal efecto, cuando se relacionan los mecanismos de «Contribución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia<sup>14</sup> al cumplimiento de las recomendaciones específicas (CSR) de la zona euro para 2021» (mecanismo de recuperación y resiliencia –MRR–), se parte de un compromiso principal: la «garantía de la sostenibilidad del sistema público de pensiones». Pero con un matiz esencial, se pretende asegurar la «Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo»<sup>15</sup>. De este modo, se afirma que:

<sup>14</sup> [https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan\\_Recuperacion\\_%20Transformacion\\_%20Resiliencia.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/30042021-Plan_Recuperacion_%20Transformacion_%20Resiliencia.pdf).

<sup>15</sup> «Componente 30. Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo.

#### Retos y objetivos

La reforma de las pensiones está orientada a asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, medio y largo plazo, mantener el poder adquisitivo, preservando su papel en la protección frente a la pobreza y garantizando la equidad intergeneracional. Apoyándose en el amplio consenso parlamentario sustanciado en la aprobación de las recomendaciones del marco del Pacto de Toledo, se propone la puesta en marcha de un paquete de medidas complementarias entre sí que serán elevadas al diálogo social e incluyen: i) la separación de fuentes de financiación; ii) la puesta en marcha de un mecanismo de revalorización de las pensiones que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo; iii) la continuación del proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas; iv) la adecuación a los nuevos modelos de carrera profesional del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación; v) la integración y convergencia de los distintos regímenes de pensiones, como los de los autónomos; y vi) la revisión del sistema de previsión social complementaria, fomentando su desarrollo en el ámbito de las empresas.

La experiencia internacional muestra cómo las reformas duraderas y efectivas en el ámbito de las pensiones han de surgir del más amplio consenso.

Por ello, el Pacto de Toledo ha sido convocado para alcanzar grandes acuerdos a través de todo el arco parlamentario, con el objetivo de reforzar el sistema y adaptarlo a los cambios demográficos y sociales, dando certidumbre a pensionistas y trabajadores de cara a tomar decisiones de gasto e inversión de medio plazo. De ahí la importancia del acuerdo alcanzado en su seno, y ratificado por el pleno del Congreso el pasado 19 de noviembre de 2020 sin ningún voto en contra, en el que se recoge una veintena de recomendaciones orientadas a garantizar la sostenibilidad del sistema.

La consecución de este objetivo general, el de preservar la sostenibilidad a largo plazo del sistema de pensiones, se articula a través de otros objetivos más concretos que han de marcar las principales líneas de actuación. El primero de estos objetivos es la eliminación del déficit del sistema. El segundo gran objetivo pasa por profundizar los ajustes paramétricos que han permitido incrementar la edad efectiva de jubilación de manera constante, hasta situarla por encima de la media europea, e impulsar a través de nuevos incentivos positivos la prolongación voluntaria del acceso a la jubilación y, como tercer objetivo, desplegar sistemas complementarios de pensiones en el ámbito empresarial y profesional.

Con el fin de lograr el máximo apoyo social y poner en marcha el proceso de reforma lo antes posible, algunos de los elementos de la reforma ya han sido incorporados en los presupuestos generales del Estado para 2021 con el fin de ir elevando los diferentes componentes al diálogo social en el curso del año.

Inversión total estimada 0 millones €».

No obstante, no hay vinculación a ninguno de los seis pilares del Reglamento del MRR.

A medio plazo, existe el compromiso firme de recuperar la senda de sostenibilidad de las finanzas públicas, especialmente a través del refuerzo del sistema fiscal, de la mejora de la eficiencia del gasto público y de la adopción de reformas en el sistema de pensiones, en el marco del Pacto de Toledo [...] (p. 82).

De ello se deduce que, cuando se plantea la reforma de las pensiones «en el Pacto de Toledo», se hace en términos de sostenibilidad, no de suficiencia, y, en este sentido, se apuntan varias propuestas de actuación –entre las que no se encuentra, por cierto, el que después se configura como MEI–:

Para reequilibrar el sistema, se incorporarán ajustes e incentivos para aproximar la edad efectiva de jubilación a la legal, se modificará el sistema de cotización de trabajadores autónomos, se promoverá el desarrollo de sistemas complementarios de pensiones y se culminará la separación de las fuentes de financiación, entre otras medidas (p. 87).

Este planteamiento es consecuencia directa de la relación de nuestro proceso de reformas al referido programa Next Generation, que va a condicionar la percepción de fondos al cumplimiento de nuestros compromisos conforme a las recomendaciones recibidas. Y ello pasa por que las reformas aseguren el buen funcionamiento y la correcta ordenación de las cuentas públicas, entre otras, con las propias de la Seguridad Social. En este sentido:

[...] nuestro país, al igual que el resto de los europeos [...] está enfrentándose a los efectos económicos derivados de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19, lo cierto es que el espacio europeo ha puesto en marcha una política de fondos para financiar la recuperación y la resiliencia de la Unión Europea. Estrategia que va unida a una mutación en la política de la deuda pública de los Estados y que ofrece y exige la posibilidad y la necesidad de que nuestros sistemas productivos se transformen para enfrentarse a los nuevos retos. Por tanto, estamos en un momento histórico casi único que nos permitirá o, mejor dicho, que nos ofrece los medios para realizar las reformas [...]. El espacio descrito que tiene tiempos escalonados y vinculados a la programación y ejecución de programas de reforma explica [...] la estructuración de una reforma escalonada de nuestro sistema de Seguridad Social [...]. Y, en este contexto, se integran los cambios que afectaran a las pensiones y a los elementos que determinan su sostenibilidad y suficiencia (Tortuero Plaza, 2021a).

Estas reformas, en cualquier caso, como se ha insistido, para que sean duraderas, se deben realizar con el máximo consenso y en la medida de lo posible con todos los apoyos alcanzables<sup>16</sup>. Para ello, se insertan en dos marcos en nuestro país: en el seno del Pacto de Toledo y en el ámbito del diálogo social.

<sup>16</sup> Vid., en general, [https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe\\_es#nextgenerationeu](https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es#nextgenerationeu).

Y por esta senda se ha ido. El Acuerdo de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo de 27 de octubre (aprobado por el Pleno del Congreso en sesión de 19 de noviembre de 2020) incluye una serie de recomendaciones vinculadas a los objetivos citados, en especial:

- Recomendación 0. Defensa del mantenimiento y mejora del sistema público de pensiones.
- Recomendación 1. Consolidación de la separación de fuentes y restablecimiento del equilibrio financiero.
- Recomendación 2. Mantenimiento del poder adquisitivo y mejora de las pensiones.
- Recomendación 3. Fondo de reserva.
- Recomendación 15. Solidaridad y garantía de suficiencia.

En este contexto, el 18 de junio de 2021, las recomendaciones del Consejo para España<sup>17</sup> son muy explícitas cuando sugieren que:

Quando las condiciones económicas lo permitan, aplique una política presupuestaria encaminada a lograr situaciones presupuestarias prudentes a medio plazo y garantizar la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo [...]. Preste especial atención a la composición de las finanzas públicas, tanto por el lado de los ingresos como por el de los gastos, y a la calidad de las medidas presupuestarias a fin de garantizar una recuperación sostenible e integradora [...]. Conceda preferencia a las reformas presupuestarias estructurales que ayuden a financiar las prioridades de las políticas públicas y contribuyan a la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas, *reforzando también, en su caso, la cobertura, adecuación y sostenibilidad de los sistemas de protección sanitaria y social para todos* [la cursiva es nuestra]<sup>18</sup>.

Al hilo de todo ello, el 22 de julio de 2021, se aprueba por el Pleno del Congreso de los Diputados el Dictamen sobre la reconstrucción económica y social<sup>19</sup>, que, expresamente, se

<sup>17</sup> Recomendación del Consejo de 18 de junio de 2021 por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2021 de España (2021/C 304/09). DOUE L, 29 de julio de 2021.

<sup>18</sup> En los mismos términos y con carácter previo, la Comisión Europea el 2 de junio: Recommendation for a Council recommendation delivering a Council opinion on the 2021 Stability Programme of Spain [SWD(2021) 501 final] ([https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/economy-finance/com-2021-509-1\\_en\\_act\\_part1\\_v3.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/economy-finance/com-2021-509-1_en_act_part1_v3.pdf)).

<sup>19</sup> [https://www.congreso.es/docu/comisiones/reconstruccion/153\\_1\\_Dictamen.pdf](https://www.congreso.es/docu/comisiones/reconstruccion/153_1_Dictamen.pdf). Una comisión que dividida en cuatro grupos de trabajo disjuntos (entre los que se encuentran los de reactivación económica y el de políticas sociales) ha formulado sus propuestas sobre la base de las intervenciones de expertos/as. En el apartado sobre políticas sociales y sistema de cuidados, concretamente en el bloque a) –igualdad, derechos sociales, inclusión y vivienda–, se dedica una previsión específica a las pensiones.

pronuncia sobre el interés en: «Recuperar la centralidad del Pacto de Toledo y buscar la generación de consensos para garantizar la suficiencia y la sostenibilidad del sistema de pensiones, para asumir los retos de un futuro inmediato y asegurar prestaciones suficientes [...]».

Y así, siguiendo estos parámetros, nos situamos ante un proceso de reformas que se lleva a cabo, no obstante, por fases<sup>20</sup>, y, precisamente, la segunda de ellas –la primera se concreta con medidas como el ingreso mínimo vital y el complemento por brecha de género–, que coincide con la aprobación de las medidas incluidas en la Ley 21/2021 y la LPGE 2022, es la de mayor calado. Es en esta fase en la que se incluyen los principales parámetros que se

---

<sup>20</sup> Las reformas planteadas en el seno del MRR, concretamente en el citado componente 30, son las siguientes:

C30.R1. Separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social, con la culminación del proceso de separación de fuentes de financiación de la protección contributiva y no contributiva del sistema para recuperar el equilibrio financiero en el corto plazo.

C30.R2-A. Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, para lo que se deroga el índice de revalorización de pensiones introducido por la reforma de 2013 con el fin de garantizar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en los términos que plantea el Pacto de Toledo.

C30.R2-B. Alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas.

C30.R2-C. Adecuación a las nuevas carreras profesionales del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación, que pretende reforzar la progresividad y el carácter contributivo del sistema haciendo que la pensión de jubilación refleje en mayor medida la vida laboral del trabajador y atienda la realidad de un mercado laboral en el que las interrupciones y las lagunas son cada vez menos excepcionales.

C30.R2-D. Sustitución del factor de sostenibilidad por un mecanismo de equidad intergeneracional, lo que implica incorporar, junto a la evolución de la esperanza de vida, otros indicadores complementarios que en conjunto ofrezcan una imagen más fidedigna del desafío que para el sistema supone el envejecimiento de la población.

C30.R3. Nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos por sus ingresos reales, por el que se busca implantar gradualmente un nuevo sistema de cotización en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA) basado en los rendimientos por la actividad económica desempeñada.

C30.R4. Modificación del complemento de maternidad de pensiones mediante un nuevo diseño, como se expresó en el Real Decreto-Ley 3/2021, con el objetivo de compensar el coste que el nacimiento y el cuidado de los hijos tiene para los progenitores, fundamentalmente para las madres, de manera que se contribuya decisivamente a la reducción de la brecha de género en pensiones.

C30.R5. Reforma e impulso de los sistemas complementarios de pensiones, por la que se prevé la aprobación de un nuevo marco jurídico que impulse los planes de pensiones de empleo y contemple la promoción pública de fondos de pensiones permitiendo dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de empleo en sus empresas o autónomos.

C30.R6. Adecuación de la base máxima de cotización del sistema: la adaptación del sistema requiere de una adecuación gradual de las bases de cotización máxima que deberá ser concurrente con una modificación de la pensión máxima para no afectar a la naturaleza contributiva del sistema.

relacionan con suficiencia y sostenibilidad y en la que se encuentran varias medidas –acumulativas– que afectan tanto a la primera, como la nueva fórmula de revalorización de las pensiones, como a la segunda, la eliminación de los gastos ajenos al propio mantenimiento de las pensiones –los llamados gastos impropios– (junto a otros). Y en la que se introduce también el MEI que, *a priori*, no se contemplaba en la enumeración de las recomendaciones anteriores, si bien puede vincularse a más de una, en especial al mantenimiento del sistema público, al restablecimiento del equilibrio financiero y al fondo de reserva. Y es que con las medidas que se preveían no alcanzaría –como puede verse en el epígrafe destinado a ello de este trabajo, *vid. infra*– el tan deseado equilibrio financiero, ni tampoco vía transferencias estatales. Puede que solo mediante nuevas fórmulas o herramientas de financiación como el MEI se pueda contribuir a garantizar el futuro del sistema público de pensiones.

#### 4. El equilibrio entre suficiencia/adecuación y sostenibilidad en las finalidades de la nueva regulación en materia de pensiones. De la revalorización al MEI

Contando necesariamente con el hecho de que la suficiencia/adecuación se configura, en esta reforma, en «el espacio constitucional que le es propio, a saber, en el marco de los artículos 41 y 50 de nuestra Constitución<sup>21</sup>, como valores fundamentales del sistema

<sup>21</sup> En este sentido ya hemos aludido, en trabajos anteriores, a los planteamientos de orden constitucional vinculados a la suficiencia. Sobre el particular, tomando como referente los propios preceptos constitucionales, habremos de recordar que los conceptos de suficiencia y adecuación se recogen en los artículos 41 y 50 de la CE:

Artículo 41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Artículo 50. Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad [...].

Al amparo de estos, el Pacto de Toledo nace con la finalidad de «hacer viable financieramente el actual modelo de reparto y solidaridad intergeneracional de Seguridad Social y continuar avanzando en su perfeccionamiento y consolidación» –sinopsis del art. 41 CE elaborada por el Congreso de los Diputados (P. Peña y actualizada por S. Sieria)–.

De este modo, se reconocen como premisas básicas del sistema:

- a) la existencia de un mandato expreso a los poderes públicos;
- b) mandato que obliga al mantenimiento de la suficiencia económica y adecuación de las pensiones mediante su actualización;
- c) y que no se discute el modelo de reparto y solidaridad intergeneracional.

Así, desde un primer momento, el Pacto de Toledo asume que existe la obligación de mantener el poder adquisitivo de las pensiones. Lo que se conseguirá a través de la configuración de fórmulas estables y

de pensiones [...]» (Tortuero Plaza, 2021a), el legislador introduce, como ya adelantamos, una nueva redacción del artículo 58 de la LGSS para que la revalorización de las pensiones consiga responder a la «finalidad de preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de la pensiones y de garantizar la suficiencia económica de los pensionistas» (preámbulo Ley 21/2021).

Este precepto garantiza, en primer término, que: «Las pensiones contributivas de la Seguridad Social mantendrán su poder adquisitivo en los términos previstos en esta ley» (art. 58.1 LGSS). Y, para ello, prevé que, precisamente para las pensiones contributivas, se revaloricen «al comienzo de cada año en el porcentaje equivalente al valor medio de las tasas de variación interanual expresadas en tanto por ciento del índice de precios al consumo de los 12 meses previos a diciembre del año anterior» (art. 58.2 LGSS). Y con un mecanismo de garantía que impide una variación en caso de evolución negativa. Por último, establece un tope absoluto de revalorización (art. 58.3 y 4 LGSS). Lo importante es que, en cualquier caso, sustituye a una fórmula de revalorización (índice de revalorización anual –IRA–) que suponía unos incrementos menores y, por tanto, menor coste al sistema. Ya la experiencia anterior nos enseña que, en tiempos de bonanza y crecimiento económico, las cotizaciones no solo cubrían este equilibrio, sino que soportaban otros gastos y ocasionaban un excedente, hasta el punto de generar un importante fondo de reserva que posteriormente se consumió con la crisis financiera de los años 2008 y siguientes. Las cuentas mostraban, de manera objetiva, que desde 2010 los ingresos por cotizaciones no cubrían los gastos a los que debía hacer frente el presupuesto de la Seguridad Social.

De este modo, y cumpliendo con la necesidad de reequilibrio del sistema, dada la separación de fuentes consolidada y con el marco de fuentes de financiación del artículo 109 de la LGSS –que no se ha modificado–, atendiendo a las recomendaciones de la Unión Europea y a nuestros compromisos respecto a la garantía de la sostenibilidad financiera, para la sustitución del factor de sostenibilidad –que se entendía que podía afectar al factor de la suficiencia–, se introduce un instrumento coyuntural a través de la disposición final cuarta, el reiterado MEI.

Desde un enfoque conceptual, la naturaleza jurídica del sustrato financiero del MEI es la de una prestación patrimonial pública.

---

de un mecanismo de revalorización automática basado en la evolución del IPC. Sea cual sea, por tanto, la vía que se adopte para reformar el sistema, conviene tener presente que, junto al concepto de sostenibilidad, aparecen desde un primer instante, incluso en un plano superior dado su expreso reconocimiento constitucional –que antes no alcanzaba al primero– las nociones de suficiencia y adecuación.

Es más, el artículo 50 de la CE no admite dudas: expresamente se encomienda a los poderes públicos garantizar la suficiencia económica a la ciudadanía durante la tercera edad. La lectura que ello debe implicar, necesariamente, es que, ante la contraposición de dos referencias económicas como sostenibilidad y suficiencia, no puede obtenerse la primera a costa de la segunda, porque ello resulta contrario al precepto constitucional.

Sobre este concepto, es preciso señalar que la referencia fundamental a la prestación patrimonial pública se encuentra en el artículo 31.3 de la CE, en el que, de manera restrictiva, se establece que: «Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley». Es significativo que esta figura, como instrumento de gravamen, aparece en el mismo precepto que se pronuncia sobre el deber de contribuir a la financiación de los gastos públicos –si bien, en otro apartado–. Este hecho debe interpretarse en el sentido de que el concepto de las prestaciones patrimoniales públicas es muy extenso, que engloba a diferentes prestaciones patrimoniales públicas coactivas entre las que se encontrarían las tributarias, aunque estas se rigen por unos principios jurídicos materiales a nivel constitucional que no se identifican con las demás prestaciones patrimoniales de carácter público<sup>22</sup>.

Como expresamente se deduce de su regulación constitucional, una de las características de estas prestaciones patrimoniales es la obligatoriedad en su cumplimiento (Litago Lledó, 2018, p. 167). A este respecto es ilustrativa la STC 185/1995, en la que se llega a la conclusión de que este tipo de prestación existe cuando existe una imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago (Lozano Serrano, 1998, p. 43). O, dicho de otro modo, se reconoce que, en tal caso, se estará ante una «imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla» (FJ 3.º). Ello, no obstante, siempre que la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una finalidad de interés público.

Partiendo, por tanto, de esta finalidad, hemos de reconocer que el MEI está dirigido a reforzar la sostenibilidad del sistema de reparto de la Seguridad Social y garantizar el poder adquisitivo de las pensiones públicas, a diferencia del factor de sostenibilidad que disminuía la cuantía en el pago de las pensiones públicas, sobre todo, a las personas más jóvenes. Para ello –en la línea de las recomendaciones del Pacto de Toledo (núm. 3)–, contribuye directamente a la idea de que hay que dotar de recursos económicos e incrementar el fondo de reserva de la Seguridad Social para asumir con fortaleza financiera los futuros retos que exige la reiterada sostenibilidad del sistema. Se trata, en síntesis, «de una herramienta contingente y temporal –en función de las necesidades excepcionales y acotadas en el tiempo al cambio demográfico– que actuará sobre el conjunto de parámetros del sistema, preservando el equilibrio entre generaciones y fortaleciendo su sostenibilidad» (Tortuero Plaza, 2021b); de un mecanismo de carácter «temporal (acotado a los años en los que el sistema tiene que abordar el reto demográfico), contingente (solo se activará si hay desviación de gasto en pensiones), secuencial, flexible y equilibrado, al operar sobre los diferentes parámetros del sistema» (Álvarez Cortés, 2021).

<sup>22</sup> En la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 182/1997 aclara que los tributos son una especie de prestaciones patrimoniales públicas desde la perspectiva constitucional, son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

Su configuración se establece sobre dos componentes con una proyección temporal que responde a la siguiente regulación:

Primer componente. Desde 2023 y hasta 2032, esto es, durante 10 años, se fijará una cotización adicional finalista de 0,6 puntos porcentuales que irá destinada a incrementar los recursos del fondo de reserva de la Seguridad Social, con la siguiente distribución: un 0,5 corresponderá a la empresa y un 0,1 a la persona trabajadora.

El planteamiento que se hace al efecto –posteriormente se analizará si este cálculo resulta coherente– es que se prevé recaudar a través de estas prestaciones públicas coactivas 40.000 millones de euros que, con una rentabilidad del 3,5 %, podrían traducirse en un montante aproximado de unos 42.000 millones, lo que supone un 2,3 % del producto interior bruto (PIB). Y el objetivo es compensar la ausencia de recursos del fondo para afrontar posibles desviaciones en las previsiones de gasto. Ello se hace combinar con la eliminación de gastos impropios mediante «el traspaso de la cobertura financiera de los denominados gastos impropios de la Seguridad Social, de modo que la financiación de los mismos deje de descansar en las cotizaciones sociales, para encontrar su cobertura en la imposición general, a través de transferencias del Estado a la Seguridad Social» (Panizo Robles, 2021), lo que se prevé mediante las transferencias recogidas en el apartado 4 del artículo 12 de LPGE 2022.

Segundo componente. A partir del horizonte de 2032. Mediante este componente se pretende, en primer término, verificar, por plazos de 3 años, la previsión de gasto en 2050, una vez descontado el efecto que habría tenido el derogado factor de sostenibilidad (Panizo Robles, 2021) –año en el que se alcanzará el mayor número de pensionistas, para después comenzar a decrecer–. En función de los datos obtenidos, se disponen diversos escenarios de actuación. Así, desde 2033, si no se supera dicha previsión, se destinarán los recursos a reducir las cotizaciones o a elevar las pensiones. Pero si se rebasa aquel nivel, se dispondrá de los recursos del fondo para la financiación del gasto en pensiones contributivas, con un límite de disposición anual del 0,2 % del PIB. Si la desviación del gasto supera el límite de referencia o bien el fondo está agotado, el Gobierno negociará con los interlocutores sociales para la elevación al Pacto de Toledo de una propuesta que de forma equilibrada se dirija bien a minorar el porcentaje del gasto en pensiones, en términos del PIB, a través de medidas enmarcadas en las recomendaciones del Pacto de Toledo, bien a incrementar el tipo de cotizaciones u otras fórmulas alternativas para aumentar los ingresos o incluso ambas, si las necesidades de financiación de la Seguridad Social son importantes. Sin embargo, como en toda la reforma, existen efectos económicos y sociales de carácter anticíclico a los objetivos del mencionado MEI. Todo ello, para compensar la desviación de gasto, con un tope del 0,8 % del PIB. Se utilizarán, a tal efecto, las previsiones del *Ageing Report* de la Comisión Europea o de un documento análogo<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Informe de proyecciones que muestran el impacto económico y presupuestario del envejecimiento de la población a largo plazo. General y por países ([https://ec.europa.eu/info/publications/2021-ageing-report-economic-and-budgetary-projections-eu-member-states-2019-2070\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/2021-ageing-report-economic-and-budgetary-projections-eu-member-states-2019-2070_en)).

El incremento de cotizaciones ha tenido una lectura negativa desde algunos sectores, de un lado, por su separación del principio de contributividad propio de nuestro sistema al establecer el «abono de cotizaciones de "solidaridad" sin percibir un aumento de la protección», pero, además, por la oportunidad de incrementar el coste del valor trabajo en un momento de crisis económica (Blázquez Agudo, 2021). Pero es que también podría plantearse que la elevación del coste laboral puede afectar colateralmente a la contratación de planes de pensiones de empleo por las empresas a favor de las personas trabajadoras, a pesar del esfuerzo público por incentivarlos fiscalmente debido a que la subida de las cotizaciones mermará el activo monetario de las empresas. Del lado de la persona trabajadora, el sueldo neto va a ser inferior, lo que de forma agregada puede repercutir en el consumo y, con ello, en el PIB y en la propia recaudación final del sistema que se puede ver afectado por una reducción del empleo, de quienes cotizan o incluso de los salarios por algún mecanismo de flexibilidad interna.

No se trata, sin embargo, de un elemento improvisado. Estaba previsto tanto en las recomendaciones del Pacto de Toledo, como en el Acuerdo social firmado por los interlocutores sociales el 1 de julio de 2021 –aunque después, en su configuración, se descolgara la patronal–, así como en el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Y es que su redacción final implica un esfuerzo relativamente escaso<sup>24</sup> –a la par de las progresivas y continuas reducciones de los tipos en los años ochenta y de nuestra menor carga en cotizaciones respecto a otros países de nuestro entorno– en términos cuantitativos reales que no tiene por qué conllevar una influencia negativa en el empleo, sino al contrario, ya que, en la medida en que se esté contribuyendo al mantenimiento del sistema, se genera una certidumbre que puede generar confianza, incrementar el consumo y potenciar el movimiento y crecimiento económico. Lo que se ve reforzado por el aseguramiento de unas rentas suficientes a una parte muy significativa de la población total mediante la eliminación de un factor de sostenibilidad que, a la larga, podría significar una relevante disminución de la cuantía a percibir por las futuras generaciones de pensionistas. Siendo así, el esfuerzo actual de las personas cotizantes puede tener una repercusión directa para las mismas en el futuro.

Cierto es que no estamos ante una medida que, por sí sola, solventa los problemas de sostenibilidad. Es preciso que se reflexione, de un modo objetivo, si junto a otras medidas sí garantiza tal estabilidad. Pero antes de ello, hemos de señalar una primera conclusión a la vista de la evolución actual de la economía y las previsiones del legislador.

<sup>24</sup> Como señala Tortuero Plaza (2021b):

La cotización se sube de forma mínima, estamos hablando de un 0,5 % a cargo de la empresa y de un 0,1 % a cargo del trabajador. Esto significa que la empresa pagará 5 euros más por cada 1.000 euros de base de cotización y el trabajador lo hará en una cuantía de 1 euro, sin perjuicio de que parte de la cuota empresarial se recupera en el marginal de los respectivos impuestos de sociedades e IRPF. El incremento referido supone, según la misma fuente, un 0,2 % de incremento en el porcentaje en términos de PIB de las cotizaciones de empresa y trabajadores, pasando del 13,7 al 13,9 %.

## 5. Del MEI al fondo de reserva de la Seguridad Social. Un apunte económico

Como se ha comentado en los epígrafes anteriores, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, regula y justifica en su disposición final cuarta la creación del MEI, que parcialmente sustituye al ya derogado factor de sostenibilidad, cuya entrada en vigor estaba prevista en los próximos años. El principal objetivo del MEI consiste en intentar garantizar la futura solvencia financiera de nuestro sistema público de pensiones ante posibles desviaciones positivas del gasto en pensiones contributivas a partir del año 2050. Para obtener este colchón financiero adicional del sistema, se establece que «a partir de 2023, y a lo largo de un periodo de 10 años, se fijará una cotización adicional finalista que nutrirá el fondo de reserva de la Seguridad Social» (disp. final cuarta.1). Por tanto, para comprender las características económicas y el posible impacto del MEI resulta imprescindible analizar el funcionamiento del fondo de reserva de la Seguridad Social.

Tal y como se señala en el Informe anual a las Cortes Generales del fondo de reserva de la Seguridad Social<sup>25</sup>, el origen de este fondo tiene lugar en la última década del siglo pasado; periodo caracterizado –a rasgos generales– por el superávit presupuestario de la Seguridad Social. El destino de estos excedentes presupuestarios era la creación de fondos de estabilización y reserva con la finalidad de poder atender las futuras posibles contingencias de gastos del sistema, sin que tales aportaciones estuvieran reguladas desde el punto de vista institucional.

Conscientes de los futuros retos a los que se iba a tener que enfrentar nuestro sistema público de pensiones, los diferentes agentes políticos y sociales y el Gobierno alcanzaron el histórico acuerdo del Pacto de Toledo<sup>26</sup> en abril de 1995, que establecía entre sus recomendaciones la constitución de reservas en los siguientes términos:

El sistema contributivo debe presentar presupuestos equilibrados. El sistema de pensiones precisa de la constitución de reservas que atenúen los efectos de los ciclos económicos. Por ello, en su caso, los excedentes que pudieran existir en los ejercicios presupuestarios de los momentos de bonanza deberían ser utilizados para constituir, con títulos públicos adquiridos en mercados oficiales, fondos de equilibrio que permitan actuar en los momentos bajos del ciclo, sin acudir a incrementos de las cotizaciones.

Posteriormente, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, regulaba expresamente, en su artículo 2, la constitución de reservas en los siguientes términos:

<sup>25</sup> [https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/232b1b2a-7358-4198-9703-a896f9f328df/FONDO+DE+RESERVA+2020\\_WEB.pdf?MOD=AJPERES](https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/232b1b2a-7358-4198-9703-a896f9f328df/FONDO+DE+RESERVA+2020_WEB.pdf?MOD=AJPERES).

<sup>26</sup> [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L5/CONG/BOCG/E/E\\_134.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L5/CONG/BOCG/E/E_134.PDF).

Con cargo a los excedentes de cotizaciones sociales que puedan resultar de la liquidación de los presupuestos de la Seguridad Social, de cada ejercicio económico, se dotará el correspondiente fondo de reserva, con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema.

De este modo, seguidamente, la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria, en su artículo 17, establecía la aplicación prioritaria del superávit presupuestario del sistema de la Seguridad Social al fondo de reserva, y, finalmente, la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del fondo de reserva de la Seguridad Social, establecía su régimen jurídico en una ley propia, actualmente derogada y sustituida por la LGSS. La LGSS regula, en la sección 4.<sup>a</sup> del capítulo VII de su título I, las características esenciales del fondo de reserva de la Seguridad Social, que aparecen recogidas en la tabla 1.

Tabla 1. Fondo de reserva de la Seguridad Social (FRSS)

<b>Entidad gestora</b>	Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).
<b>Dotaciones del FRSS</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Excedentes de ingresos que financian prestaciones de carácter contributivo y los gastos necesarios para su gestión (contribuciones sociales).</li> <li>2. Excedente resultante una vez dotada la reserva de estabilización de contingencias comunes de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.</li> <li>3. Los rendimientos obtenidos por operaciones financieras realizadas con las dotaciones del FRSS se incorporan automáticamente a esta partida presupuestaria.</li> </ol>
<b>Gestión financiera del FRSS</b>	La cartera del FRSS se materializa en títulos emitidos por personas jurídicas públicas. Los criterios de inversión se actualizan periódicamente, normalmente coincidiendo con el ejercicio presupuestario, en función de la evolución de los mercados financieros y crediticios.
<b>Disposición de los activos del FRSS</b>	<p>Se destina con carácter exclusivo a financiar pensiones contributivas y los gastos necesarios para su gestión con los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Situaciones estructurales de déficit por operaciones no financieras del sistema de la Seguridad Social.</li> <li>2. Límite anual: 3 % del importe global del FRSS.</li> <li>3. Requiere de autorización previa del Consejo de Ministros, a propuesta de los/las titulares de los Ministerios de Empleo y Seguridad Social, de Hacienda y Administraciones Públicas y de Economía y Competitividad.</li> </ol>
<b>Naturaleza del FRSS</b>	Extrapresupuestaria. Se imputa el último día del ejercicio económico al presupuesto de la TGSS por el importe de la situación patrimonial del FRSS en dicha fecha.

Fuente: elaboración propia a partir de la LGSS.

Según los datos ofrecidos en el Informe a las Cortes Generales sobre las actuaciones y evolución del FRSS en el ejercicio económico 2020 –último publicado disponible–, a 31 de diciembre de 2020, el valor patrimonial del FRSS ascendía a 2.138 millones de euros; cifra equivalente al 0,19 % del PIB según datos provisionales del Instituto Nacional de Estadística (INE) (según los datos del INE con base en CNE-2010, el PIB alcanzó la cifra de 1.121.698 millones de € en 2020).

**Tabla 2. Criterios de inversión y gestión del FRSS en 2020**

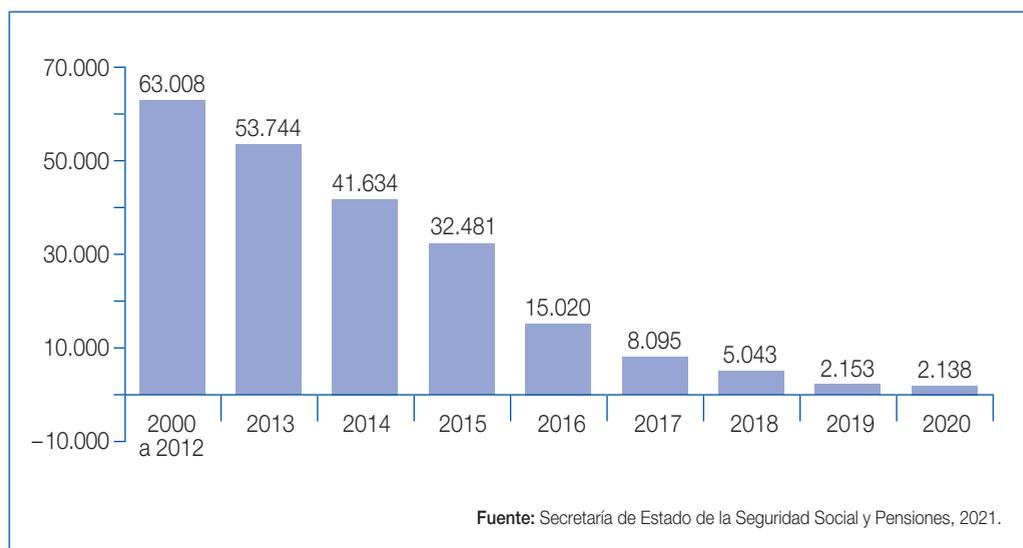
<b>Títulos valores a invertir</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Deuda pública española.</li> <li>2. Deuda pública extranjera de Alemania, Francia y Países Bajos.</li> <li>3. Activos emitidos por el Instituto de Crédito Oficial (ICO).</li> </ol>
<b>Características de la deuda pública a adquirir</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Emitida en euros.</li> <li>2. Elevada calidad crediticia.</li> <li>3. Negociada en mercados regulados o sistemas organizados de negociación.</li> </ol>
<b>Criterios de inversión en deuda pública española</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Grado de diversificación: máximo el 16 % del saldo nominal vivo de cada referencia española. Ampliable al 35 % en referencias a corto plazo.</li> <li>• Grado de concentración: máximo el 12 % del saldo nominal vivo de la deuda pública española.</li> </ul>
<b>Criterios de inversión en deuda pública extranjera</b>	Límite de compra de deuda pública extranjera: máximo el 55 % del valor nominal total del FRSS.
<b>Otros criterios de inversión y gestión</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Adquisición: se primarán compras de referencia <i>benchmark</i>.</li> <li>• Estructura: equilibrada, evitándose concentraciones excesivas de vencimiento de plazos.</li> <li>• Enajenación: criterios de seguridad, rentabilidad y diversificación.</li> <li>• Gestión de activos: según horizonte temporal determinado por la planificación de los flujos futuros de entrada y de la disposición de fondos para la cobertura de las pensiones.</li> <li>• Valoración contable: activos financieros disponibles para la venta.</li> </ul>

**Fuente:** elaboración propia y Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, 2021 (<https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/985671a4-07a9-47a0-bbb3-89f8e5cd8752/CRITERIOS+INVERSION+2020.pdf?MOD=AJPERES>).

Si analizamos la evolución del FRSS en función de las dotaciones, de los rendimientos obtenidos y de las disposiciones realizadas, podemos observar que el valor máximo del fondo se alcanzó a finales de 2012 con un importe de 63.008 millones de euros –un dato

equivalente al 5,93 % del PIB para dicho año– y que dicha cifra ha seguido una tendencia decreciente hasta llegar al momento actual. Como sucede con todo saldo presupuestario, estos datos se infieren de la diferencia entre los ingresos y los gastos del sistema, siendo en este caso los ingresos la suma de las dotaciones anuales aportadas al FRSS más los rendimientos netos generados en cada ejercicio económico; y los gastos el importe de las disposiciones anuales realizadas para sufragar el gasto no financiero del sistema contributivo de la Seguridad Social.

Gráfico 1. Evolución general del FRSS (millones de €)  
(A precio total de adquisición)



El importe acumulado de las dotaciones aportadas al FRSS durante los ejercicios económicos 2000 a 2020, derivadas de los excedentes presupuestarios de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, ascendió a 52.113 millones de euros. Tales aportaciones se realizaron principalmente durante el periodo 2000 a 2008. Desde el año 2011 no se han realizado aportaciones adicionales al FRSS por esta vía. Por otra parte, las dotaciones al FRSS provenientes de los excedentes de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social se han mantenido relativamente estables desde 2007 hasta 2015, siendo su importe acumulado una cifra bastante inferior (1.488 millones de €).

El principal motivo del descenso abrupto de las aportaciones al FRSS desde el ejercicio 2008 en adelante fue, como ya sabemos, el inicio de la Gran Recesión en España, entre cuyas consecuencias destacan las elevadas cifras de déficit público en general y de la Seguridad Social en particular. Todo ello, derivado de unas elevadísimas tasas de paro que redujeron considerablemente los ingresos por cotizaciones sociales a la Seguridad Social, a la vez que

incrementaron sus gastos en prestaciones por desempleo y pensiones contributivas. En esta situación en la que los ingresos de la Seguridad Social eran cada vez menores y sus gastos cada vez mayores, el colchón financiero que aportaba al sistema el FRSS se ha demostrado especialmente eficaz como mecanismo presupuestario extraordinario para sostener el sistema público de pensiones durante toda la crisis financiera de 2008-2016. De este modo, las disposiciones de los recursos del FRSS se han incrementado progresivamente desde el ejercicio 2012 hasta 2018; años en los que el límite de disposición anual del 3 % del saldo global del FRSS no fue aplicado, tomando como límite de disposición el equivalente al importe del déficit por operaciones no financieras.

**Tabla 3. Evolución del FRSS (2000-2020)**

Datos acumulados (millones de €)	2000 a 2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<b>1. Dotaciones</b>	<b>53.008</b>	<b>53.205</b>	<b>53.484</b>	<b>53.587</b>	<b>53.598</b>	<b>53.600</b>	<b>53.601</b>	<b>53.601</b>	<b>53.601</b>
1 a) Acuerdo del Consejo de Ministros*	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113	52.113
1 b) Excedente de mutuas**	895	1.092	1.371	1.474	1.485	1.487	1.488	1.488	1.488
<b>2. Disposiciones***</b>	<b>-7.003</b>	<b>-18.651</b>	<b>-33.951</b>	<b>-47.201</b>	<b>-67.337</b>	<b>-74.437</b>	<b>-77.437</b>	<b>-80.337</b>	<b>-80.337</b>
<b>3. Rendimientos netos generados</b>	<b>17.003</b>	<b>19.190</b>	<b>22.101</b>	<b>26.095</b>	<b>28.759</b>	<b>28.932</b>	<b>28.879</b>	<b>28.889</b>	<b>28.874</b>
3 a) Rendimientos generados****	17.922	20.233	23.377	27.584	30.510	30.802	30.793	30.818	30.811
3 b) Ajustes por amortización/ enajenación de activos	-919	-1.043	-1.276	-1.489	-1.751	-1.870	-1.914	-1.929	-1.937
<b>Total</b>	<b>63.008</b>	<b>53.744</b>	<b>41.634</b>	<b>32.481</b>	<b>15.020</b>	<b>8.095</b>	<b>5.043</b>	<b>2.153</b>	<b>2.138</b>

**Notas:**

Situación a 31 de diciembre de cada ejercicio.

\* Con cargo a los excedentes presupuestarios de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

\*\* Derivado de la gestión por parte de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes.

\*\*\* Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de septiembre de 2012; disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre; disposición adicional décima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre; disposición adicional centésima décima segunda de la Ley 3/2017, de 27 de junio; y Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2019.

\*\*\*\* Intereses de la cuenta corriente, rendimientos de los activos, resultado de las operaciones de enajenación y otros ingresos.

**Fuente:** Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, 2021.

Cabe destacar que una cuestión de considerable importancia para el FRSS es la correcta gestión de las dotaciones mediante su inversión en activos financieros rentables que permitan ir incrementando el patrimonio del fondo año a año. Como se aprecia en la tabla 2, los criterios de inversión aplicados exigen unos niveles elevados de calidad crediticia, además de unos requisitos adicionales en cuanto a la composición y estructura de la cartera de valores del FRSS. Dado que las dotaciones del fondo se invierten en títulos emitidos por personas jurídicas públicas e intercambiados en los mercados oficiales de títulos valores –mercado de deuda pública fundamentalmente–, las rentabilidades ofrecidas en tales mercados junto con los niveles de riesgo a asumir y la liquidez de los activos serán las tres principales variables a tener en cuenta a la hora de invertir el FRSS. A menor plazo de vencimiento, como ocurre con las letras del Tesoro –igual o inferior al año–, la liquidez del activo es mayor, a la vez que el riesgo de la inversión es menor; y, en consecuencia, la rentabilidad obtenida es mínima. Por el contrario, en el caso de la deuda pública materializada en títulos de obligaciones, el plazo de vencimiento es mayor –aproximadamente 10 años–, disminuyendo la liquidez del título y aumentando su riesgo, ofreciendo, en consecuencia, una mayor rentabilidad.

Gráfico 2. Rendimientos netos totales del FRSS (2000-2020) (millones de €)

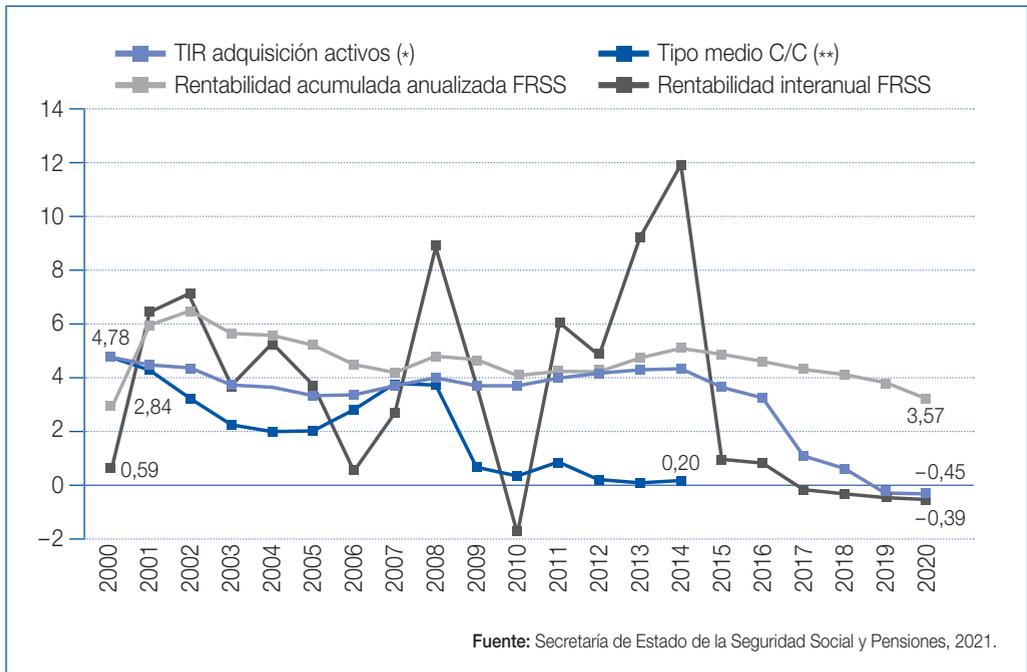


El gráfico 2 muestra los rendimientos netos totales del FRSS obtenidos durante el periodo 2000-2020. Como podemos observar, los rendimientos totales acumulados durante el periodo ascienden a 28.274 millones de euros, siendo la rentabilidad acumulada del FRSS desde su creación hasta la actualidad un 28,43 %, que supone en términos anualizados un 4,92 %. Estos porcentajes de rendimiento se encuentran definidos en términos nominales, por lo que para poder conocer la rentabilidad real obtenida del FRSS resulta necesario eliminar el componente de las subidas de precios (IPC) o inflación, tal y como se ofrece en el gráfico 4.

En dicho gráfico, la línea azul representa la variación interanual del IPC, tomando como referencia el índice armonizado de precios de consumo (IAPC). La línea negra representa las rentabilidades nominales medias globales del FRSS, y la línea de puntos gris se obtiene por diferencia entre la rentabilidad nominal del FRSS y el IAPC. Como podemos observar, la rentabilidad nominal suele ser positiva, en tanto que la rentabilidad real puede resultar negativa siempre y cuando la inflación se sitúe por encima del tipo de interés vigente en ese momento. Esta cuestión resulta de vital importancia para el estudio de la futura efectividad del FRSS y el MEI según lo establecido en la Ley 21/2021.

Nos encontramos actualmente en una fase complicada del nuevo ciclo económico iniciado con la crisis sanitaria de la COVID-19, en la que la economía mundial viene arrastrando desde hace casi 2 años una crisis económica cuyo origen es doble: una crisis de oferta a la vez que una crisis de demanda. Ambas se iniciaron a consecuencia de las estrictas medidas sanitarias que han sido necesarias para contener el virus, y cuyo impacto se está prolongando en el tiempo. La crisis de oferta ha implicado la escasez de la mayoría de bienes y servicios provocando subidas de precios que no se veían en nuestro país desde hacía más de 30 años. Este hecho viene acompañado por la actual crisis energética provocada por el aumento de los precios del gas y los cuellos de botella generados en el transporte marítimo de mercancías que venimos sufriendo desde hace 1 año.

Gráfico 3. Resumen de rentabilidades del FRSS (2000-2020)

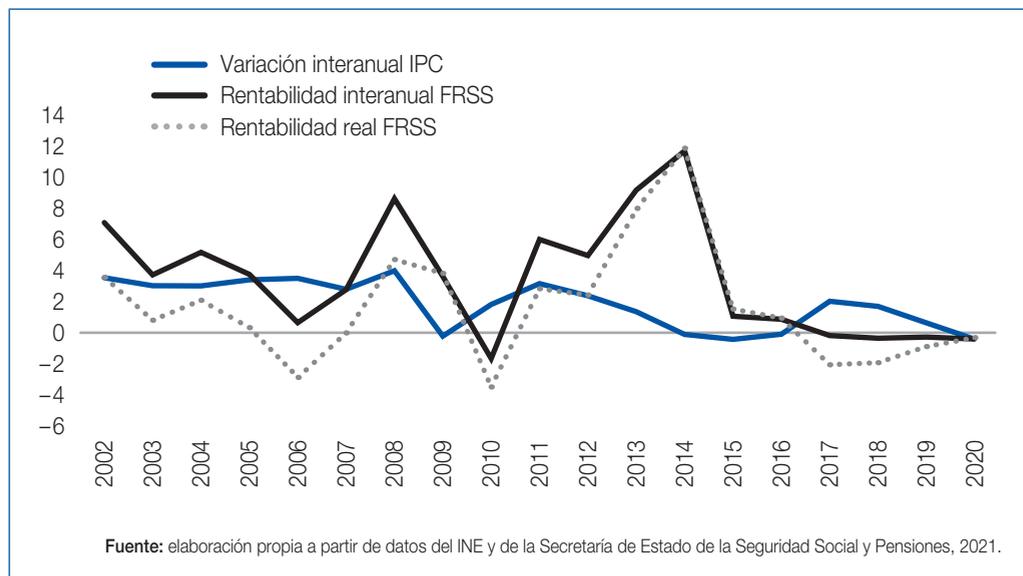


Del lado de la demanda, la contracción que se produjo durante el año 2020 y parte del 2021 ha permitido aumentar el ahorro de las familias que ahora están dispuestas a gastar más, pues la confianza de los consumidores/as ha aumentado en los últimos meses con respecto a la situación originada en marzo de 2020.

La teoría económica nos señala que los incrementos en los índices de precios suelen ir acompañados de subidas en los tipos de interés como un mecanismo amortiguador del exceso de demanda existente con respecto a la oferta, de modo que, al subir el precio del dinero, este se encarece y la demanda automáticamente se reajusta a la baja –y, por ende, la subida de precios se desacelera–. No obstante, las autoridades monetarias, y, en concreto, el Banco Central Europeo, todavía no han adoptado medidas de política monetaria para corregir el actual problema de la inflación en la zona euro, pues consideran que este efecto inflacionario que estamos viviendo tiene carácter transitorio y que puede autorregularse en un periodo corto de tiempo.

Si nos centramos en los efectos que estas macromagnitudes pueden tener sobre el FRSS y el futuro MEI, vemos que el Gobierno se va a tener que enfrentar en breve a un doble problema si la situación no se corrige adecuadamente. Un primer problema que aparecerá por la vía del gasto, pues el mecanismo de revalorización de las pensiones tiene previsto emplear como variable de capitalización el valor medio anual de la subida de precios (IAPC) del ejercicio económico inmediatamente anterior. Si la subida de precios se mantiene en esta tendencia alcista durante un periodo de tiempo prolongado, el incremento del gasto en pensiones será en consecuencia considerable.

Gráfico 4. Comparativa de variaciones interanuales rentabilidades del FRSS e IPC (2002-2020)



Y un segundo problema por la vía de los ingresos en relación con el MEI propuesto en la Ley 21/2021, pues, si los tipos de interés del mercado continúan por debajo de los niveles de inflación de la economía, la rentabilidad neta de los activos del FRSS será negativa, perdiendo, por tanto, el fondo capacidad adquisitiva con el paso del tiempo. Eso, sin contar con el hecho de que las pensiones siempre se estarían revalorizando mediante índices positivos o como mínimo nulos, frente a la revalorización del FRSS que se estaría produciendo a tasas reales negativas.

Tabla 4. Proyecciones macroeconómicas en España (2021-2024)

Tasa de variación anual	2021	2022	2023	2024
PIB	4,5	5,4	3,9	1,8
Tasa de paro	15	14,2	12,9	12,4
IAPC	3	3,7	1,2	1,5
Inflación subyacente o estructural	0,5	1,8	1,4	1,6
Euríbor a 3 meses (en porcentaje anual)	-0,5	-0,5	-0,2	0
Rendimiento de la deuda pública a 10 años (en porcentaje anual)	0,1	0,3	0,4	0,6

Fuente: elaboración propia a partir de datos del Banco de España (<https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/21/T4/Fich/be2104-it-Rec1.pdf>) y del Banco Central Europeo ([https://www.ecb.europa.eu/pub/projections/html/ecb.projections202112\\_eurosystemstaff-32e481d712.es.html](https://www.ecb.europa.eu/pub/projections/html/ecb.projections202112_eurosystemstaff-32e481d712.es.html)), 2021.

## 6. Una brevísima conclusión

La reforma de la Ley 21/2021 se ha diseñado para generar equilibrios en el sistema. Y esos equilibrios parten de una balanza en la que uno de sus lados se corresponde con el incremento garantizado para la revalorización de las pensiones conforme al IPC, y el otro lado se corresponde con la acometida de una serie de reformas estructurales del sistema por la vía de los ingresos que va acompañada de la reformulación del MEI y de la esencia jurídica del FRSS.

Son propuestas interesantes y teóricamente bien encaminadas a resolver los futuros retos que nuestro sistema público de pensiones nos plantea de aquí a unos años. No obstante, no hemos de olvidar que la teoría jurídica se encuentra, en este ámbito, supeditada a la realidad económica, y que las circunstancias actuales –en el caso concreto del FRSS

como estabilizador automático del sistema de la Seguridad Social– poco o nada tienen que ver con las que dieron lugar al origen de este fondo. En consecuencia, lo que hace unos años fue una solución efectiva para cubrir las desviaciones provocadas en el sistema como consecuencia de la crisis financiera de 2008 podría no dar el mismo resultado en 2032, al ser las nuevas condiciones económicas de partida del FRSS completamente distintas a las de la década de los noventa del siglo pasado.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez Cortés, J. C. (14 de diciembre de 2021). Algunos apuntes sobre los mecanismos previstos en la reforma de la legislación de la Seguridad Social: en especial, la revalorización de pensiones y el mecanismo de equidad intergeneracional. *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*. <http://grupo.us.es/iwpr/2021/12/14/algunos-apuntes-sobre-los-mecanismos-previstos-en-la-reforma-de-la-legislacion-de-la-seguridad-social-en-especial-la-revalorizacion-de-pensiones-y-el-mecanismo-de-equidad-intergeneracional/>.
- Blázquez Agudo, E. M. (22 de noviembre de 2021). *El MEI. Otro mecanismo para tratar de garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/mei-otro-mecanismo-para-tratar-de-garantizar-la-sostenibilidad-del-sistema-de-pensiones-por-eva-blazquez/>.
- Chabannes, M. (2021). El discurso de la Unión Europea en materia de pensiones en el marco de la estrategia Europa 2020. En F. Vila Tierno y M. Gutiérrez Bengoechea (Dir.), *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores* (pp. 89-114). Thomson Reuters Aranzadi.
- Hinojosa Torralvo, J. J. (2020). El difícil camino de la fiscalidad sobre los beneficios de la economía digital en la OCDE. En J. J. Hinojosa Torralvo e I. Cruz Padial (Dir.), *Tributos, servicios digitales y robótica* (pp. 21-58). Thomson Reuters Aranzadi.
- Litago Lledó, R. (2018). El nuevo concepto legal de prestación patrimonial de carácter público. *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, 11, 163-174.
- Lozano Serrano, C. (1998). Las prestaciones patrimoniales públicas en la financiación del gasto público. *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, 97, 25-52.
- Panizo Robles, J. A. (30 de diciembre de 2021). *Una nueva reforma del sistema público de pensiones del sistema de la Seguridad Social: la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones*. CEF-Laboral-Social. <https://www.laboral-social.com/analisis-reforma-pensiones-seguridad-social-ley-21-2021-panizo-robles.html>.
- Tortuero Plaza, J. L. (2021a). Editorial. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 3, 14-19. <https://doi.org/10.24310/rejlss.vi3.13532>.



Tortuero Plaza, J. L. (22 de noviembre de 2021 –2021b–). *El mecanismo de equidad intergeneracional*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/el-mecanismo-de-equidad-intergeneracional-por-jose-luis-tortuero/>.

Tortuero Plaza, J. L. y Vila Tierno, F. (2021). Solidaridad y suficiencia. La construcción silenciosa de un cambio de modelo. En F. J. Hierro Hierro (Dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de Evaluación y*

*Reforma del Pacto de Toledo» (2020)* (pp. 663-697). Thomson Reuters Aranzadi.

Vila Tierno, F. (2017). [Empleo, reformas laborales y sostenibilidad del sistema de pensiones](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 417, 21-56.

Vila Tierno, F. (2022). La protección de los mayores frente a la carencia de rentas en un contexto de reformas por la sostenibilidad. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 61.



# Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre

**Juan Antonio Maldonado Molina**

*Acreditado a catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

*Universidad de Granada (España)*

[jmaldo@ugr.es](mailto:jmaldo@ugr.es) | <https://orcid.org/0000-0002-5673-3620>

## Extracto

Con el objetivo de acercar la edad real de jubilación a la legal, y siguiendo las directrices de la Recomendación 12 del Pacto de Toledo (versión de noviembre de 2020) y su concreción en el Acuerdo social de 1 de julio de 2021, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, aborda una actualización de las jubilaciones anticipadas previstas en nuestro sistema. En ella no se tocan los elementos estructurales de las mismas (modalidades, requisitos), centrándose en los coeficientes penalizadores, introduciendo unos más equitativos (al pasar de trimestrales a mensuales) y beneficiosos en términos generales, aunque más elevados para los que adelantan al máximo su retiro, en especial si es voluntario (aplicando en esta modalidad nuevas reglas para los casos en los que la pensión supere el límite máximo de las pensiones, que –como toda reforma que introduce cambios de calado– se acompaña de reglas transitorias para su aplicación gradual). Igualmente, se mantiene *sine die* la legalidad anterior a la Ley 27/2011 para las extinciones acaecidas antes de abril de 2013.

Por otro lado, y también partiendo de la Recomendación 12, se modifica el marco normativo del adelanto de la edad por realización de actividades penosas, tratando de desatascar el procedimiento fijado en 2011 y que ha demostrado no ser operativo. El adelanto de la edad por discapacidad se desgaja pasando a tener una regulación autónoma, sin añadir nada nuevo, pero reconociendo la necesidad de una reforma a fondo de esta tipología, como previene la Recomendación 18.

Por último, se aprueba un complemento económico para quienes se jubilaron anticipadamente entre 2002 y 2022 reuniendo un largo periodo de cotización y, en su caso, baja cuantía.

**Palabras clave:** Pacto de Toledo; jubilación anticipada; edad de jubilación; trabajo penoso; trabajo con discapacidad; reforma pensiones; seguridad social.

Fecha de entrada: 12-01-2022 / Fecha de aceptación: 12-01-2022

**Cómo citar:** Maldonado Molina, J. A. (2022). Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 149-188.



# Early and reduced age retirements in Law 21/2021, of 28th December

Juan Antonio Maldonado Molina

## Abstract

With the aim of bringing the real retirement age closer to the legal one, and following the guidelines of Recommendation 12 of the Toledo Pact (version of November 2020) and its concretion in the Social Agreement of 1st July 2021, Law 21/2021, of 28th December, addresses an update of the anticipated retirements foreseen in our system. In it, the structural elements of the same (modalities, requirements) are not touched, focusing on the penalty coefficients, introducing more equitable ones (when going from quarterly to monthly) and beneficial in general terms, although higher for those who advance to the maximum their retirement, especially if it is voluntary (applying in this modality new rules for the cases in which the pension exceeds the maximum limit of pensions, which –like any reform that introduces changes of depth– is accompanied by transitory rules for its gradual application). Likewise, the legality prior to Law 27/2011 remains sine die for extinctions that occurred before April 2013.

On the other hand, and also based on Recommendation 12, the regulatory framework for the advancement of age due to arduous activities is modified, trying to unblock the procedure established in 2011 and which has proven not to be operational. Advancement of the age due to disability is broken down to have an autonomous regulation, without adding anything new but acknowledging the need for a thorough reform of this typology, as recommended.

Finally, an economic supplement is approved for those who retired early between 2002 and 2022, meeting a long period of contribution and, where appropriate, a low amount.

**Keywords:** Toledo Pact; early retirement; retirement age; arduous work; work with disabilities; pension reform; social security.

**Citation:** Maldonado Molina, J. A. (2022). Early and reduced age retirements in Law 21/2021, of 28th December. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 149-188.

## Sumario

1. Las jubilaciones anticipadas
  - 1.1. Los datos sobre los que se proyecta la reforma
  - 1.2. Reglas comunes: distribución de los coeficientes reductores de la pensión
  - 1.3. Jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada
    - 1.3.1. Marco general
    - 1.3.2. Reformas introducidas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre
  - 1.4. Jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora
    - 1.4.1. Marco general
    - 1.4.2. Reformas introducidas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre
2. Reglas transitorias sobre jubilaciones anticipadas
  - 2.1. Aplicación de la legislación anterior a personas trabajadoras con relación extinguida antes del 1 de abril de 2013
    - 2.1.1. Se mantiene *sine die* la legalidad anterior para las extinciones acaecidas antes del 1 de abril de 2013
    - 2.1.2. Se suprime la opción por la persona interesada
  - 2.2. Aplicación gradual de coeficientes reductores de la edad cuando la pensión supere el límite máximo de las pensiones (remisión)
3. Complemento económico para quienes se jubilaron anticipadamente entre 2002 y 2022 reuniendo un largo periodo de cotización y, en su caso, baja cuantía
4. La jubilación a edades reducidas
  - 4.1. Consideraciones generales
    - 4.1.1. Una errónea sistemática y un renovado debate judicial
    - 4.1.2. Mecanismos reductores: la supresión de la edad mínima inferior tras la Ley 21/2021
  - 4.2. Reducción de la edad por la actividad realizada
    - 4.2.1. Los escasos supuestos previstos hasta ahora
    - 4.2.2. El ineficiente reglamento para fijar coeficientes reductores y anticipar la edad
    - 4.2.3. Revisión decenal de los coeficientes reductores por actividad
  - 4.3. Reducción de la edad por discapacidad
5. Conclusiones

### Referencias bibliográficas

## 1. Las jubilaciones anticipadas

### 1.1. Los datos sobre los que se proyecta la reforma

La tasa de actividad de las personas mayores de 60 a 65 años es más baja que la media europea, pero solo ligeramente. En esa franja de edad, la media de la Unión Europea es 38,3 %, y la de España 35,3 %, lejos de países como Suecia (66,1 %), Alemania (53,3 %) u Holanda (50,5 %). Pese a los intentos del legislador de fomentar una jubilación gradual, pese a la reforma introducida por la Ley 27/2011, con la que se eleva progresivamente la edad ordinaria, y pese las restricciones del Real Decreto-Ley (RDL) 5/2013, que iban a desincentivar la jubilación anticipada, la edad real de jubilación sigue sin aproximarse a la edad legal. La edad efectiva de acceso a la pensión de jubilación (en el conjunto del sistema –en el régimen general de la Seguridad Social es más baja–) ha evolucionado poco tras las reformas.

En ello ha influido el que las reformas aprobadas en 2011 contemplaran una generosa aplicación progresiva de las nuevas reglas (edad ordinaria, edad en la jubilación anticipada parcial, base reguladora y porcentaje) y que se mantuviera el derecho anterior a la reforma para determinados supuestos. Aunque algo ha aumentado, como reconoce la directriz 10, punto 30, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España, de octubre de 2020<sup>1</sup>, que indica que la reforma de las pensiones de 2011 (edad ordinaria) conllevó un incremento de la edad real de jubilación hasta «situarla por encima de la media europea», confiando en que irá incrementándose más a medida que vaya entrando en vigor toda la potencialidad de esa reforma.

Pero este leve incremento tiene una clara brecha de género, porque ha sido más alto en las mujeres que en los hombres, dado que son las que tienen una vida laboral inferior a los 38 años y medio (Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social –DGOSS–, 2021, p. 215), de modo que en 2021 ya la edad media de jubilación de las mujeres (nuevas altas) llegó a 65 años (pero porque su edad legal suele estar por encima de esa cifra, 66 años en 2021 para quienes no tengan cotizados 37 años y 3 meses)<sup>2</sup>. Y si analizamos el porcentaje de personas que se jubilan anticipadamente, parece claro que, aunque hay una

<sup>1</sup> [https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/plan\\_de\\_recuperacion.pdf](https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/plan_de_recuperacion.pdf).

<sup>2</sup> Desde 2008 (entrada en vigor de la Ley 40/2007), la media de edad de las nuevas altas ha sido la siguiente:

- Hombres: 63,54; 63,64; 63,71; 63,71; 63,7; 64,14; 63,88; 63,82; 63,78; 63,85; 63,9; 64,08; 64,25; 64,4.
- Mujeres: 63,9; 63,95; 64,15; 64,21; 64,3; 64,7; 64,61; 64,57; 64,55; 64,58; 64,6; 64,9; 65; 65,1.

leve reducción del porcentaje de pensionistas que se retiran de modo anticipado, el ritmo es demasiado lento, hasta el punto de que el porcentaje de personas que se jubilaron anticipadamente en 2010 fue exactamente igual que en 2019<sup>3</sup>.

El perfil más frecuente de quienes se jubilan anticipadamente es el de las personas cuya pensión es elevada, que son las que consideran asumible la penalización de sus pensiones. Si observamos los importes medios de las nuevas altas en jubilación por edades del mes de noviembre de 2021, resulta evidente (y paradójico) que las pensiones sean más altas en las que tienen menor edad que las que se jubilan a partir de los 65 años<sup>4</sup>. Datos similares se recogen en la Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que concluye que la pensión media de las personas jubiladas anticipadamente de modo voluntario es entre un 18,5 % y un 22,5 % superior a la pensión media de las altas de jubilación del sistema (Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones –MISM–, 2021, p. 66). Respecto del tipo de jubilación anticipada, estadísticamente (si estamos a las jubilaciones acaecidas desde 2013) se observa cómo en los primeros años predominaba la jubilación no voluntaria, pero desde 2018 se ha invertido la tendencia, siendo mayoritario el número de personas que anticipan su jubilación de forma voluntaria<sup>5</sup>.

Además, son mayoritariamente hombres los que se jubilan anticipadamente. De las 212.690 personas jubiladas de enero a agosto de 2021, el 41,77 % eran mujeres. Pero jubiladas anticipadamente, solo representaron el 32,66 % de las voluntarias, y el 33,09 % de las no voluntarias<sup>6</sup>. Los requisitos previstos (en particular la exigencia de acreditar 35 años

<sup>3</sup> Desde el año 2008 al 2021, estos son los porcentajes de personas jubiladas:

- Anticipadamente: 42,33; 41,39; 40,08; 40,53; 42,22; 38,25; 41,29; 43,97; 44,62; 43,14; 43,36; 40,08; 39,18; 38,68.
- Ordinaria: 57,67; 58,61; 59,92; 59,47; 57,78; 61,75; 58,71; 56,03; 55,38; 56,86; 56,64; 59,92; 60,82; 61,32.

Fuente: DGOSS (2021, pp. 147-148).

<sup>4</sup> Edad/altas/pensión media: 61/1.276/1.675,01 €; 62/2.107/1.545,99 €; 63/5.307/1.639,78 €; 64/2.693/1.709,49 €; 65/10.498/1.411,98 €; 66/7.153/913,68 €; 67/571/948,18 €; 68/326/908,18 €; 69/212/901,55 €. Fuente: Seguridad Social. Altas y bajas pensiones contributivas, detalle de jubilación, noviembre 2021 ([https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/23f32db8-8215-4a21-be56-e7aad323b55e/AJ202111.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18\\_81D21J401P5L40QTIT61G41000-23f32db8-8215-4a21-be56-e7aad323b55e-nU8ELI](https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/23f32db8-8215-4a21-be56-e7aad323b55e/AJ202111.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_81D21J401P5L40QTIT61G41000-23f32db8-8215-4a21-be56-e7aad323b55e-nU8ELI)).

<sup>5</sup> Número de jubilaciones voluntarias y no voluntarias desde 2013 hasta 2021 (Fuente: elaboración propia sobre datos estadísticos de la Seguridad Social):

- Voluntarias: 31.936; 28.649; 34.808; 41.813; 42.714; 46.082; 47.655; 55.009; 41.877.
- No voluntarias: 58.258; 59.523; 55.718; 53.754; 48.160; 46.738; 33.766; 24.400; 15.706.

<sup>6</sup> Porcentajes calculados sobre datos recogidos en DGOSS (2021, p. 210).

cotizados) impactan de una forma desproporcionada sobre las mujeres. Téngase en cuenta que, en 2020, la duración media de la vida laboral de las mujeres en España era 32,6 años, mientras que la de los hombres 36,8 años (DGOSS, 2021, p. 526). Todo ello revela desigualdades laborales que tienen su reflejo en la edad de jubilación. Eso es claro con la perspectiva de género, pero también con el empleo público/sector privado, sobre todo en el caso de clases pasivas, que ha quedado al margen de las reformas que el resto del sistema ha sufrido en lo relativo a la edad de jubilación, y que mantiene un régimen de jubilaciones anticipadas absolutamente privilegiado, que no se tocó ni con la Ley 27/2011, ni con el RDL 5/2013, ni ahora con la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones<sup>7</sup>.

Por tanto, el objetivo es aproximar la edad media real de las nuevas altas por jubilación a la fijada por la norma. Esta idea volvió a aparecer en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de noviembre de 2020, que reitera la necesidad de aproximar la edad de salida efectiva del mercado de trabajo a la edad ordinaria de jubilación legalmente establecida, proponiendo diferentes líneas de actuación, entre las que se encuentra endurecer la jubilación anticipada. También se acoge en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España, de 16 de junio de 2021, en el componente 30 del mismo (dedicado a la «Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo») que incluye la «Alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación a través de incentivos a la demora de la jubilación y ajustando los elementos distorsionantes en la regulación de las jubilaciones anticipadas» (C30.R2-B)<sup>8</sup>. El Acuerdo social de 1 de julio de 2021<sup>9</sup>, dentro del bloque «Medidas para favorecer el acercamiento voluntario de la edad efectiva con la edad legal de jubilación», concretó las medidas a adoptar, que en su grueso son las que ahora se recogen en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, en muchos aspectos casi literalmente. Por tanto, es una reforma que cuenta con el respaldo parlamentario del Pacto de Toledo y el de los agentes sociales.

<sup>7</sup> En esta línea, el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 27 de octubre de 2020, en su Recomendación número 4, titulada «Integración y convergencia de regímenes», señala que:

[...] pese a que el régimen de clases pasivas es un régimen especial a extinguir desde 2011, resulta necesario avanzar en su convergencia con las condiciones del régimen general, evitando la existencia de discriminaciones, pero sin provocar repercusión alguna sobre los derechos adquiridos por los beneficiarios de dicho régimen.

<sup>8</sup> <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente30.pdf>.

<sup>9</sup> Acuerdo social sobre el primer bloque de medidas para el equilibrio del sistema, el refuerzo de su sostenibilidad y la garantía del poder adquisitivo de los pensionistas en cumplimiento del Pacto de Toledo y del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia ([https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosde prensa/notasprensa/inclusion/Documents/2021/070721-acuerdo\\_pensiones.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosde prensa/notasprensa/inclusion/Documents/2021/070721-acuerdo_pensiones.pdf)).

## 1.2. Reglas comunes: distribución de los coeficientes reductores de la pensión

Partiendo de la realidad que acabamos de describir, la Ley 21/2021 no introduce grandes cambios estructurales, pudiendo calificarse como una reforma selectiva, casi quirúrgica, teniendo en cuenta el perfil de las personas que se jubilan antes voluntariamente porque la cuantía de la pensión resultante les compensa: personas que se retiran 2 años antes de la edad que les corresponde (mayoritariamente hombres), con una pensión elevada (un 10 % supera la pensión máxima). Por ello, se centra en los coeficientes reductores, buscando endurecer las jubilaciones anticipadas voluntarias, acotando una mayor penalización a las personas que deciden anticipar al máximo su jubilación (en especial los 2 meses más lejanos a la edad ordinaria); y actuando igualmente sobre quienes tienen pensiones superiores a las máximas.

Es una reforma con la que los coeficientes penalizadores se distribuyen irregularmente, focalizando la mayor penalización en quien usa los 24/48 meses de anticipación (según sea voluntaria/involuntaria) de su edad, y la menor en quien lo hace sin aprovechar todo el tiempo potencialmente posible. E igualmente (como ocurría previamente) fija coeficientes más suaves a medida que la vida laboral acreditada es mayor, lo que también incentiva el retraso del cese de la actividad. Con ambas medidas (coeficientes más duros cuanto mayor sea el adelanto, coeficientes más duros cuanto menor es la vida cotizada), se confía retrasar unos meses la edad media del retiro. Se fija una escala creciente por cada mes adicional, con un peso desigual, hasta el punto de que –en la jubilación voluntaria– sumar del mes 23 al 24 de retiro supone reducir la pensión prácticamente igual que de los meses 2 a 14. Por el contrario, la jubilación por causa involuntaria se facilita (ampliando los supuestos) y suaviza (los coeficientes pasan a ser mensuales, pero además siempre quedan por debajo de los que hubieran correspondido con la legislación anterior).

Podían haberse modificado los requisitos, como el periodo de carencia requerido o el tiempo máximo de anticipo, o endurecer las penalizaciones (volviendo al sistema anterior a 2013, en el que se penalizaba por año completo), pero se opta por un ajuste «suave», como pasamos a comprobar, ya que solo hay una mayor penalización en las voluntarias (y centrada en las que anticipan más de 1 año el retiro; y sobre las que tienen una base reguladora superior a la pensión máxima, aunque es una medida que se retrasa hasta 2034). Y se mejora la cobertura de las personas ya jubiladas anticipadamente desde 2002 con largas carreras de cotización si las nuevas reglas son más beneficiosas. En definitiva, una reforma inspirada más en la equidad que en la sostenibilidad.

Como hemos adelantado, la medida común a ambas modalidades de jubilación anticipada es que los coeficientes reductores pasan a tener un carácter mensual. Recordemos que, hasta el 16 de marzo de 2013 (RDL 5/2013), la penalización era por año o fracción de año, de forma que perder un día de trabajo de un año provocaba que la penalización fuese de toda una anualidad. Y con la Ley 27/2011 (finalmente, el RDL 5/2013) pasó a fraccionarse

en trimestres (o fracción). Abundando en esa línea que favorece la equidad, la Ley 21/2021 sustituye los coeficientes trimestrales por coeficientes mensuales (o fracción). Pero no se traducen a meses los coeficientes trimestrales anteriores, sino que el peso de un mes respecto de otro es desigual. Se aplica una escala creciente a medida que se suman meses de adelanto. En este sentido, es interesante ver qué penalización se acumula a medida que se adiciona cada mes, ya que el valor que se asigna a cada mensualidad es diferente, de modo que la futura persona pensionista debe calibrar el coste que le supondrá añadir cada mes en particular. Por ello, en cada modalidad de jubilación indicaremos el incremento que hay de uno a otro mes.

A diferencia de los coeficientes trimestrales anteriores, los mensuales son comunes para la voluntaria e involuntaria en los meses 7 a 20 más cercanos a la jubilación. Es una novedad relevante, dado que con el RDL 5/2013 los coeficientes siempre eran más beneficiosos en la involuntaria que en la voluntaria. Esta equiparación de coeficientes penalizadores ya se recogió en el Acuerdo social de 1 de julio de 2021, y revela la voluntad de dar un trato similar sea cual sea la causa de extinción salvo en determinados meses puntuales, que son sobre los que pone el foco la reforma en orden a penalizar el anticipo voluntario: los 6 meses más cercanos a la edad de retiro, y los meses 23 y 24 (y, en algún caso, meses 21 y 22). El Acuerdo social de 1 de julio de 2021 lo enunciaba como novedad de la jubilación involuntaria<sup>10</sup>, y así se ha mantenido en la exposición de motivos de la Ley 21/2021, aunque en rigor es novedoso tanto para una como otra modalidad. En concreto, la exposición de motivos (siguiendo casi literal el acuerdo) indica que:

[...] en los 2 años inmediatamente anteriores a la edad de jubilación ordinaria, se aplican los mismos coeficientes que en la modalidad voluntaria, en aquellos supuestos en los que el nuevo coeficiente sea más favorable que el hasta ahora vigente.

Por último, se rebaja el coeficiente reductor correspondiente a cada uno de los 6 meses previos a la edad de jubilación ordinaria, respecto de los establecidos para el caso de jubilación voluntaria.

Pues bien, estos cambios se reflejan en las tablas de coeficientes, en el sentido de que los coeficientes de:

- Los meses 7 a 20 más próximos a la edad ordinaria son comunes, así como el 21 de tres de las cuatro franjas previstas (no en la de 41,5 a 44,5), y el 22 en una de las franjas (la de 44,5 o más). Según la exposición de motivos, son comunes «en aquellos supuestos en los que el nuevo coeficiente sea más favorable que el hasta ahora vigente», es decir, las tablas recogen el mismo coeficiente para

<sup>10</sup> Modificaciones tercera y cuarta a la jubilación anticipada involuntaria, recogidas en la página 7 del acuerdo.

voluntaria e involuntaria cuando el nuevo coeficiente de la jubilación voluntaria mejora (no solo iguala) el hasta ahora vigente de la jubilación involuntaria<sup>11</sup>.

- Los 6 meses previos a la edad ordinaria son inferiores en la jubilación anticipada involuntaria, sin tener en cuenta que el nuevo coeficiente de la voluntaria mejorase el antiguo de la involuntaria (cosa que ocurre en el mes 4 de la franja de menos de 38,5), dado que los nuevos de la involuntaria son especialmente reducidos para esos meses.

Por lo demás, téngase en cuenta que el impacto de estos nuevos coeficientes va más allá de las personas que se jubilen a partir de 2022, en tanto que la disposición adicional primera de la Ley 21/2021 introduce un nuevo complemento económico para las personas jubiladas anticipadamente entre 2002 y el 31 de diciembre de 2021 con 44 años y medio cotizados, o 40 años si perciben menos de 900 euros mensuales, complemento que se calcula aplicando los coeficientes penalizadores aprobados en la Ley 21/2021 a tales supuestos.

## 1.3. Jubilación anticipada por voluntad de la persona interesada

### 1.3.1. Marco general

Prevista en la Ley 27/2011, y reformada antes de su entrada en vigor por el RDL 5/2013, la nueva puerta a la jubilación anticipada era más restrictiva que la introducida por el RDL 16/2001, salvo en un aspecto: la voluntariedad. Comparado con las reglas previstas en el RDL 16/2001, en 2011 se introdujeron importantes reglas disuasorias (que fueron endurecidas con el RDL 5/2013). Así, hay tres requisitos, el tercero de los cuales solo se examina si se cumplen los dos primeros:

---

<sup>11</sup> Así, ese es el caso de los meses número:

- 21 en la franja de 41,5 a 44,5, que el antiguo coeficiente involuntario era 11,4 y el nuevo de la voluntaria es el 11,43; por lo que el aplicable a la involuntaria difiere situándose en 11,38.
- 22 en tres de las cuatro franjas (menos de 38,5; de 38,5 a 41,5; y de 41,5 a 44,5), donde los antiguos coeficientes involuntarios eran –respectivamente– 15; 14 y 13; y el nuevo de la voluntaria es el 14,67; 14 y 13,33. Por ello, los aplicables a la involuntaria difieren situándose en 13,75; 12,83 y 11,92.
- 23 en las cuatro franjas, donde los antiguos coeficientes involuntarios eran –respectivamente– 15; 14; 13 y 12; y el nuevo de la voluntaria es el 17,6; 16,5; 15 y 12. Por lo que los aplicables a la involuntaria difieren situándose en 14,38; 13,42; 12,46 y 11,5.
- 24 en las cuatro franjas, donde los antiguos coeficientes involuntarios eran –respectivamente– 15; 14; 13 y 12; y el nuevo de la voluntaria es el 21; 19; 17 y 13. Por lo que los aplicables a la involuntaria difieren de la voluntaria situándose en los mismos términos que antes de la reforma (15; 14; 13 y 12).

- Edad: se exige que la edad esté comprendida dentro de los 2 años anteriores a la edad de jubilación.
- Acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 35 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. En todo caso, a estos exclusivos efectos se computará como cotizado a la Seguridad Social el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de 1 año. Y con la Ley 21/2021 encontramos una novedad, y es que a estas asimilaciones a periodo cotizado se suma el servicio social femenino obligatorio (en coherencia con lo resuelto por el Tribunal Supremo –TS– en 2020<sup>12</sup>).
- La pensión a percibir<sup>13</sup> debe ser superior al 100 % de la pensión mínima que correspondería a la persona interesada por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. La lógica es que quien decide voluntariamente jubilarse anticipadamente lo debe hacer con todas las consecuencias: asumiendo el importe que le corresponda, sin recurrir *a posteriori* a la mejora de su pensión vía complementos por mínimos, ya que eso significaría una carga para el sistema provocada por la persona asegurada, que burlaría las consecuencias de su decisión. Esta regla ha generado problemas especialmente al colectivo de empleadas del hogar, aunque el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró en 2021 que no hay discriminación indirecta pese a que estadísticamente las más perjudicadas sean las mujeres<sup>14</sup>. Consideramos que, al impedirse en la práctica la jubilación anticipada voluntaria a las empleadas del hogar, debería incluirse este colectivo dentro de los beneficiarios de coeficientes reductores de la edad por la actividad realizada.

Ya hemos adelantado que el importe de las pensiones de las personas jubiladas anticipadamente es entre un 18,5 % y un 22,5 % superior a la pensión media de las altas de jubilación. Junto a ese dato, conviene retener que el 75,52 % de las personas que optan por

---

<sup>12</sup> Sentencia del TS (STS) 115/2020, de 6 de febrero, y Criterio de gestión del Instituto Nacional de la Seguridad Social 3/2020, de 18 de febrero.

<sup>13</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2019 corrigió una contradicción que existía en nuestro derecho, como era la de sumar las prestaciones que se percibirían de varios Estados, en orden a calcular el importe del complemento por mínimos, pero no hacerlo si de lo que se trataba era de demostrar que no se iba a necesitar recurrir a tales complementos, de modo que aunque la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) habla de «pensión a percibir», en singular, debe computar también la pensión que se perciba de otro país europeo. *Cfr.* Maldonado Molina (2020).

<sup>14</sup> Ello porque existe un objetivo perseguido por la aplicación de dicha disposición, criterio o práctica que esté objetivamente justificado, objetivo que en este caso es la sostenibilidad de las pensiones. *Cfr.* Maldonado Molina (2021).

jubilarse voluntariamente lo hacen a los 63 años<sup>15</sup>, y de las que se jubilan a esa edad el 9 % perciben la pensión máxima<sup>16</sup>; datos que deben tenerse presentes a la hora de valorar las reformas introducidas por la Ley 21/2021.

### 1.3.2. Reformas introducidas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre

Junto con la introducción del servicio social femenino obligatorio como asimilación en orden a los 35 años cotizados exigidos, son dos las novedades: la nueva escala de porcentajes y la solución que se da para cuando la pensión anticipada resulte superior al límite máximo de las pensiones, que pasa a calcularse directamente sobre dicho límite cuando la base reguladora sea superior a la pensión máxima.

#### A) Nuevos coeficientes penalizadores

En cuanto al coeficiente penalizador, a diferencia de las antiguas fórmulas de jubilación anticipada, no estamos ante un único porcentaje por año de anticipo de la jubilación (como ocurría desde 2008 hasta 2013), ni por trimestres (Ley 27/2011 y RDL 5/2013), sino que pasa a ser mensual. Una medida que en términos generales beneficia a la persona asegurada, siendo más equitativa al ajustarse al efectivo adelanto que tiene lugar. Pero como hemos señalado, lo destacable realmente es que los coeficientes dejan de ser constantes (no es que se recalculen en modo mensual), siendo crecientes a medida que son más los meses que se adelanta el retiro. En la jubilación anticipada voluntaria hay una escala creciente a medida que se suman meses de adelanto (cosa que no sucede en la involuntaria a partir del mes 23, sí en los anteriores porque son compartidos). Por ello, es más elocuente ver qué penalización se acumula a medida que se adiciona cada mes (y no tanto comparar los coeficientes previos a la reforma con los nuevos) para corroborar que el valor que se asigna a cada mensualidad es diferente<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> El 24,02 % lo hace a los 64 años, y solo el 0,47 % a los 65 años (MISM, 2021, p. 67).

<sup>16</sup> La pensión media de las mujeres jubiladas con esta modalidad es superior en un 4 %, pero en la involuntaria es un 18 % inferior, tal y como recoge la memoria del anteproyecto de ley (MISM, 2021, pp. 68 y 92).

<sup>17</sup> Incremento penalización por mes en caso de jubilación anticipada voluntaria:

- Menos de 38,5 años cotizados. Se parte de una penalización del 3,26 %, y cada mes se incrementa (del 2 al 24, respectivamente): 0,12; 0,14; 0,15; 0,16; 0,17; 0,19; 0,21; 0,23; 0,26; 0,29; 0,32; 0,37; 0,42; 0,48; 0,56; 0,67; 0,8; 0,98; 1,22; 1,57; 2,1; 2,93; 3,4.
- De 38,5 a 41,5 años cotizados. Se parte del 3,11 %, y cada mes se incrementa 0,12; 0,13; 0,14; 0,15; 0,17; 0,18; 0,2; 0,22; 0,25; 0,27; 0,31; 0,35; 0,4; 0,46; 0,54; 0,64; 0,76; 0,93; 1,17; 1,5; 2; 2,5; 2,5.
- De 41,5 a 44,5 años cotizados. Se parte del 2,96 %, y cada mes se incrementa 0,12; 0,12; 0,13; 0,15; 0,16; 0,17; 0,19; 0,21; 0,23; 0,27; 0,29; 0,33; 0,38; 0,44; 0,52; 0,6; 0,73; 0,89; 1,11; 1,43; 1,9; 1,67; 2.
- Igual o más de 44,5 años cotizados. Se parte del 2,81 %, y cada mes se incrementa 0,11; 0,12; 0,13; 0,13; 0,15; 0,17; 0,18; 0,2; 0,22; 0,25; 0,28; 0,32; 0,36; 0,42; 0,48; 0,58; 0,69; 0,8; 0,8; 0,8; 1; 1; 1.

En comparación con la situación anterior, la persona que solo adelante 1 año su jubilación recibirá menor penalización, mientras que la que lo haga por el máximo de los 2 años sufrirá una mayor reducción, porcentajes lógicos teniendo en cuenta que el 75 % se jubila anticipadamente 2 años antes. Al igual que ocurría hasta ahora, para el cómputo de los periodos de cotización se tomarán periodos completos, sin que se equipare a un periodo la fracción del mismo. Si desagregamos por meses los coeficientes penalizadores, podemos obtener una imagen detallada del nuevo escenario frente al anterior, comprobando que son 6 meses en los que ahora se penaliza más que antes.

Tabla 1. Comparativa coeficientes reductores jubilación voluntaria antes (A) y después (D) de la Ley 21/2021, con expresión de la diferencia ( $\Delta$ )

Meses anticipo	<38,5 años			38,5 a 41,5 años			41,5 a 44,5 años			≥ 44,5 años		
	A	D	$\Delta$	A	D	$\Delta$	A	D	$\Delta$	A	D	$\Delta$
24		21	-5		19	-4		17	-3			
	16			15			14					
23		17,6	-1,6		16,5	-1,5		15	-1			
6				3,8	3,82	-0,02	3,5	3,64	-0,14	3,3	3,45	-0,15
3		3,52	-1,52		3,36	-1,46		3,2	-1,4		3,04	-1,44
2	2	3,38	-1,38	1,9	3,23	-1,33	1,8	3,08	-1,28	1,6	2,92	-1,32
1		3,26	-1,26		3,11	-1,21		2,96	-1,16		2,81	-1,21

Fuente: elaboración propia.

El nuevo artículo 208.3 de la LGSS introduce una interesante excepción (contemplada en el Acuerdo social de 1 de julio de 2021), y es que, pese a jubilarse voluntariamente, se aplicarán los coeficientes correspondientes a la involuntaria (pero solo hasta 24 meses de anticipo) si en el momento de acogerse a la jubilación voluntaria la persona trabajadora estuviera percibiendo el subsidio asistencial por desempleo y lo hubiera hecho durante al menos 3 meses. El que se apliquen tales coeficientes no obsta de tener que cumplir los demás requisitos de la jubilación voluntaria (art. 208.1), en particular el que a lo sumo podrá anticipar el retiro 2 años a la ordinaria. Por tanto, los coeficientes que se igualarían a la modalidad involuntaria son los de los primeros 24 meses que se anticipan, que recuérdese siempre son iguales los meses 7 a 20, por lo que la mejora viene de aplicar los correspondientes a los meses 1 a 6 y 21 a 24 según la vida laboral cotizada. La aplicación de las reglas que rigen los coeficientes por jubilación involuntaria también alcanza a los casos de pensión que supera el máximo, como pasamos a ver a continuación.

## B) Aplicación de los coeficientes penalizadores cuando la pensión supera el límite máximo de las pensiones

Los coeficientes reductores previstos para la jubilación anticipada se aplicaban sobre el importe de la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que correspondía por meses de cotización. El resultado de esta regla era que en la práctica no se penalizaba a una persona trabajadora cuya base de cotización (que determina la base reguladora) fuese superior a la pensión máxima, ya que, por mucho que se le redujera, al final el importe a percibir sería la pensión máxima, lo cual era un claro incentivo para adelantar la jubilación (el importe no se vería afectado). Por ello, el artículo 4 de la Ley 27/2011 fijó un coeficiente reductor adicional que se aplicaría sobre la pensión máxima, coeficiente que se incrementó con el RDL 5/2013<sup>18</sup> al 0,5 % por trimestre (es decir, un 2 % por año que anticipe su jubilación en caso de que el importe resultante fuese superior a la cuantía prevista para la pensión máxima). Fue una medida positiva pero insuficiente. Así, si bien evitaba que las personas cuya base de cotización sea muy elevada pudieran acceder a las jubilaciones anticipadas a coste cero (ya que el coeficiente penalizador parte de la pensión sin topar, que puede ser mucho mayor que la pensión máxima), se penalizaba solo un 2 % por año adelantado (2 % sobre la pensión máxima), porcentaje muy inferior al coeficiente más bajo existente en jubilaciones anticipadas voluntarias, que era 6,5 % anual.

Los detractores/as de esta medida consideran que al aplicarla se produce una doble penalización, ya que las personas que cotizan por la base máxima ya sufren un importante recorte con el tope máximo de las pensiones, al que se suma este porcentaje. Sin embargo, entendemos que son instituciones diferentes: una que opera para cualquier pensión y se basa en la idea de solidaridad (el tope máximo de las pensiones)<sup>19</sup>; y otra que busca penalizar a la persona que voluntariamente decide abandonar antes de tiempo el mercado laboral pasando a recibir una pensión pública, situación que debe desincentivarse a todos/as por igual.

El que solo se les penalizara con un 2 % anual frente al resto (que sufría una reducción del 6,5 % al 8 % anual) era socialmente injusto, porque permite dejar de trabajar antes a las personas que tienen unas rentas más elevadas, y que normalmente no son las que hacen más esfuerzos físicos. Por ello, saludamos positivamente la nueva medida incorporada con

<sup>18</sup> Ese coeficiente iba a ser inicialmente el 0,25 % por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación. Es decir, 1 % anual.

<sup>19</sup> En este sentido, recordemos que el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 27 de octubre de 2020, en la Recomendación número 5 (Adecuación de las bases y periodos de cotización), señala que: «La relación entre las bases máximas de cotización y la pensión máxima debe guardar el necesario equilibrio entre aportaciones realizadas y prestaciones percibidas para garantizar la contributividad, pero sin menoscabo de la dimensión solidaria del sistema». Y la Recomendación número 15 (Solidaridad y garantía de suficiencia) añade: «En el nivel contributivo, los mecanismos de solidaridad sirven para modular el principio de adecuación, vinculado a la proporcionalidad entre cotizaciones y pensiones, en la relación entre base máxima y pensión máxima y en la garantía de suficiencia».

la Ley 21/2021 (que solo opera para la jubilación anticipada voluntaria), que consiste en que, si la base reguladora de la pensión es superior al tope máximo de las pensiones, los coeficientes reductores se aplican directamente sobre el límite de la cuantía máxima. No obstante, como ahora veremos, su aplicación efectiva se retrasa a 2034, con un generoso periodo transitorio que se nos antoja excesivo. Cuando esté vigente no se aplicará al tope máximo el 0,5 % trimestral, sino el coeficiente reductor mensual que corresponda en cada caso (art. 210.3 LGSS). Con ello se evitará que las personas que saben que su pensión va a quedar limitada, sea cual sea la edad a la que se jubilen, opten por adelantar el retiro a bajo coste (solo un 2 % anual, 4 % máximo al jubilarse anticipadamente 2 años antes). Y se aplica el coeficiente correspondiente al adelanto y vida cotizada que acredite, lo cual es más equitativo que imponer un mismo coeficiente para todos estos supuestos, como llegó a barajarse<sup>20</sup>.

De esta novedosa regla se excluyen las personas que se jubilen voluntariamente pero que en el momento de jubilarse estén percibiendo el subsidio asistencial por desempleo, y lo hayan hecho durante al menos 3 meses, en cuyo caso –como hemos indicado– serán de aplicación los coeficientes reductores previstos para la jubilación anticipada por causas no imputables a la persona trabajadora, entre los que pervive la regla de que la pensión no podrá ser superior a la cuantía que resulte de reducir el tope máximo de pensión en un 0,5 % por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación (nuevo art. 210.4 LGSS).

El legislador es consciente de que es una reforma rupturista con el modelo anterior, por lo que –como sucede en nuestro sistema cada vez que se han aprobado reformas de fondo en la jubilación– se incluyen diversas previsiones para atemperar los efectos de la reforma entre trabajadoras y trabajadores próximos a la jubilación. Estas medidas suelen ser demorar la entrada en vigor (*vacatio legis*), aplicarla gradualmente, excluir a algunos colectivos de las nuevas reglas u optar entre la legalidad anterior o la nueva. Pues bien, en este caso se contemplan las cuatro medidas posibles. Así, se añade una disposición transitoria (la trigésima cuarta) para estos supuestos, conforme a la que:

- En principio, se posterga la vigencia de esta fórmula de cálculo de la pensión, a partir del 1 de enero de 2024, manteniéndose vigente hasta entonces la fórmula inicial<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> El ministro, Sr. Escrivá, planteó un coeficiente del 8 % anual en caso de jubilaciones voluntarias (*vid.* [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/02/25/economia/1614283139\\_904634.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/02/25/economia/1614283139_904634.html)). En el Senado dijo que se hará en 2021 (*vid.* <https://www.economista.es/economia/noticias/11113193/03/21/Escriva-preve-endurecer-la-jubilacion-anticipada-antes-de-finales-del-2021.html>).

<sup>21</sup> Esta última precisión se introdujo por la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en el Proyecto publicado el 1 de diciembre de 2021, de modo que se pasó de la versión de septiembre («será de aplicación a partir del 1 de enero de 2024») y de la de noviembre («entrará en vigor el 1 de enero de 2024») a una en que indica que «entrará en vigor a partir del 1 de enero de 2024», precisando que «hasta esa fecha permanecerá vigente el párrafo segundo del artículo 210.3». La disposición final sexta de la Ley 21/2021, dedicada a la «Entrada en vigor», señala que: «La presente ley entrará en vigor el 1 de enero de 2022, salvo lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición transitoria trigésima cuarta que entrará en vigor el 1 de enero de 2024».

- Pero realmente no se aplicará totalmente hasta 2034, ya que:
  - Gradualmente, para el periodo que va de 2024 a 2033, habrá que estar a los coeficientes recogidos en cuatro cuadros (según la vida laboral cotizada: menos de 38,5 años; 38,5 a 41,5; 41,5 años a 44,5; 44,5 o más años), en los que se especifica la penalización por cada uno de los meses que anticipe (nuevamente con coeficientes desiguales desde el primer mes anticipado hasta el 24).
  - Y en ese periodo transitorio, la pensión reconocida en ningún caso será inferior a la que habría correspondido con la aplicación de las normas vigentes en 2021, normas que deben entenderse tanto para el coeficiente como para la pensión máxima, de modo que la jubilación anticipada de las personas cuya base reguladora supere la pensión máxima prevista en cada año no podrá ser inferior al resultado de restar a 2.707,49 euros un 0,5 % por trimestre o fracción que anticipe (13,54 €)<sup>22</sup>.

La nueva disposición transitoria trigésima cuarta justifica esta limitación –en su número uno– en que solo se aplicarán los coeficientes transitorios «en la medida en que la evolución de la pensión máxima del sistema absorba completamente el efecto del aumento de coeficientes respecto a los vigentes en 2021 para aquellos trabajadores con base reguladora superior a la pensión máxima». Es decir, la aplicación de los nuevos coeficientes queda condicionada a que la pensión máxima se incremente hasta el punto de que no les suponga ningún impacto negativo. Si sucediese, ya no operarían los importes mínimos derivados del 0,5 % por trimestre o fracción, sino los recogidos en los cuadros previstos en la disposición transitoria trigésima cuarta.

- Nunca llegará a aplicarse a las personas a las que se les haya extinguido el contrato antes de 2022 o incluso después, pero como consecuencia de decisiones adoptadas antes por extinciones colectivas, en términos similares a lo que se fijó en 2013 para la prórroga de la legalidad anterior a esa reforma, pero con matices. Así, se continuará aplicando la legalidad anterior cuando:
  - La extinción se haya producido antes de 2022, siempre que con posterioridad a tal fecha la persona no vuelva a quedar incluida, por un periodo superior a 12 meses, en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

<sup>22</sup> Si anticipa 3 meses o fracción: 2.693,95 euros; si anticipa 6 meses o fracción: 2.680,41 euros; si anticipa 9 meses o fracción: 2.666,87 euros; si anticipa 12 meses o fracción: 2.653,33 euros; si anticipa 15 meses o fracción: 2.639,79 euros; si anticipa 18 meses o fracción: 2.626,25 euros; si anticipa 21 meses o fracción: 2.612,71 euros; si anticipa 24 meses o fracción: 2.599,17 euros.

En este punto, hay que valorar positivamente que permita una nueva inclusión de 12 meses sin que eso implique quedar bajo la nueva regulación, pero entendemos que debería haberse mantenido la anterior regulación sin condicionar a una nueva inclusión, sino a una nueva actividad, para evitar los problemas interpretativos que se produjeron a propósito de las reglas transitorias aprobadas con el RDL 5/2013, que se abordaron con criterios interpretativos divergentes por la DGOSS<sup>23</sup>, ya que la «no inclusión» –en rigor– exigiría pasar a una situación de no alta, dado que tanto las altas como las situaciones asimiladas al alta determinan la inclusión en un régimen.

- La extinción se produzca después de esa fecha como consecuencia de decisiones adoptadas en expediente de regulación de empleo, o en virtud de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa o decisiones adoptadas en procedimientos concursales, que fueran aprobados con anterioridad a 2022.

En cualquiera de estas dos situaciones, la entidad gestora aplicará la legislación que esté vigente en la fecha del hecho causante de la misma, cuando resulte más favorable a estas personas. No es un derecho de opción para el asegurado/a, sino que de oficio la entidad gestora (Instituto Nacional de la Seguridad Social –INSS– o Instituto Social de la Marina –ISM–) aplicará la más favorable.

## 1.4. Jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora

### 1.4.1. Marco general

Frente a los criterios restrictivos previstos para las jubilaciones anticipadas voluntarias, se contempla un trato especial (menos gravoso) para quienes pierdan su empleo por una causa no imputable a la persona trabajadora. El trato preferente ya quedaba patente en la reforma de 2013, y se ha agudizado con la Ley 21/2021, tras la cual se facilita (ampliando los supuestos) y suaviza (no solo porque los coeficientes pasan a ser mensuales, sino porque quedan por debajo de los que hubieran correspondido con la legislación anterior, en especial si solo adelanta el retiro 1 de los 4 años posibles). Este trato preferente se concretaba en cuatro puntos, y tras la Ley 21/2021 hay que añadir un quinto:

- La edad se sitúa dentro de los 4 años antes a la edad ordinaria, no 2.

<sup>23</sup> Sobre los sucesivos criterios interpretativos que se fueron aprobando, *vid.* ampliamente Maldonado Molina (2019, pp. 41 y ss.).





inferior en 2 años a la ordinaria, periodo de carencia de 35 años e importe superior a los mínimos). Es una forma de extender estos beneficios a toda extinción tras la cual el sujeto acabe percibiendo un subsidio asistencial 3 meses antes de la jubilación, si bien estos coeficientes más favorables en la práctica son los relativos a los que procedan por los meses 1 a 6 que adelante, y los meses 22 a 24, ya que de los meses 7 a 20 los coeficientes son iguales (en ningún caso se extenderá más de 24 meses, porque sigue siendo jubilación voluntaria); y tampoco se le aplicará la nueva forma de topar las pensiones máximas.

## 2. Reglas transitorias sobre jubilaciones anticipadas

### 2.1. Aplicación de la legislación anterior a personas trabajadoras con relación extinguida antes del 1 de abril de 2013

El número 5 de la disposición transitoria cuarta de la LGSS ha ido recogiendo las distintas reformas experimentadas en los supuestos para los que la Ley 27/2011 mantenía la vigencia de la legalidad anterior, supuestos que fueron matizándose y prorrogándose con el RDL 20/2018, de 7 de diciembre; norma que parecía dar un trato privilegiado a las personas trabajadoras jubiladas parcialmente frente al resto (y dentro de ellas, a las del sector manufacturero). Este trato preferente se corrigió en parte con el RDL 28/2018, de 28 de diciembre. Nuevas prórrogas llegaron con el RDL 18/2019, de 27 de diciembre (hasta 2021 la prórroga aprobada inicialmente hasta 2020), y con el RDL 2/2021, de 26 de enero (hasta 2022).

Con la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, hay dos cambios en esta materia:

#### 2.1.1. Se mantiene *sine die* la legalidad anterior para las extinciones acaecidas antes del 1 de abril de 2013

Pasa a tener un carácter estructural lo que hasta la fecha se había previsto como coyuntural (aunque en la práctica se prorrogaba reiteradamente). El que haya pasado a consolidarse este régimen transitorio, ya *sine die*, recuerda a los supuestos contemplados precisamente en la misma disposición transitoria cuarta, pero en su número 1 (v. gr., quienes tuvieran la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967). Pero hay una importante diferencia, y es que esos otros supuestos eran residuales, mientras que los que se contemplan en el número 4 siguen representando un porcentaje significativo de los nuevos jubilados/as. No consideramos que ello sea positivo (tampoco lo era cuando era coyuntural, al contrario, porque reflejaba improvisación técnica), porque se trata de eludir normas que se aprobaron hace una década (Ley 27/2011), lo que conduce a mantener vías de jubilación de primera y de segunda clase, que solo generan sentimiento de discriminación e inseguridad.

Continúa habiendo un importante número de personas que se jubilan anticipadamente, pero un porcentaje alto lo siguen haciendo bajo la legalidad anterior a la reforma. Así, según se recoge en el Informe económico-financiero del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social, año 2022:

[...] aún es relevante el número de pensiones que se reconocen según la legislación de 2011. El 18,57 % de las jubilaciones anticipadas, el 39 % en las anticipadas no voluntarias, y el 22,1 % de las jubilaciones ordinarias se realizan de acuerdo con la legislación anterior (DGOSS, 2021, p. 211).

## 2.1.2. Se suprime la opción por la persona interesada

Para estos supuestos, la norma era clara: la disposición final duodécima de la Ley 27/2011 estaba redactada en modo imperativo («Se seguirá aplicando» la legalidad vigente antes de la entrada en vigor de la ley<sup>26</sup>). Sin embargo, la propia DGOSS puso de manifiesto que era un contrasentido que una norma cuya finalidad era dar un trato preferente a un colectivo le impidiera acogerse a la nueva normativa si esta fuese más favorable<sup>27</sup>. El RDL 28/2018, de 28 de diciembre, reconoció expresamente el derecho de opción de las personas interesadas entre la aplicación de la legislación vigente en la fecha del hecho causante o la legalidad vigente antes del 1 de abril de 2013. Esta opción estaba pensada para posibilitar la jubilación anticipada voluntaria, que no era una modalidad prevista antes de 2013, y que da más juego a la autonomía de la voluntad del futuro jubilado/a, aunque el periodo de carencia exigido es de 35 años.

Pues bien, la Ley 21/2021 suprime este apartado del número 5 de la disposición transitoria cuarta de la LGSS, sustituyéndolo por otro que indica que:

Para el reconocimiento del derecho a pensión de las personas a las que se refieren los apartados anteriores, la entidad gestora aplicará la legislación que esté vigente en la fecha del hecho causante de la misma, cuando resulte más favorable a estas personas.

Por tanto, se aplicará de oficio la legalidad anterior o la nueva, según cuál sea más favorable.

<sup>26</sup> «Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta ley».

<sup>27</sup> Criterio 92/2000, de 9 de septiembre. Sobre esta problemática, *vid. in extenso* Maldonado Molina (2019).

## 2.2. Aplicación gradual de coeficientes reductores de la edad cuando la pensión supere el límite máximo de las pensiones (remisión)

Sistemáticamente apuntamos este apartado dentro del bloque relativo al derecho transitorio de las jubilaciones anticipadas, aunque por claridad expositiva lo hemos tratado en el apartado «B) Aplicación de los coeficientes penalizadores cuando la pensión supera el límite máximo de las pensiones», dentro del epígrafe «1.3.2. Reformas introducidas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre», al que nos remitimos.

## 3. Complemento económico para quienes se jubilaron anticipadamente entre 2002 y 2022 reuniendo un largo periodo de cotización y, en su caso, baja cuantía

La Ley 21/2021 introduce un nuevo complemento, destinado exclusivamente a las personas ya jubiladas con la legalidad anterior (en concreto, las que se hayan jubilado en los últimos 20 años, desde enero de 2002 a 31 de diciembre de 2021) y que lo hicieran en unas condiciones que ahora se consideran poco equitativas. A ellas se les aplicarán los nuevos coeficientes para jubilaciones anticipadas. Se recoge en la disposición adicional primera de la Ley 21/2021 (que cambió de ordinal y denominación en la tramitación parlamentaria)<sup>28</sup>, bajo la descriptiva rúbrica «Complemento económico para quienes hayan accedido a la jubilación de forma anticipada entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021 en determinados supuestos de largo periodo de cotización y, en su caso, baja cuantía».

No es la primera vez que en nuestro derecho de la Seguridad Social se aprueba una medida que mejora las pensiones de las personas jubiladas anticipadamente bajo una legalidad anterior. Eso ocurrió con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, cuya disposición adicional cuarta fijó unas reglas para los jubilados/as anticipadamente de modo involuntario antes de 2002, que parcialmente han servido de inspiración a este complemento, reproduciéndose literalmente parte de lo previsto en aquel momento<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Antes de las enmiendas era la disposición adicional única e iba a llamarse «Complemento para mejora de las pensiones de jubilación de los beneficiarios con al menos 44 años y 6 meses de cotización que hayan accedido a la jubilación de forma anticipada entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2021».

<sup>29</sup> No se hablaba de «complemento», sino de «mejora», de modo que no se consideró «pensión de jubilación» (como ahora), sino como «variación de la cuantía de la pensión de jubilación», pero integrándose en la misma a todos los efectos. El importe no era la diferencia entre el marco legal y el nuevo, sino que se fijaban unos incrementos mensuales fijos según la edad a la que se hubiera jubilado. En lo demás, el régimen de la mejora era muy similar al del nuevo complemento, como tendremos ocasión de referir.

Las destinatarias son personas que se jubilaron con carreras de cotización muy abultadas, pese a lo cual su pensión se redujo en unos porcentajes que ahora se consideran excesivos, de modo que con este complemento quiere compensarse el derecho al descanso que tenían, pero que quedó relegado por la edad. Y es que nos encontramos con el clásico dilema de dar más preeminencia a la vida cotizada (que justifica un descanso) o a la edad (que atiende a la presunción de invalidez, penalizándose el retiro a medida que se adelanta la edad). Ambas variables son las que determinan la cuantía de la jubilación (vida laboral/edad), pero ciertamente, cuando una persona inicia prontamente su vida laboral y acumula más de 40 años de actividad, exigirle que se mantenga activa en las mismas condiciones que la que ha trabajado mucho menos no es solidario. Pero tampoco equitativo, si se atiende al esfuerzo de cotización realizado.

Si estamos a los datos recogidos en la memoria del anteproyecto, en 2020 había 237.491 personas jubiladas anticipadamente con 44,5 o más años cotizados<sup>30</sup>, con una pensión media de 1.724,19 euros. De ellas, el 23 % son mujeres y el 77 % hombres (porcentaje de hombres superior al que hay entre quienes se jubilaron con menos años cotizados, que es el 62 %) (MISM, 2021, pp. 95 a 98).

Se basa en la Recomendación 12 del Pacto de Toledo de 2020, donde la Comisión consideró:

[...] esencial, previa identificación del colectivo, analizar los costes financieros y la equidad actuarial de los coeficientes reductores que se aplican en los casos de jubilación anticipada, poniendo especial atención en la forma de acceso a la misma –voluntaria o forzada por las circunstancias–, los supuestos de carreras de cotización prolongadas y el sector de actividad en que se produzca la jubilación.

Por todo ello, la introducción de este complemento debe valorarse muy positivamente en términos de equidad y de solidaridad, porque en la práctica supone aplicar retroactivamente los nuevos coeficientes en caso de que beneficie a la persona asegurada, aunque fijando la fecha de efectos económicos en el 1 de marzo de 2022.

Es irrelevante el tipo de jubilación anticipada (siempre que se produjera anticipadamente con penalización, entre 2002 y 31 de diciembre de 2021), aplicándose tanto a la derivada por causas no imputables a la persona beneficiaria como la voluntaria, procediendo, en su caso, los nuevos coeficientes en vigor desde 2022 para cada caso. No se exige que se hubieran jubilado por las mismas modalidades de jubilación que las actuales (obviamente, ya que se introdujeron en marzo de 2013, y lo ahora aprobado se retrotrae a 2002), pero sí toma como límite temporal el máximo previsto en las actuales jubilaciones anticipadas, de forma que, si la persona anticipó su jubilación más de 4 años en caso de jubilación involuntaria

<sup>30</sup> Según la tipología, 112.277 se jubilaron involuntariamente y 123.264 voluntariamente (MISM, 2021, p. 98).

–que era el supuesto ordinario antes de 2013– o 2 años en caso de jubilación voluntaria, no procederá el complemento. Esta medida afecta, por tanto, a las personas que se jubilaron acreditando 44,5 años (o 40 si la pensión es inferior a 900€) con el régimen introducido:

- Por un lado, por el RDL 16/2001, de 27 de diciembre (y Ley 35/2002, de 12 de julio), así como por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que modificó algunos coeficientes reductores y limitó 1 año el adelanto, pasando a 61 años (en vigor desde 2008). Conforme a este bloque normativo había dos principales modalidades de jubilación anticipada que en el caso de personas con 44,5 años o más cotizados presentaban las siguientes características:
  - Afiliados/as al mutualismo laboral antes de 1967, que a su vez podía derivar del cese voluntario o involuntario:
    - Cese voluntario: hasta 5 años antes de la edad (60 años) y con un coeficiente penalizador del 8 % anual.
    - Cese involuntario: hasta 5 años antes de la edad (60 años) y con un coeficiente penalizador del 6 % anual.
  - Jubilación anticipada común (afiliados/as tras 1967), que solo preveía el cese involuntario, con anticipación de hasta 4 años antes (61 años) y una penalización del 6% anual.
- Por otro, el derivado de la Ley 27/2011 (en la redacción dada por RDL 5/2013), que optó por coeficientes reductores trimestrales y diferencia:
  - la jubilación voluntaria, con retiro desde 2 años antes de la edad, penalizando en caso de más de 44,5 años cotizados un 1,625 trimestral –6,5 % anual– y en caso de acreditar cotizados 41,5 a 44,5 años un 1,750 trimestral –7 % anual–;
  - o por causa no imputable a la persona trabajadora: 4 años antes, con coeficiente del 1,500 trimestral –6 % anual– o 1,625 trimestral –6,5 % anual–, según tuviera más de 44,5 años cotizados, o menos pero más de 41,5<sup>31</sup>.

Como se comprueba, los coeficientes penalizadores vigentes entre 2002 y 2022 no presentan grandes diferencias en términos anuales en caso de jubilación involuntaria, pero sí en el dato de que ahora son mensuales, de modo que es posible que a alguna persona le penalizaran un 6 % por anticipar su jubilación una fracción de año, incluso por días. Ahí es donde está el elemento diferenciador de las nuevas reglas a aplicar.

<sup>31</sup> Sobre esta reforma y las jubilaciones anticipadas, *vid.* Moreno Romero (2014).

Junto a estas circunstancias que deben concurrir en el supuesto de hecho (jubilado/a entre 2002 y 2021, habiéndose retirado como máximo 4 o 2 años antes, según fuese retiro involuntario o voluntario), tienen que darse dos requisitos:

- Acreditar al menos 44 años y 6 meses de cotización, o bien –si la cuantía de su pensión es inferior a 900€ el 1 de enero de 2022– al menos 40 años de cotización. Inicialmente, el proyecto de ley lo limitaba a quien hubiera cotizado 44 años y medio (y de hecho se reflejaba en la denominación original), pero en la tramitación parlamentaria se abrió a las personas que han cotizado 40 o más años, pero la pensión que perciben en 2022 es inferior a 900 euros. En todo caso, condicionarlo a estas largas carreras de seguro tiene un evidente impacto de género, ya que son menos las mujeres que se jubilaron acreditando esos periodos de cotización tan amplios. En 2020, según datos recogidos en la memoria del anteproyecto, frente al 28 % de hombres que se jubilaron (no solo por esta modalidad) acreditando 44,5 años cotizados, solo el 15,5 % de las mujeres lo reunían (MISM, 2021, pp. 93 y 94).
- Que la cuantía de la pensión inicial hubiera sido superior si se le hubieran aplicado los coeficientes reductores vigentes a 1 de enero de 2022.

El importe será por la diferencia entre lo que se le reconoció inicialmente y lo que con los nuevos coeficientes hubiera obtenido. Ahora bien, como pensión que es<sup>32</sup>, se le aplican los límites máximos (art. 57 LGSS) y mínimos correspondientes. Respecto de estos últimos, procederá –en su caso– la absorción del complemento por mínimos que se viniera percibiendo. Esta regla –del todo lógica, y que también se preveía en la Ley 40/2007 para las personas jubiladas antes de 2002– hará que en muchos casos esta medida quede neutralizada, sobre todo en el segundo supuesto previsto (pensiones inferiores a 900€ si cotizaron 40 o más años). Por otro lado, cuando se trate de pensiones reconocidas al amparo de normas internacionales, para fijar el importe del incremento mensual serán de aplicación las reglas establecidas en dichas normas sobre determinación y cálculo de la cuantía de las pensiones (regla idéntica a la fijada en su momento por la disp. adic. cuarta Ley 40/2007).

El procedimiento de reconocimiento de este complemento se tramita de oficio, dando la Ley 21/2021 para ello a la entidad gestora un plazo de 3 meses, desde el 1 de enero de 2022, situando los efectos económicos antes de que finalice ese plazo: el 1 de marzo de 2022<sup>33</sup>. El

<sup>32</sup> El número 3 de la disposición adicional primera subraya que el nuevo complemento tendrá la naturaleza de pensión de jubilación, abonándose en 14 pagas.

<sup>33</sup> Al igual que se indicaba en la disposición adicional cuarta de la Ley 40/2007, innecesariamente, el número 4 de la disposición adicional primera enumera los recursos de los que debe valerse la entidad gestora (INSS/ISM). Entendemos que lo que quería transmitir es que no debe requerir a las personas beneficiarias información alguna, debiendo recurrir a los datos obrantes en dicha Administración, pero por ello consideramos que hubiera bastado con aclarar esto último, sin enumerar los recursos de los que debe valerse.

antecedente normativo de esta medida (la Ley 40/2007) fijaba exactamente el mismo procedimiento y plazo de 3 meses que el ahora fijado, aunque en aquella ocasión los efectos se retrotrajeron al 1 de enero del año anterior al que entró en vigor la norma (2007), mientras que ahora han sido menos generosos y los sitúan el 1 de marzo del año de su vigencia.

Pero parece que algunos de los grupos que apoyaron esta medida no confían en que sea suficiente, ya que en la tramitación parlamentaria se aprobó una propuesta del Grupo Parlamentario Plural, concretada en la disposición adicional primera bis, en la que manda al Gobierno la elaboración (en el plazo de 1 año) de un informe relativo a este complemento, «analizando la aplicación de la medida propuesta, así como su impacto de acuerdo con los contenidos de la Recomendación 12.<sup>a</sup> del Pacto de Toledo de 2020», pero –como decimos– parece que estima que no será del todo efectiva, porque a continuación precisa que este informe «contendrá, asimismo, la relación de medidas y cambios legislativos a aprobar en el caso de que la eficacia de la nueva medida implantada no haya resultado eficaz para la obtención de los efectos que inicialmente justificaron su adopción».

Dado que los nuevos coeficientes por jubilación involuntaria son muy similares a los existentes previamente, es de esperar que entre ese colectivo el importe del complemento sea poco elevado, y mayor entre quienes se jubilaron voluntariamente, como recoge la memoria que acompañó el anteproyecto de ley. En ella, el ministerio ya hizo una estimación del número de beneficiarios/as y coste (MISM, 2021, pp. 107 y 108) (sobre el 81,2 % de las potenciales personas beneficiarias, que es de las que disponían de datos, es decir, 192.906 pensionistas), concluyendo que este complemento tendrá un coste anual de 45,72 millones de euros, calculando un compromiso de futuro de 765,53 millones de euros. Los datos recogidos en la memoria son de gran interés, revelando que el gasto global será tres veces más alto para las voluntarias que las involuntarias, si bien el número de potenciales personas beneficiarias por una u otra modalidad es muy similar (algo más alto en las involuntarias).

## 4. La jubilación a edades reducidas

### 4.1. Consideraciones generales

#### 4.1.1. Una errónea sistemática y un renovado debate judicial

El adelanto de la edad ordinaria de jubilación por aplicación de bonificaciones por haber realizado un trabajo penoso, tóxico, peligroso o insalubre, o por las características singulares de la persona trabajadora (caso de personas trabajadoras con discapacidad), hasta 2022 se contemplaba conjuntamente en el artículo 206 de la LGSS, bajo la rúbrica «Jubilación anticipada por razón de la actividad o en caso de discapacidad», pasando tras la Ley 21/2021 a desgajarse los dos supuestos, manteniendo el 206 para el adelanto

por motivo de la actividad y añadiendo un 206 bis para el adelanto por motivos de discapacidad. Consideramos acertada la regulación separada de la reducción de edad por la actividad y por la discapacidad (que ya propuso el Acuerdo social de 1 de julio de 2021) por una doble razón. Una, porque las causas y lógica de uno y otro supuesto son muy diferentes. Y otra procedimental, ya que con la reforma se introducen reglas novedosas y concretas para la reducción por la actividad realizada, que en nada son de aplicación a las correspondientes a personas con discapacidad, como ocurre por ejemplo con el procedimiento para solicitar la reducción y la revisión de los coeficientes cada 10 años. No obstante, siguen manteniendo reglas comunes, lo cual obliga al legislador a ser reiterativo en algunos puntos, como es el número 2 del artículo 206 bis, que reproduce el número 6 del artículo 206, cuestión que podría haberse evitado con un artículo dedicado a «reglas comunes para supuestos de reducción de la edad ordinaria»<sup>34</sup>.

No obstante, se mantiene la equívoca –a nuestro juicio– calificación de «jubilaciones anticipadas»; equívoca porque consideramos que se trata de supuestos distintos, ya que el ordenamiento establece una *factio iuris* mediante la cual se entiende cumplida la edad ordinaria de jubilación antes de los 65/67 años en compensación al mayor sacrificio realizado en su vida laboral. Y es que el que la norma fije una edad ordinaria de jubilación no significa que toda jubilación anterior a esa fecha será «jubilación anticipada» y toda posterior «jubilación retrasada». Las jubilaciones anticipadas implican una penalización, y el dato de que no se penalice ya es ilustrativo de que no se anticipa nada. En este mismo sentido, el TS consideró –aunque es una sentencia declarada nula por el Tribunal Constitucional (TC)– que no son jubilaciones anticipadas, remarcando (a efectos de si puede proceder la incapacidad permanente tras la edad de retiro aplicable por discapacidad) que:

[...] tenemos los supuestos en que la edad ordinaria pasa a ser otra diferente en razón de la actividad profesional o de la situación física del trabajador [...]. Con ello queremos poner de manifiesto que la jubilación ordinaria no solo es la que establece el art. 205 sino que, junto a ella, hay otras que merecen igual calificativo al constituirse como jubilaciones propias y autónomas, como son las del art. 206 de la LGSS y sin coste en la protección (STS 541/2020, de 29 de junio).

Frente a ello, el TC entiende –con una interpretación sistemática– que al estar englobados estos supuestos en la LGSS bajo la denominación de «jubilación anticipada» es irrelevante el motivo o la causa que produce un adelantamiento de la edad de jubilación establecida, de modo que «en este marco sistemático, la jubilación "anticipada" solo puede interpretarse

<sup>34</sup> El número reiterado señala que la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará lugar a que el interesado/a pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años. Y los coeficientes reductores de la edad de jubilación no serán tenidos en cuenta, en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos en el artículo 210.2 y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

como lo que su propia denominación indica, una jubilación que se anticipa a la prevista» (Sentencia del TC 172/2021, de 7 de octubre)<sup>35</sup>. Por ello, debemos subrayar que la LGSS arrastra –a nuestro juicio– desde la reforma introducida por el artículo 3 de la Ley 40/2007<sup>36</sup> una errónea sistemática a la hora de regular la edad reducida por actividad o discapacidad. No anticipa nada, porque esa es su edad. Con la Ley 21/2021 se ha perdido la oportunidad de corregir esa incorrecta denominación, que conduce a interpretaciones como la realizada por el TC en su Sentencia de 7 de octubre de 2021, que en la práctica implica permitir solicitar la incapacidad permanente a alguien que lleva años como jubilado, lo cual no tiene sentido, ya que la incapacidad permanente determina quedar incapacitado para seguir trabajando, cosa que no procedía ya en tal caso.

#### 4.1.2. Mecanismos reductores: la supresión de la edad mínima inferior tras la Ley 21/2021

Hasta 2022, la edad reducida podía calcularse bien aplicando unos coeficientes reductores por tiempo trabajado en esa situación (supuesto más frecuente), bien fijando una edad mínima inferior a la ordinaria (común para ese colectivo), de modo que para cada persona trabajadora en la que concurran las circunstancias previstas esa será su edad ordinaria de jubilación. Así, la LGSS (art. 206.1) contemplaba establecer reglamentariamente un procedimiento para rebajar la edad de jubilación (el Real Decreto –RD– 1698/2011, que aún recoge dos alternativas, bien aplicar coeficientes reductores a la edad, bien fijar una edad mínima reducida). Pero solo un colectivo ha culminado el procedimiento previsto en el RD 1698/2011 (policías locales) (aunque la Policía Foral de Navarra y Mossos d’Esquadra lo habían iniciado, no se ha aprobado por real decreto, sino por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2022 –LPGE/2022–, y por tanto fuera de ese procedimiento), y lo hizo a partir de 2019 con el sistema de coeficientes reductores. Si ampliamos el rastreo a colectivos que se acogieron a ese sistema fuera del RD 1698/2011, vemos que solo en contadas ocasiones se optó por una edad mínima inferior (artistas, toreros y personas con discapacidad del 45 %). Es un sistema rígido que no atiende al tiempo expuesto a la situación penosa o peligrosa, sin que esté a las circunstancias singulares, e introduciendo en el procedimiento una complejidad adicional innecesaria, ya que el modelo de atención centrado en la persona trabajadora aconseja aplicar coeficientes reductores y no una edad rígida para todos, por lo que hay que felicitarlos por su supresión.

<sup>35</sup> Sentencia que cuenta con dos votos particulares y que considera que la interpretación realizada por la STS 512/2020 conlleva una discriminación por motivo de discapacidad, declarándola nula.

<sup>36</sup> La Ley 40/2007, en su artículo 3.2, suprimió los apartados 2 y 3 del artículo 161 de la LGSS, que regulaban separadamente las jubilaciones anticipadas y las edades reducidas. Nos mantenemos en este punto en lo que ya cuestionamos en su momento (Maldonado Molina, 2008, p. 312).

Por lo demás, como viene sucediendo desde la Ley 40/2007, la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que la persona interesada pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años. Se entenderá cumplida esa edad ficticia a efectos del acceso a la prestación y para la determinación de la cuantía. No obstante, hay que recordar que desde 2008 no es una asimilación a todos los efectos, al exigirse la edad real sin posibles reducciones para otras reglas relativas a la jubilación (jubilación parcial, jubilación demorada, jubilación anticipada para los afiliados/as al mutualismo laboral antes de 1967); restricciones que se mantienen tras la Ley 21/2021<sup>37</sup>.

## 4.2. Reducción de la edad por la actividad realizada

Su justificación y necesidad son claras, dado que dan respuesta al envejecimiento prematuro que esos puestos de trabajo normalmente conllevan, o por razón de la actividad desempeñada resulta inviable realizar adecuadamente el trabajo. Y han cobrado más demanda en la medida en que se han incrementado la edad ordinaria de jubilación y la mayor penalización de las jubilaciones anticipadas, evidenciando más que nunca que el retraso de la edad ordinaria tiene un impacto absolutamente desigual en las personas según el tipo de actividad laboral que realizan, como es lógico.

### 4.2.1. Los escasos supuestos previstos hasta ahora

En nuestro sistema hay un déficit en la cobertura de estas situaciones, detectado y denunciado desde hace décadas, pudiendo afirmarse respecto de los supuestos previstos que «ni están todos los que son, ni son todos los que están». Es especialmente llamativo que los sectores con mayor tasa de morbilidad o mortalidad en el trabajo no sean acreedores de una jubilación a edad reducida por peligrosidad o penosidad<sup>38</sup>. La causa de su desatención debe conectarse con la estructura del ámbito subjetivo del sistema, y es que no por coincidencia la mayor parte de los colectivos privilegiados son o han sido un régimen especial, de modo que dentro de su acervo propio se encuentra la edad ordinaria reducida.

<sup>37</sup> Así, tanto el artículo 206.6 de la LGSS como el nuevo 206 bis.2 de la misma norma reiteran la regla prevista en el antiguo 206 de la LGSS. Y lo mismo sucede respecto de los afiliados/as antes de 1967, que pueden jubilarse a partir de los 60 años, edad que no podrá resultar de aplicar los coeficientes reductores previstos en los artículos 206 y ahora 206 bis de la LGSS (disp. trans. cuarta LGSS). En ese mismo sentido, el artículo 7 del RD 1698/2011, de 18 de noviembre. La Ley 21/2021 actualiza la remisión normativa recogida en la disposición transitoria undécima de la LGSS.

<sup>38</sup> Algunos colectivos intentaron una aplicación analógica de estos beneficios, sin obtener satisfacción a sus pretensiones, como es el caso de las personas trabajadoras de centrales nucleares (STS de 21 de enero de 1998).

Una escueta enumeración de los supuestos previstos hasta la fecha evidencia lo poco que se ha avanzado en esta fórmula de retiro, aunque con la LPGE/2022 se han incorporado dos colectivos que llevaban años reclamándolo: a) Régimen especial del mar; b) Trabajadores del régimen especial de la minería del carbón y del Estatuto del Minero; c) Ferroviarios; d) Artistas; e) Profesionales taurinos; f) Personal de vuelo de trabajos aéreos; g) Bomberos al servicio de Administraciones u organismos públicos; h) Ertzaintza; i) Policía local; j) Mossos d'Esquadra; k) Policía Foral de Navarra.

La regulación de los bomberos (2008) marcó las condiciones a las que accedieron posteriormente otros empleados públicos (Ertzaintza, Policía local, Mossos d'Esquadra, Policía Foral de Navarra) y al régimen previsto en el RD 1698/2011, y es que para financiar el coste adicional que este adelanto ocasiona al sistema se fija un tipo adicional de cotización a la cuota obrera y a la patronal; cuestión que se contempla también en la reforma de 2022 para futuros supuestos. Los supuestos aprobados en la LPGE/2022 mantienen este esquema protector, en el que también la edad tiene topes mínimos superiores a los colectivos tradicionales: 59/60 años, según la cotización que acrediten.

El párrafo cuarto del artículo 206.1 de la LGSS precisaba que el establecimiento de coeficientes reductores de la edad «conllevará los ajustes necesarios en la cotización para garantizar el equilibrio financiero»; inciso que desaparece tras la Ley 21/2021, pero, dado que el nuevo número 4 del artículo 206 desarrolla esta misma medida, indica que con la finalidad de mantener el equilibrio financiero del sistema la aplicación de los coeficientes reductores que se establezcan llevará consigo un incremento en la cotización a la Seguridad Social, a efectuar en relación con el colectivo, sector y actividad que se delimiten en la norma correspondiente, en los términos y condiciones que, asimismo, se establezcan. Dicho incremento consistirá en aplicar un tipo de cotización adicional sobre la base de cotización por contingencias comunes, tanto a cargo de la empresa como de la persona trabajadora.

#### 4.2.2. El ineficiente reglamento para fijar coeficientes reductores y anticipar la edad

Ya el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006 plasmó la necesidad de extender las edades reducidas a nuevos colectivos, que se realizará mediante un procedimiento reglamentario (contemplado en la disp. adic. segunda Ley 40/2007, de 4 de diciembre<sup>39</sup>). El tan ansiado procedimiento general se aprobó mediante RD 1698/2011, de 18 de noviembre. Pero finalmente ha resultado frustrante, dado que contiene un procedimiento complejísimo, en el que se ven involucrados numerosos actores, y en la práctica lo

<sup>39</sup> La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en su artículo 26.4, contempló la posibilidad de que las personas trabajadoras autónomas puedan jubilarse «anticipadamente» «en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan». Cfr. Moreno Romero (2017).

hace casi inviable, y de hecho solo un colectivo lo ha conseguido culminar exitosamente en los 10 años que lleva aplicándose. Se instaura un procedimiento *ad hoc* que exige la realización previa de estudios sobre siniestralidad en el sector y la intervención de actores muy diversos, tanto sociales como institucionales.

El RD 1698/2011 prevé dos situaciones diferentes, a las que les anuda un tipo de reducción diferente (arts. 2 y 3): «reducción de la edad de jubilación» (se reduce la edad proporcionalmente, aplicando un coeficiente reductor en función del tiempo efectivamente trabajado) y «anticipación de la edad de jubilación» (se fija una edad mínima de acceso a la jubilación). Pues bien, tras la Ley 21/2021, el nuevo artículo 206.1 de la LGSS parece suprimir el segundo supuesto, ya que pasa a indicar que reglamentariamente «se determinará el procedimiento general *para establecer coeficientes reductores que permitan anticipar la edad de jubilación*» (en cursiva la modificación introducida), lo que excluye que pueda aplicarse una edad mínima anticipada, cosa que no se limitaba en la redacción inicial del artículo 206, que se remitía al reglamento que establecería «el procedimiento general que debe observarse para rebajar la edad de jubilación».

La realidad es que el proceso previsto en el Reglamento de 2011 no es fácil. Lo han solicitado cerca de treinta colectivos<sup>40</sup>, y solo se ha finalizado el procedimiento en un caso. Se han presentado diversas iniciativas parlamentarias (proposiciones no de ley) instando a establecer coeficientes a actividades y colectivos profesionales<sup>41</sup>. En las enmiendas presentadas a la Ley 21/2021, quedaron en el tintero otros, como el Cuerpo de Agents Rurals de la Generalitat de Catalunya y Cuerpo General de Policía Canaria. Y en la negociación colectiva también se ha plasmado la voluntad de los agentes sociales de acudir a esta vía<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Entre ellos, Bombeiros de Galicia, Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, Empresa de Transformaciones Agrarias, SA, y Navantia; Trabajadores/as de la enseñanza; Personal del Centro de Seguridad Marítima Jovellanos; Actividades con riesgo de exposición al amianto; Técnicos de mantenimiento y personal certificador de mantenimiento de aeronaves civiles; Policías locales; Trabajadores del Ferrocarril Metropolitano de Barcelona; Sector de la fundición de hierro colado; Sector de fundición de metales; Responsables y auxiliares de la empresa Administración de Estructuras Ferroviarias; Trabajos de pocería en el sector de la construcción; Trabajos de túneles y obras subterráneas sector construcción; Befesa, Gestión de Residuos Tóxicos Industriales; Alcoa Inespal (Avilés); Industrial Química del Nalón; Conductores mecánicos de transporte de mercancías por carretera; Policía portuaria en Puertos del Estado; Nissan Motor Ibérica; Buceadores profesionales; Sector de seguridad privada; Responsables y auxiliares de circulación de ferrocarriles de la Generalitat Valenciana; Trabajadores de las empresas auxiliares de instalaciones de la industria petroquímica; Policía Foral de Navarra; Mossos d'Esquadra (estos dos últimos ya lo han conseguido en 2022).

<sup>41</sup> Colectivos de rederas, neskattillas y empacadoras del régimen especial del mar; Cuidadores de personas dependientes; Policía Foral de Navarra; Camareras de piso; Personal de vigilancia y protección física en la instalación de almacenamiento de residuos radiactivos de El Cabril; Trabajadores del sector de conductores profesionales.

<sup>42</sup> Convenio colectivo (CC) estatal empresas de seguridad para los años 2022, 2021 y 2017 (Rs. 29-12-2021; Rs. 18-11-2020 y Rs. 19-1-2018); II y I CC entidades públicas empresariales ADIF (Rs. 4-7-2019 y

En la misma línea abundan el renovado Pacto de Toledo de 19 de noviembre de 2020 (Recomendación 12) y el Acuerdo social de 1 de julio de 2021, donde los agentes sociales y el Gobierno acordaron la modificación del procedimiento de solicitud (se precisó además que la iniciación del procedimiento debe ser formulada conjuntamente por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, como se recoge finalmente en la Ley 21/2021), y se señala que la fijación de indicadores que acrediten la concurrencia de circunstancias de penosidad o peligrosidad será objeto de desarrollo reglamentario, que se abordará en el marco del diálogo social.

Se es plenamente consciente del atasco de solicitudes que hay, acordándose que:

[...] respecto a las solicitudes ya presentadas, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones establecerá en el plazo de 6 meses un calendario para la resolución de los expedientes, priorizando de acuerdo con criterios objetivos de resolución de los mismos.

Esta medida, sin embargo, no se ha plasmado en la Ley 21/2021.

La disposición final segunda de la Ley 21/2021 encomienda al Gobierno a adaptar el marco regulador establecido en el RD 1698/2011 en el plazo de 3 meses desde el 1 de enero de 2022, en los términos que previamente sean acordados con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Pero ya el nuevo artículo 206.3 de la LGSS permite inferir que se camina a un procedimiento más ágil, en el que se trabaje sobre indicadores generales previos<sup>43</sup>. Y al efecto crea una Comisión, integrada –como se recogió en el Acuerdo social de 1 de julio de 2021– por los Ministerios de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Trabajo y Economía Social, y Hacienda y Función Pública, junto a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal. El Acuerdo social de 1 de julio de 2021 no lo limitaba a las de este ámbito estatal; limitación que fue objeto

---

Rs. 13-5-2016); CC Grupo Acrismatic (Rs. 19-3-2019); V, IV y III CC Intervención Social de Bizkaia (Rs. 17-12-2018; Rs. 13-3-2015; Rs. 17-5-2013); CC estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (Rs. 23-3-2018); VI, V y IV CC supermercados Grupo Eroski (Rs. 14-2-2018; Rs. 13-5-2013; Rs. 17-2-2012); CC sector siderometalúrgico de León para los años 2015, 2016, 2017 (Rs. 7-1-2016); CC de trabajo de la empresa Bufete Navarro y Asociados Bancario Valencia (Rs. 14-6-2012); CC empresa Distribuciones Juan Luna, SL (Rs. 26-04-2012); III CC empresa Consum (Rs. 30-1-2012); CC del sector de la construcción de Cantabria para 2012 (Rs. 2-1-2013), y para el periodo 2017-2021 (Rs. 5-1-2018); V CC del sector de la construcción (Rs. 28-2-2012); CC general del sector de la construcción (Rs. 21-9-2017); CC del sector de industrias de la construcción y obras públicas de la provincia de Granada, años 2016-2022 (Rs. 2-8-2021); CC de construcción y obras públicas de la provincia de Burgos (Rs. 19-2-2018).

<sup>43</sup> Así, dispone que:

Reglamentariamente se establecerán indicadores que acrediten la concurrencia de circunstancias objetivas que justifiquen la aplicación de tales coeficientes a partir de, entre otros, la incidencia, persistencia y duración de los procesos de baja laboral, así como las incapacidades permanentes o fallecimientos que se puedan causar.

de alegaciones en la tramitación parlamentaria<sup>44</sup>. Esta Comisión será a la que encarga evaluar y, en su caso, instar la aprobación de los correspondientes reales decretos de reconocimiento de coeficientes reductores.

Con ello se evitará tener que hacer estudios *ad hoc*, que en algún caso puede que incluso sean informes contradictorios, y que inevitablemente hacen que sea un procedimiento farragoso, en el que se parte de cero ante cada solicitud, cuando hay elementos que pueden ser objetivados. No obstante, el retraso no se puede achacar a que intervengan diversas instituciones, ya que eso mismo ocurre con el procedimiento previsto para las personas trabajadoras incluidas en el Estatuto Minero (RD 2366/1984, de 26 de diciembre)<sup>45</sup>, y que está siendo muy prolífico en cuanto a resoluciones dictadas por la propia DGOSS, ya que en los últimos 20 años se han dictado 1.127 resoluciones asignando coeficientes reductores<sup>46</sup>.

Uno de los pocos aspectos que se recoge en la LGSS tras la Ley 21/2021 es la legitimidad para iniciar el procedimiento. Así, el artículo 206.2 solo prevé que pueda instarse conjuntamente (como se recogió en el Acuerdo social de 1 de julio de 2021):

- por organizaciones empresariales y sindicales más representativas, si el colectivo afectado está constituido por trabajadores/as por cuenta ajena;
- por asociaciones representativas de trabajadores/as autónomos y organizaciones empresariales y sindicales más representativas, cuando se trate de trabajadores/as por cuenta propia;
- por las organizaciones sindicales más representativas y la Administración de la que dependa el colectivo, cuando el procedimiento afecte al personal de las Administraciones públicas.

El RD 1698/2011 originalmente exigía que se tratara de organizaciones «más representativas a nivel estatal», cuestión que fue recurrida por el sindicato USO, declarando el TS nulo ese inciso<sup>47</sup>. Por tanto, el RD 1698/2011 no exige la mayor representatividad. Por otro lado, el RD 1698/2011 habla de que tiene que ser «a instancia de los empresarios y trabajadores». El utilizar la conjunción «y» pudiera interpretarse en el sentido de que la petición

<sup>44</sup> A cargo de los Grupos Parlamentarios Republicano y Euskal Herria Bildu.

<sup>45</sup> La solicitud de asignación de coeficientes se efectuará por la representación de las personas trabajadoras, electiva o sindical, a la DGOSS, que es quien resuelve tras los informes del Instituto Nacional de la Silicosis, la Administración autonómica correspondiente en materia de salud laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>46</sup> Pueden consultarse en el Boletín Informativo de la Seguridad Social (BISS), acotando la búsqueda por años ([https://w6.seg-social.es/bissWeb/BusquedaDisposicionesAction\\_int.do?reqCode=display&menuOption=BD](https://w6.seg-social.es/bissWeb/BusquedaDisposicionesAction_int.do?reqCode=display&menuOption=BD)).

<sup>47</sup> STS (Contencioso-Administrativo) de 22 de octubre de 2012 (rec. 816/2011) (BOE de 1 de junio de 2013).

debe ser «conjunta». Pues bien, inicialmente, la DGOSS no requería que fuese una petición conjunta, cosa que cambió en julio de 2017, aprobándose una circular por la que condicionaba la solicitud de nuevos colectivos a que fuese conjunta de las organizaciones sindicales y empresariales, cambio que en la práctica se tradujo en que se redujeran drásticamente las nuevas solicitudes<sup>48</sup>.

Frente a estas interpretaciones (no necesidad de organizaciones más representativas ni petición conjunta), el nuevo artículo 206 incorpora a la LGSS la exigencia de que deba «instarse conjuntamente por organizaciones empresariales y sindicales más representativas». Con esta dicción se eleva a rango legal lo que era un criterio administrativo, sin que pueda alegarse que es un cambio inmotivado de la Administración, ya que desde 2022 aplicará en sentido literal la norma, que no admitirá interpretación al respecto. Y recupera la exigencia de que sean organizaciones más representativas, pero no a nivel estatal, como la redacción original exigía, y que fue declarada nula por el TS en 2012.

El que tras la reforma introducida por la Ley 21/2021 solo pueda iniciarse a instancia conjunta por organizaciones más representativas supone una notable restricción, dejando el monopolio de la solicitud a los sindicatos más representativos, lo cual no solo deja fuera al resto de sindicatos, sino que cierra a que –como hasta ahora ocurría– los grupos parlamentarios instasen al Gobierno a contemplar coeficientes reductores de la edad para colectivos varios, cosa que ocurría frecuentemente. Es una limitación lógica si se tiene en cuenta que la aplicación de los coeficientes conlleva un incremento de la cuota obrera y patronal, incremento que se subraya legamente en el nuevo número 4 del artículo 206, además de que en la valoración de la existencia de circunstancias que justifiquen la aplicación de tales coeficientes participa la patronal, tanto en el procedimiento inicial como el nuevo contemplado en el artículo 206.3 de la LGSS, por lo que permitir el inicio del procedimiento sin contar con la patronal es un camino destinado al fracaso.

Pero el que desaparezca la vía de oficio (Administración) no debe desresponsabilizar al Gobierno o al Parlamento de actuaciones en este campo, aunque se cursarían fuera del RD 1698/2011, usando la ley, como de hecho ha ocurrido en los últimos supuestos contemplados (Mossos, Policía Foral), que comenzaron bajo el procedimiento del Reglamento de 2011, pero finalizaron en la LPGE, no en real decreto. Esto podría ser especialmente relevante para colectivos laborales con baja presencia sindical o patronal (piénsese en las

---

<sup>48</sup> El 21 de mayo de 2018, la DGOSS desestimó la solicitud formulada por CGT, al considerar que se precisaba la actuación conjunta de las organizaciones empresariales y sindicales. Sin embargo, los tribunales entendieron que la Administración cambió inmotivadamente de criterio, vulnerándose el principio de confianza legítima, siendo lo contrario además una interpretación que limita la efectividad de los derechos fundamentales (derechos sindicales), rechazando que dicha petición deba iniciarse necesariamente de forma conjunta sindicatos y patronal (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 552/2021, de 30 de septiembre).

personas cuidadoras de dependientes o en las empleadas del hogar). Por ello, entendemos que el que se haya omitido la iniciación de oficio del procedimiento reglamentario no es obstáculo para que legalmente se contemplen otros colectivos en los que el interés público prime frente al acuerdo social de instar tales coeficientes.

El nuevo artículo 206.3 aclara el contenido que debe tener la solicitud, lo que evitará que posteriormente sea necesario requerir a quien lo solicite información adicional (que es una de las causas en la lentitud en la gestión de estos expedientes)<sup>49</sup>.

### 4.2.3. Revisión decenal de los coeficientes reductores por actividad

Otra novedad introducida por la Ley 21/2021 (prevista en el Acuerdo social de 1 de julio de 2021) es el nuevo artículo 206.5 de la LGSS, tras el cual los coeficientes reductores establecidos no se mantendrán indefinidamente en el tiempo, sino que se obliga a ser reconsiderados (revisados) cada 10 años, con sujeción al procedimiento que se determine reglamentariamente. En caso de que se revisen, los efectos de la revisión no afectarán a la situación de las personas trabajadoras que, con anterioridad a la misma, hubiesen desarrollado su actividad y por los periodos de ejercicio de aquella. Se atiende así a la incidencia que las nuevas tecnologías pueden tener en la penosidad o peligrosidad de una actividad, que pueden determinar cambios en los sistemas productivos en los que se reduzcan los esfuerzos o riesgos, en consonancia a la filosofía de potenciar la prevención frente a la reparación, adaptando el trabajo a la persona, con lo que se evita que los trabajos penosos aparezcan como una situación inalterable durante la vida laboral, y cuyo desgaste se compensa con el adelanto de la edad de jubilación.

## 4.3. Reducción de la edad por discapacidad

Junto a la baja tasa de actividad de las personas con discapacidad (en especial las de tipo intelectual), hay otra característica de especial interés para lo que nos ocupa, y es la elevada edad media de las personas que prestan sus servicios en los centros especiales

<sup>49</sup> En particular, la solicitud (presentada por medios telemáticos):

[...] deberá ir acompañada de la identificación de la actividad laboral a nivel nacional a través de la categoría CNAE, subgrupo CNAE secundario, subgrupo y grupo de la clasificación nacional de actividades económicas, así como de la identificación de la ocupación o del grupo profesional, según el caso, especificando, en ambos supuestos, las funciones concretas que se desarrollan y que determinan que la actividad laboral que se realiza es de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y que acusa elevados índices de morbilidad o mortalidad, [...];

datos que permitirán agilizar el procedimiento, evitando tener que concretar dicha información posteriormente, evitando que la Administración tenga que solicitar la subsanación.

de empleo. Según datos de la Asociación Empresarial para la Discapacidad (AEDIS, 2020), más de la mitad de las plantillas de tales centros tiene 45 años o más, tendencia creciente. Tan importante como posibilitar su acceso es permitir una salida adecuada a sus singularidades, evitando una agónica permanencia en «activo» en la que el trabajo no sea ya una opción viable, sin alternativas para una salida por quedar su edad de jubilación aún lejana. Y ciertamente ese es el escenario actual, ya que las medidas específicas que se contemplan (el adelanto de la edad ordinaria) son insuficientes, como pasamos a explicar a continuación.

La Ley 35/2002, de 12 de julio, introdujo una vía de reducción de la edad ordinaria de jubilación, que hasta entonces solo se contemplaba debido a la actividad realizada, y desde entonces se atiende a criterios subjetivos de las personas trabajadoras: su discapacidad. Busca paliar el mayor esfuerzo y la penosidad que ocasiona para una persona trabajadora discapacitada la realización de una actividad profesional, circunstancia que puede posibilitar la reducción ordinaria de la edad de jubilación. Inicialmente se preveía solo para personas con una discapacidad de más del 65 % (con una reducción de hasta los 52 años, mediante la aplicación de coeficientes reductores), pero la Ley 40/2007 añadió otro supuesto: personas con discapacidad con un grado superior al 45 %, siempre que se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas, exigiendo adicionalmente una serie de particularidades, la más relevante de las cuales es que la edad mínima es fija: 56 años. Se regulaba juntamente con el anticipo de edad por la actividad realizada, en el artículo 206 de la LGSS, desarrollado para el primer supuesto (supuesto ordinario) en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, y para el segundo (supuesto especial) en el RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

Tras la Ley 21/2021 (y siguiendo lo previsto en el Acuerdo social de 1 de julio de 2021), la LGSS dedica un precepto específico a este supuesto: el artículo 206 bis de la LGSS (regulación separada que hemos indicado que hay que valorar positivamente), cuyo contenido es en esencia idéntico al que se contemplaba en el antiguo 206, con una sola diferencia, y es que para los supuestos de discapacidad superior al 45 % ya no se exige que las evidencias determinen de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida, sino que sean evidencias «contrastadas» (aquí está la novedad del 206 bis) que determinan de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida.

Pero donde se habían detectado importantes limitaciones era en el desarrollo reglamentario de la ley. Así, en el supuesto ordinario, poder jubilarse a los 52 años, en la práctica, queda reservado para las personas que se benefician del coeficiente del 0,5, ya que con el 0,25 es matemáticamente imposible reducir la edad hasta los 52. Recuérdese que los coeficientes reductores de la edad aplicables son como regla general 0,25 por año trabajado, mientras que se eleva a 0,5 por año trabajado cuando, además de tener una discapacidad de al menos el 65 %, se acredite la necesidad del concurso de otra persona para la realización

de los actos esenciales de la vida ordinaria<sup>50</sup>. Y en el supuesto especial, la edad de 56 años es demasiado alta para determinados perfiles (especialmente discapacidad intelectual).

Son unas reglas muy restrictivas. En el Pacto de Toledo (2020), en su Recomendación número 8 (titulada «Personas con discapacidad»), se propone corregir la regulación de la anticipación de la edad de jubilación para personas con discapacidad<sup>51</sup>. El 3 de noviembre de 2020, el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones aportó en el Senado unos datos demoledores respecto de su eficacia: en los últimos 10 años, solo se han acogido a la jubilación anticipada para personas trabajadoras con discapacidad igual o superior al 45 % 2.675 personas. Un «año normal», como 2015, fueron 345<sup>52</sup>. Por tanto, es una medida ineficiente.

Sin embargo, el proyecto de ley aprobado el 6 de septiembre de 2021 no contemplaba originalmente ningún cambio, sin reflejar lo aprobado en el Pacto de Toledo. Fue en el informe de la ponencia de 26 de noviembre de 2021 cuando se incorporó la nueva disposición adicional tercera, titulada «Mejora del marco regulador del acceso a la pensión de jubilación de las personas con discapacidad», que da un plazo de 6 meses al Gobierno para remitir a dicha Comisión parlamentaria «un informe acerca de los aspectos relacionados con la protección social de las personas con discapacidad que se recogen en la Recomendación 18 del Pacto de Toledo». La norma pone el acento en las personas con discapacidad intelectual (son las que experimentan más dificultades de mantenimiento del empleo con una edad avanzada), precisando que esa particular atención debe prestarse al colectivo de personas:

[...] que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo como las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental o con discapacidad intelectual, incluidas las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %.

<sup>50</sup> La necesidad de ayuda de tercera persona es una cuestión del ámbito social, no sanitario, por lo que no consideramos que deba acreditarse mediante los mecanismos de valoración del grado de discapacidad, como hace la STS de 18 de febrero de 2015 (rec. 983/2014), siendo innecesario en caso de que haya sido declarado un grado de dependencia. Sobre esta cuestión, *vid.* Maldonado Molina (2016). Al respecto, *vid.*, igualmente, Martínez Mateo (2021, pp. 780 y ss.).

<sup>51</sup> «Se corrigen los desajustes normativos que se hayan producido en las medidas de anticipación de la edad de jubilación, flexibilizando las regulaciones que se han revelado rígidas y que excluyen situaciones materialmente dignas de protección; en este sentido, también se analizará la problemática en el acceso anticipado a la pensión de jubilación de las personas trabajadoras con discapacidad, en relación con las exigencias en el tiempo de cotización requerido, así como para resolver las dificultades que se presentan respecto a la acreditación del mismo».

<sup>52</sup> «Esto no es nada, esto es muy triste. Esto no debería ocurrir, cuando he visto las cifras, no he podido más que comprender claramente que la regulación es absolutamente insuficiente y tenemos que dar prioridad a este problema porque no es aceptable» (Sr. Escrivá).

Ese informe será la base a partir de la cual, y en el plazo de 3 meses adicionales, el Gobierno impulse una reforma del marco regulador establecido en el RD 1539/2003, de 5 de diciembre, y en el RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

Esta reforma del marco regulador deberá permitir una salida digna del mercado laboral a las personas con discapacidad, en especial a las que presentan discapacidad intelectual, para hacerla verdaderamente operativa, sin que tengan que buscar alternativas que no se adecúan al perfil laboral de estas personas.

## 5. Conclusiones

En materia de jubilaciones anticipadas, la Ley 21/2021 se ha ajustado con precisión a lo acordado por los agentes sociales el 1 de julio de 2021 en el Acuerdo social de esa fecha. Se asume que las medidas hasta la fecha no han conseguido aproximar lo suficiente la edad real de jubilación a la legal (muy posiblemente por la aplicación tan gradual introducida en 2011 y 2013, más los numerosos supuestos que siguieron –y siguen– bajo la legalidad anterior), y se acuerda darle otro impulso.

No se trata de una reforma rupturista. No se tocan los elementos estructurales de las mismas (modalidades, requisitos), centrándose en los coeficientes penalizadores, introduciendo unos más equitativos (al pasar de trimestrales a mensuales) y beneficiosos en términos generales, aunque más elevados para quienes adelantan al máximo su retiro, en especial si es voluntario. Es una reforma con la que los coeficientes penalizadores se distribuyen irregularmente, focalizando la mayor penalización en quien usa los 24/48 meses de anticipación (según sea voluntaria/involuntaria) de su edad, y la menor en quien lo hace sin aprovechar todo el tiempo potencialmente posible. E igualmente (como ocurría con anterioridad) fija coeficientes más suaves a medida que la vida laboral acreditada es mayor, lo que también incentiva el retraso del cese de la actividad. Con ambas medidas (coeficientes más duros cuanto mayor sea el adelanto, coeficientes más duros cuanto menor es la vida cotizada), se confía retrasar unos meses la edad media del retiro. Por el contrario, la jubilación por causa involuntaria se facilita (ampliando los supuestos) y suaviza (los coeficientes pasan a ser mensuales, pero además siempre quedan por debajo de los que hubieran correspondido con la legislación anterior).

Solo pretende atrasar unos meses la decisión de retiro, sin endurecer el conjunto de las reglas. Al contrario, hace una intervención quirúrgica focalizada en el perfil de las personas que se jubilan voluntariamente porque la cuantía de la pensión resultante les compensa: personas que se retiran 2 años antes de la edad que les corresponde (mayoritariamente hombres), con una pensión elevada (un 10 % supera la pensión máxima). Por tanto, es un ajuste suave pero certero, porque el coeficiente de los meses 23/24 es tan elevado que desincentivará con seguridad a los futuros/as pensionistas. En definitiva, una reforma

inspirada más en la equidad que en la sostenibilidad, como podemos comprobar si recapitulamos cuáles son las medidas favorables a la persona asegurada:

- Coeficientes penalizadores mensuales.
- Coeficientes coincidentes sea cual sea la modalidad de jubilación anticipada en los meses 7 a 20 más cercanos a la jubilación, de modo que en la voluntaria se penaliza especialmente los 6 meses más cercanos a la edad de retiro, y los meses 23 y 24 (y, en algún caso, meses 21 y 22) (porcentajes lógicos teniendo en cuenta que el 75 % se jubila 2 años antes).
- Se extienden los coeficientes de la jubilación involuntaria a las personas que se jubilen voluntariamente tras al menos 3 meses percibiendo el desempleo asistencial.
- Amplía los supuestos para acceder a la jubilación involuntaria a todos los supuestos de despido por causas objetivas e incluye la extinción del contrato por voluntad de la persona trabajadora por las causas previstas en los artículos 40.1, 41.3 y 50 del ET.
- Para el periodo de carencia, se computa el servicio social femenino (ya estaba aplicándose por la Administración tras sentencia del TS).

Pero es que incluso cuando se aprueban medidas más restrictivas (como las nuevas reglas de la jubilación voluntaria en caso de base reguladora superior a la pensión máxima), se hace de modo extraordinariamente gradual (excesivamente generoso, a nuestro juicio), porque no se aplicará hasta 2034.

Junto a estos «ajustes» de las jubilaciones anticipadas, se consolidan las reglas transitorias para las personas que hubieran dejado de estar incluidas en un régimen antes del 1 de abril de 2013, reglas que venían prorrogándose cada año. No son pocos los supuestos con esta tipología (el 39 % en las anticipadas no voluntarias), por lo que no consideramos que sea positiva su prórroga (tampoco lo era cuando era coyuntural, al contrario, porque reflejaba improvisación técnica), ya que con esta vía se eluden normas que se aprobaron hace una década (Ley 27/2011), lo que conduce a mantener vías de jubilación de primera y de segunda clase, que solo generan sentimiento de discriminación e inseguridad.

También es una muestra de solidaridad (y reconocimiento de falta de equidad de la legalidad anterior) la aprobación del complemento económico para quienes se jubilaron anticipadamente entre 2002 y 2022 reuniendo un largo periodo de cotización y, en su caso, baja cuantía, y que en la práctica supone aplicar retroactivamente los nuevos coeficientes en caso de que beneficie a la persona asegurada, aunque fijando la fecha de efectos económicos en el 1 de marzo de 2022, y que tendrá más mordiente entre las que se jubilaron voluntariamente.

Si en las jubilaciones anticipadas vemos que la Ley 21/2021 es decidida, actuando sobre perfiles específicos de asegurados/as y con reglas absolutamente detalladas y bien orientadas, no ocurre igual con las jubilaciones a edades reducidas. Para empezar, porque reproduce la –a nuestro juicio– errónea sistemática que se introdujo con la Ley 40/2007, calificando de jubilación anticipada algo que es reducción de la edad ordinaria sin penalización. Se ha perdido la oportunidad de corregir esa incorrecta denominación, volviendo a la sistemática anterior a 2007. Y respecto del contenido, porque, si bien se incorpora un régimen más concreto que el que existía, vuelve a quedar al desarrollo reglamentario el núcleo de la regulación, encomendando una reforma en profundidad del estéril Reglamento de 2011, y limitándose a identificar a los sujetos legitimados para instar el procedimiento, que pasan a ser en exclusiva los representantes más representativos de personas trabajadoras y empresarios –conjuntamente, con reacción de la ley frente a la sentencia que permitía instarlo solo por la representación de las personas trabajadoras–, omitiendo el inicio de oficio, aunque consideramos que no obsta a que por ley se incorporen nuevos colectivos, cuando se trate de colectivos con baja representación.

Sí consideramos acertada la regulación separada de la reducción de edad por la actividad y por la discapacidad que introduce la Ley 21/2021, no solo porque las causas y lógica de uno y otro supuesto son muy diferentes, sino porque el procedimiento para solicitar la reducción no procede en los supuestos de discapacidad.

En relación con la reducción de edad para personas con discapacidad, la Ley 21/2021 solo aporta el compromiso de impulsar una reforma (en consonancia con la Recomendación 18 del Pacto de Toledo) que corrija la absolutamente deficiente regulación actual, con la que en algunos casos es matemáticamente imposible que puedan adelantar su edad de retiro, cuestión especialmente grave con respecto a personas con discapacidad intelectual, que carecen de una salida digna del mercado laboral.

## Referencias bibliográficas

- AEDIS. (2020). IV Análisis de datos sobre empleo y discapacidad intelectual, diciembre. <https://asociacionaedis.org/news/la-discapacidad-intelectual-presenta-una-de-las-tasas-de-actividad-y-empleo-mas-bajas-del-colectivo-en-2019/>.
- DGOSS. (2021). Informe económico-financiero del Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social de 2022. <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7bf39bf2-4622-4e78-8228-2e0cf7b53bc0/2022103ECO.pdf?MOD=AJPERES>.
- Maldonado Molina, J. A. (2008). La reforma de la jubilación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. En J. L. Monereo Pérez (Dir.), *La reforma de la Seguridad Social: estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social* (pp. 307-355). La Ley.
- Maldonado Molina, J. A. (2016). Coeficiente reductor de la jubilación de trabajadores con discapacidad: ¿quién valora la necesidad de ayuda de tercera persona? *Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. extraordinario*, 149-154.
- Maldonado Molina, J. A. (2019). *La renovada prórroga de la legislación vigente antes de la Ley 27/2011 en materia de jubilación. Los Reales Decretos-Leyes 20/2018 y 28/2018*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 432, 29-59.
- Maldonado Molina, J. A. (2020). *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea facilita el acceso a la jubilación anticipada de los emigrantes retornados. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 160-166.
- Maldonado Molina, J. A. (2021). *Discriminación indirecta vs. sostenibilidad del sistema. La imposible jubilación anticipada voluntaria de las empleadas del hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 205-216.
- Martínez Mateo, C. J. (2021). La jubilación de los trabajadores con discapacidad. En J. L. Monereo Pérez, M. N. Moreno Vida, A. Márquez Prieto, F. Vila Tierno y J. A. Maldonado Molina (Dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo* (pp. 777-794). Laborum.
- MISM. (2021). Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. [https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura\\_14/spl\\_27/pdfs/2.pdf](https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_27/pdfs/2.pdf).
- Moreno Romero, F. (2014). Las jubilaciones anticipadas y el RDL 5/2013, de 15 de marzo. En J. I. García Ninet (Dir.) y P. Burriel Rodríguez-Diosdado (Coord.<sup>a</sup>), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: su incidencia en España, Europa y Brasil (2008-2014)* (pp. 705-728). Atelier.
- Moreno Romero, F. (2017). La acción protectora del sistema de Seguridad Social para los trabajadores incorporados al régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos. En J. L. Monereo Pérez y F. Vila Tierno (Coords.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico* (pp. 501-550). Comares.

# Retos y reformas en materia de pensiones

José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Complutense de Madrid (España)

tortuero@der.ucm.es | <https://orcid.org/0000-0002-7480-8745>

## Extracto

Junto a los impactos del factor demográfico y la llegada de la generación del *baby boom*, se hace referencia al factor económico, en el sentido de que el sistema productivo y todas sus derivaciones están sufriendo las consecuencias de todo un conjunto de fenómenos de distinta naturaleza y de carácter global. Prácticamente enlazadas en el tiempo se han y se están sucediendo la gran crisis financiera, la pandemia con sus múltiples efectos –incluidos la actual escasez de materias primas y el correspondiente desabastecimiento que impactará en la mayoría de las actividades económicas, con sus importantes consecuencias–, las transformaciones producidas por la robotización y la inteligencia artificial.

Con esta fotografía, afrontar una reforma urgente y necesaria del sistema de protección social es un reto de primera magnitud. Afortunadamente, una de las características más relevantes de las reformas de las pensiones es, sin duda, el reencuentro reformista con los espacios del pacto político y del diálogo social.

El espacio reformador tiene tiempos escalonados y una pluralidad de materias –mayores y menores– que están vinculados a la programación y ejecución de programas de reforma. Las acciones que concretan esta orientación se recogen como uno de los componentes más destacados del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que ha de guiar la ejecución de fondos europeos hasta 2023 a través del instrumento Next Generation EU. Así, dentro del componente 30 se reúnen un conjunto de reformas del sistema de pensiones que dan cumplimiento a las principales recomendaciones del Pacto de Toledo (2021) y que, en buena medida, se plasman en un conjunto normativo en distintas fases.

Las reformas son múltiples y de importante calado, desde la creación del ingreso mínimo vital, la reordenación del complemento por maternidad (ahora referido a la brecha de género), el sistema de revalorización de las pensiones, la reordenación de los distintos tipos de jubilación, la equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales en materia de pensión de viudedad. Junto a todas ellas, las importantes y novedosas reformas en materia de ingresos, desde la creación del mecanismo de equidad intergeneracional hasta un avance más que notable en la separación de fuentes, procediendo a la eliminación de buena parte de los denominados «gastos impropios», que pasan a ser asumidos por el Estado. También se ha producido un avance considerable en la reordenación de la protección complementaria, que verá sus frutos en la segunda parte de la legislatura.

**Palabras clave:** jubilación; parejas de hecho; protección complementaria; revalorización; reforma pensiones; ingreso mínimo vital; complemento brecha de género.

Fecha de entrada: 13-01-2022 / Fecha de aceptación: 13-01-2022

**Cómo citar:** Tortuero Plaza, J. L. (2022). Retos y reformas en materia de pensiones. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 189-223.



# Challenges and reforms in the matter of pensions

José Luis Tortuero Plaza

## Abstract

Along with the impacts of the demographic factor and the arrival of the baby boom generation, reference is made to the economic factor, in the sense that the productive system and all its derivations are suffering the consequences of a whole set of phenomena of different nature and of global character. Practically linked in time, the great financial crisis, the pandemic with its multiple effects –including the current shortage of raw materials and the corresponding shortage that will impact most economic activities, with its important consequences– have been and are happening, the transformations produced by robotization and artificial intelligence.

With this photograph, facing an urgent and necessary reform of the social protection system is a challenge of the first magnitude. Fortunately, one of the most relevant characteristics of the pension reforms is, without a doubt, the reformist reunion with the spaces of the political pact and social dialogue.

The reform space has staggered times and a plurality of subjects –major and minor– that are linked to the programming and execution of reform programs. The actions that specify this orientation are included as one of the most prominent components of the Recovery, Transformation and Resilience Plan that will guide the execution of European funds until 2023 through the Next Generation EU instrument. Thus, within component 30 a set of reforms of the pension system are brought together that comply with the main recommendations of the Toledo Pact (2021) and which, to a large extent, are reflected in a set of regulations in different phases.

There are multiple reforms of important significance, from the creation of the minimum vital income, the rearrangement of the maternity allowance (now referred to the gender gap), the system of revaluation of pensions, rearrangement of the different types of retirement, equalization of de facto couples to matrimonial ones in the matter of widow's pension. Together with all of them, the important and innovative reforms in terms of income, from the creation of the intergenerational equity mechanism to a more than notable advance in the separation of sources, proceeding to the elimination of a good part of the so-called "improper expenses", that become assumed by the State. There has also been considerable progress in the reorganization of complementary protection, that will bear fruit in the second part of the legislature.

**Keywords:** retirement; domestic partners; complementary protection; revaluation; pension reform; minimum vital income; gender gap supplement.

**Citation:** Tortuero Plaza, J. L. (2022). Challenges and reforms in the matter of pensions. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 189-223.

## Sumario

1. Introducción
  2. La vuelta al acuerdo político y social
  3. El espacio europeo de las reformas y los fondos europeos
  4. Los múltiples espacios legales de las reformas
    - 4.1. Complementar el nivel de protección no contributiva en la lucha contra la pobreza y la exclusión social
    - 4.2. El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género
    - 4.3. La separación de fuentes: al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios
    - 4.4. El MEI
    - 4.5. Las principales reformas contenidas en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre
      - 4.5.1. El sistema de revalorización y garantía de las pensiones
      - 4.5.2. Edad legal de jubilación, edad de expulsión del mercado laboral y edad de acceso a la jubilación: dudosas verdades o verdades incompletas
      - 4.5.3. El Gobierno progresista rectifica al Gobierno progresista: las parejas de hecho dejan de ser ciudadanía de segunda categoría en materia de pensión de viudedad
  5. La redimensión de la protección social complementaria profesional
- Referencias bibliográficas

**Nota:** el presente trabajo se enmarca en los siguientes proyectos de investigación: «Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?», RTI2018-094696-B-I00; Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, «Retos investigación»; Proyecto P18-RT-2585, «Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza», Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020); Proyecto de investigación «Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital», del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, ref. UMA18 FEDERJA 028. De todos ellos el que suscribe participa en calidad de investigador o en el equipo de trabajo.

## 1. Introducción

Los retos son conocidos y se imputan generalmente a los sistemas de reparto, aunque sus efectos tienen un impacto multidireccional. No obstante, los tiempos actuales se caracterizan por una sucesión –casi sin solución de continuidad– de fenómenos de distinta naturaleza y de una dimensión y envergadura descomunales, provocando un impacto colectivo global de dimensiones nunca conocidas desde la Segunda Guerra Mundial.

El ya clásico factor demográfico, en el sentido de que la composición de la población está en proceso de cambio y en pocos años el número de mayores empezará a crecer con más intensidad; con todo, es una tendencia de medio plazo y limitada en el tiempo. Nada nuevo se descubre cuando hablamos del factor demográfico. En efecto, la expresión del marco global de la problemática es una constante en los informes de la Unión Europea. Así es, tanto el Libro Blanco (2012) como el Informe conjunto sobre pensiones (2019) subrayan la importancia del problema que supone el proceso de envejecimiento demográfico para la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones. En este sentido indica que «el envejecimiento de la población está alterando el equilibrio de los sistemas de pensiones, lo que obliga a los responsables políticos a encontrar un nuevo equilibrio».

Junto a los impactos del factor demográfico y de la llegada de la generación del *baby boom*, se hace referencia al factor económico, en el sentido de que el sistema productivo y todas sus derivaciones han sufrido las consecuencias de la gran crisis económico-financiera mundial del 2008, primero, y, sin haber alcanzado una recuperación plena, de la pandemia de la COVID-19, después, y, derivada de los parones productivos –sin imagen en el recuerdo colectivo– causados por la COVID-19, la actual escasez de materias primas y el correspondiente desabastecimiento que impactará en la mayoría de las actividades económicas, con sus importantes consecuencias. Por tanto, el factor económico reflejará los efectos de todas las derivaciones referidas y, junto a ellas, los cambios en el sistema productivo propiciados por la robotización y la inteligencia artificial, en definitiva, por la digitalización de las economías (Hierro Hierro, 2021) que avanza en la conformación de una nueva era (Sánchez-Urán Azaña y Grau Ruiz, 2021, p. 910).

La imagen que he intentado proporcionar, como pórtico de las reflexiones que siguen, pretende hacer un llamamiento a la reflexión y al debate (Monereo Pérez, 2021, p. 54) que compense al menos el vértigo que produce el análisis relacionista con las reformas de todo tipo y singularmente en materia de pensiones, afrontadas y/o proyectadas.

## 2. La vuelta al acuerdo político y social

El diálogo, el pacto, el equilibrio de responsabilidades generacionales constituyen elementos que pretenden asegurar, entre otras cosas, que las reformas no se enfrenten a una resistencia política y social con el riesgo consiguiente de ser derogadas en el momento mismo en el que deberían comenzar a ser plenamente aplicadas. Las experiencias europeas y española con la reforma del 2013 son notables hasta el punto de que son advertidas en estos términos por las instituciones comunitarias (Comisión Europea, 2016)<sup>1</sup>. En efecto, es una evidencia que las reformas de las pensiones van acompañadas de una extraordinaria sensibilidad social. La causa no es otra que la aplicación de un canal unidireccional cuando se afronta la sostenibilidad financiera de los sistemas, a saber, la reducción de los gastos mediante la reducción de las pensiones a través de múltiples factores. A este efecto que eufemísticamente denominamos «sensibilidad social» se enfrentan las reformas. Igualmente, se entiende como factor equilibrador, en expresión del referido informe, integrar otras «medidas políticas de acompañamiento» como, por ejemplo, reformas que potencien los ingresos de jubilación mediante una efectiva ampliación de la vida laboral y de la empleabilidad de las personas trabajadoras mayores, fórmulas de jubilación que permitan trabajar más allá de la edad de jubilación. En definitiva y siguiendo con los eufemismos, la afirmación es contundente: «continúe trabajando».

En todo caso, es vertebrador buscar y mantener el equilibrio de las cargas asumidas y transferidas a cada generación.

Una de las características más relevantes de las reformas de las pensiones es, sin duda, el reencuentro reformista con los espacios del pacto político y del diálogo social. Este nuevo marco pretende romper las fracasadas estrategias unilaterales que caracterizaron el espacio reformador del 2013. Cambio de rumbo que tiene como antecedente un rechazo social, político y sindical de reformas impuestas con un marcado carácter penalizador. Me refiero al índice de revalorización escasamente aplicado y al factor de sostenibilidad que nunca entró en vigor (Tortuero Plaza, 2021).

Con este nuevo talante basado en el pacto y en el diálogo, la vigente reforma enlaza su sintonía con los pactos que concluyeron en la reforma del 2011. La cristalización de los espacios referidos toma cuerpo en la renovación del Pacto de Toledo aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados de 19 de noviembre de 2020 y en el acuerdo entre el Gobierno y los interlocutores sociales que sustenta la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones (Tortuero Plaza, 2021).

---

<sup>1</sup> Elaborado en el seno de la Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros de la Comisión Europea en diciembre de 2016 (Discussion Papers 42. December 2016). Las afirmaciones son recogidas por el análisis que acompaña a las recomendaciones del Pacto de Toledo.

El espacio temporal entre los informes referidos<sup>2</sup> –2011-2020– es un periodo excesivamente largo que evidencia la metodología reformadora. La propia Comisión procura ofrecer un intento de justificación poco convincente (Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, 2020, p. 15). Así, se afirma que:

Los trabajos parlamentarios para la elaboración del Informe y las Recomendaciones del Pacto de Toledo se han prolongado durante varias legislaturas (XI, XII, XIII y XIV que abarcan desde el año 2016 hasta la actualidad). Han sido sobre todo circunstancias de carácter coyuntural (con sucesivas e intermitentes convocatorias electorales) las que han interrumpido y retrasado los trabajos parlamentarios más de lo previsible.

Con el proyecto de ley en trámite parlamentario<sup>3</sup> se propició un nuevo acuerdo suscrito en el importantísimo espacio del diálogo social entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas, con rechazo expreso y lamentable de las organizaciones empresariales, que recibe el nombre de mecanismo de equidad intergeneracional (MEI). Su contenido, que más adelante analizaré, se ha incorporado mediante enmienda al texto de la ley<sup>4</sup>.

En este espacio inacabado de diálogo y acuerdos políticos y sociales, no faltan quienes provocan cortinas de humo que pretenden debilitar la legitimación de los acuerdos, propiciando la creación de un espacio de confusión, incluso con referencias constitucionales, que daña la imagen de las instituciones y quiere provocar «mediante humo» la imagen deslegitimada del legitimado. Cierta y afortunadamente el humo se lo lleva el viento, pero su reiteración termina dejando manchas en la foto, aunque no en la imagen.

### **3. El espacio europeo de las reformas y los fondos europeos**

Si bien nuestro país, al igual que el resto de los europeos –por hacer referencia solo a nuestro marco próximo en un escenario mundial de pandemias (Vila Tierno, 2021)–, está enfrentándose a los efectos económicos derivados de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, lo cierto es que el espacio europeo ha puesto en marcha una política de fondos para financiar la recuperación y la resiliencia de la Unión Europea. Estrategia que va unida

<sup>2</sup> Una visión general de la evolución de nuestra Seguridad Social al hilo de la historia de los Pactos de Toledo puede verse en el ilustrativo trabajo de Panizo Robles (2011).

<sup>3</sup> El proyecto de ley fue aprobado el 2 de diciembre de 2021 por el Pleno del Congreso con 176 votos a favor, 148 en contra y 6 abstenciones. Ha recibido el respaldo de los partidos del Gobierno, ERC, PNV, PDeCAT, Junts, Más País-Equo, Compromís, Nueva Canarias, Teruel Existe y el PRC; el voto en contra de PP, Vox, Ciudadanos, CUP, BNG, UPN, Foro y CC; y la abstención de EH Bildu.

<sup>4</sup> La incorporación de la enmienda en el Congreso ha sido pactada por el PSOE y Unidas Podemos con ERC y Bildu.

a una mutación en la política de la deuda pública de los Estados y que ofrece y exige la posibilidad y la necesidad de que nuestros sistemas productivos se transformen para enfrentarse a los nuevos retos.

Por tanto, estamos en un momento histórico casi único que nos permitirá o, mejor dicho, que nos ofrece los medios para realizar las reformas y las transformaciones necesarias para situar a nuestro país, en el marco de la Unión Europea, en la vanguardia de las economías europeas.

El espacio descrito tiene tiempos escalonados y vinculados a la programación y ejecución de programas de reforma, lo que explica, como veremos a continuación, la estructuración de una reforma escalonada de nuestro sistema de Seguridad Social (Molina Navarrete, 2021, p. 15). El mecanismo de recuperación y resiliencia (MRR) establece como requisito indispensable que las recomendaciones económicas realizadas por la Comisión Europea a cada país miembro, redactadas en los documentos que conforman el Semestre Europeo (Chabannes, 2021, p. 78), estén recogidas en sus planes nacionales para poder así acceder a estos fondos. Así es planteado en el preámbulo de la Ley 21/2021 al afirmar que:

[...] la primera gran acción que concreta esta orientación se recoge como uno de los componentes más destacados del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que ha de guiar la ejecución de fondos europeos hasta 2023 a través del instrumento Next Generation EU. Así, dentro del componente 30 se reúnen un conjunto de reformas del sistema de pensiones que dan cumplimiento a las principales recomendaciones del Pacto de Toledo y que, en buena medida, se plasman en esta ley.

Quiero insistir en el nuevo marco propiciado por la Unión Europea, no solo por el importantísimo apoyo económico a las políticas de recuperación y resiliencia, en definitiva de transformación de nuestros países, sino también porque el cambio de estrategia en materia de deuda pública nos va a permitir realizar reformas impensables en momentos históricos próximos que todos recordamos y que exigieron reformas constitucionales (art. 135 Constitución española –CE–) («El Estado y las comunidades autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros»), que hoy no son amenazantes. En efecto, a diferencia de lo que sucedió en la crisis del 2008 y con una situación de partida muchísimo más desfavorable en términos de PIB, los fondos no computarán en la deuda nacional, sino en la de la Unión Europea, que se financiará a través de bonos comunitarios.

## 4. Los múltiples espacios legales de las reformas

Como ya hemos afirmado, las reformas tienen una sucesión de tiempos e instrumentos legislativos.

Las primeras y muy importantes reformas se integraron en la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021 (LPGE 2021)<sup>5</sup>, y en normativa de urgencia en el peor espacio de la pandemia, singularmente la creación del ingreso mínimo vital (IMV) (RDL 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, sustituido después por la Ley 19/2021, de 20 de diciembre) y la creación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género (RDL 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico).

Las segundas reformas conforman un triple escenario, por un lado, la Ley 21/2021, en la que se ha integrado el MEI; por otro, las que se han incorporado a la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2022 (LPGE 2022). Junto a ellas, la importante e innovadora reforma de la protección social complementaria mediante el anteproyecto de Ley de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

Repárese en que las dos vías reformadoras llevadas a cabo por medio de la Ley 21/2021 y la LPGE 2022 no han sido armonizadas en muchas materias o, dicho en otros términos, se han desarrollado en «ignorancia mutua». Hasta el punto de que el BOE a 7 de enero no ha sido capaz de publicar la versión consolidada de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), apareciendo en la web la siguiente advertencia: «Atención: última actualización en proceso».

Tras ellas, las últimas reformas se efectuarán en la última fase de la legislatura. Cabe referenciar entre ellas los avances sobre el tope de las cotizaciones y muy especialmente el nuevo sistema de cotización de las personas trabajadoras autónomas –una de las históricas asignaturas pendientes– sobre ingresos reales, que sin duda tendrá repercusión en el régimen prestacional por su afectación directa e indirecta (Moreno Romero, 2017, p. 510).

El conjunto de estas reformas –en una visión de globalidad del diseño, esperemos que también en el resultado– pretende propiciar un cambio en nuestro modelo –no del modelo– de alcance excepcional, casi sin precedentes. En definitiva, posiblemente estemos reconfigurando nuestro sistema de pilares múltiples, donde tendremos que integrar y revitalizar los diversos espacios públicos y privados (Gómez Salado, 2021, p. 350).

Con la idea de dibujar el modelo final que se pretende alcanzar en el referido proceso reformador, conviene identificar los retos a los que nos enfrentamos, los objetivos de las reformas y las distintas piezas que conformarán el «todo».

<sup>5</sup> Sobre este tema, *vid.* Panizo Robles (2020) y sobre la LPGE 2022, Panizo Robles (2021).

Los retos son sobradamente conocidos, si bien agudizados por la sucesión de crisis, la primera de carácter financiero (2008) y la segunda vinculada a la pandemia mundial (2020) en la que todavía estamos inmersos/as. Hay que hacer referencia al factor demográfico, al impacto de la llegada de la generación del *baby boom*, los cambios en las estructuras productivas basados en la inteligencia artificial y la robótica, entre otros factores.

Por su efecto inminente y de gran impacto, conviene hacer mención de la llegada de la generación del *baby boom*, cuyo impacto acumulativo (García Pérez, 2020, p. 90) alcanzará hasta los años cincuenta, momento en el que comenzaremos a recuperar la senda normalizada. El periodo referido se caracterizará por un incremento notable del número de pensionistas, una elevación de la esperanza de vida, así como de unas pensiones en alza, ya que las nuevas personas pensionistas tendrán series históricas de cotización más altas. No cabe duda de que el reto exigirá el esfuerzo de toda la ciudadanía a través de las transferencias desde los presupuestos del Estado, en clara compensación solidaria con las aportaciones de todo orden que realizó la generación del *baby boom* a la conformación de nuestras sociedades (Tortuero Plaza, 2021).

#### 4.1. Complementar el nivel de protección no contributiva en la lucha contra la pobreza y la exclusión social

El primer bloque de reformas se sitúa en el marco de la lucha contra el riesgo de pobreza y exclusión social de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas.

De la mano de la Organización Internacional del Trabajo o de la Unión Europea se potencian instrumentos que permitan la protección del sector más vulnerable de la sociedad. Teniendo presente que su identificación se aleja de la foto que podríamos denominar «tradicional» (Sánchez-Rodas Navarro, 2020, p. 9), integra colectivos generados por las últimas crisis, las reformas laborales y las transformaciones productivas, entre otras.

En este espacio, el que podríamos denominar «primer pilar» está llamado a adquirir una importantísima dimensión (Vila Tierno, 2022).

En esta línea, España, siguiendo las directrices de la Unión Europea y en cumplimiento del programa del Gobierno de coalición progresista, ha aprobado el IMV (RDL 20/2020, de 29 de mayo; ordenación sustituida a partir del 1 de enero de 2022 por la establecida en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre). De los datos proporcionados se advierte que cerca de un 40 % de las posibles personas beneficiarias serán personas trabajadoras pobres y que un 16 % serán hogares monoparentales, de los cuales el 90 % están encabezados por mujeres. Sin duda, estas cifras calculadas en el escenario prepandemia se incrementarán en los tiempos inmediatos a la desescalada.

La situación de pobreza y desigualdad existente en España y el incremento de la vulnerabilidad económica y social ocasionado por la COVID-19, con especial referencia a las personas mayores (Maldonado Molina, 2021b, p. 122), exigieron la puesta en marcha con carácter urgente de un mecanismo de garantía de ingresos de ámbito nacional.

Creado en desarrollo del artículo 41 de la CE, y sin perjuicio de las ayudas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias<sup>6</sup>, el IMV forma parte de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social como prestación económica en su modalidad no contributiva (Álvarez Cortés, 2020, p. 280). De esta forma se procede a completar el espacio del primer pilar de protección de nuestro sistema que era claramente insuficiente, reiteradamente denunciado y exigido desde el espacio europeo (Monereo Pérez *et al.*, 2021, p. 35). Por tanto, el IMV asegura un determinado nivel de rentas a todos los hogares en situación de vulnerabilidad con independencia del lugar de residencia.

Tras un espacio de compleja aplicación, conviene dar relevancia a los datos de implantación del IMV.

En septiembre de 2021, el importe de esta nómina del IMV fue de 169,5 millones de euros. Se abona a 316.000 hogares en los que viven 800.000 personas. La cuantía media de la prestación por hogar es de 436 euros mensuales y por persona beneficiaria, de 172 euros.

De los 316.000 hogares que perciben la prestación correspondiente, 211.000, es decir, dos de cada tres, tienen como titular a una mujer. Del total, más de 176.000, el 55 %, tienen menores a cargo, de los que 78.000 son hogares monoparentales.

### Hogares por tipos

Monoparentales	78.607
Otros hogares con menores	98.315
Hogares sin menores	138.991

<sup>6</sup> De conformidad con lo establecido en la disposición final trigésima de la LPGE 2022, se modifica el primer párrafo de la disposición adicional quinta de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital, en los siguientes términos:

En razón de la especificidad que supone la existencia de haciendas forales, en relación con esta prestación, las comunidades autónomas de régimen foral asumirán, con referencia a su ámbito territorial, las funciones y servicios correspondientes que en esta ley se atribuyen al Instituto Nacional de la Seguridad Social, así como, en atención al sistema de financiación de dichas haciendas forales, el pago, en relación con la prestación económica no contributiva de la Seguridad Social del ingreso mínimo vital, en los términos que se acuerde.

Titulares del IMV por tipo de unidades de convivencia	
Un adulto	96.125
Un adulto y un menor	49.512
Un adulto y dos menores	22.915
Un adulto y tres menores	5.074
Un adulto y más de tres menores	1.106
Dos adultos	29.199
Dos adultos y un menor	30.464
Dos adultos y dos menores	30.508
Dos adultos y más de dos menores	21.573
Tres adultos	10.107
Tres adultos y un menor	6.427
Tres adultos y más de un menor	6.030
Cuatro adultos	2.968
Cuatro adultos y un menor	1.588
Otros	2.299

Por grupos de edad, la media de edad de las personas titulares es de 45,11 años y casi una de cada tres tiene entre 36 y 45 años. Si se analiza a todas las personas beneficiarias de la prestación, la media de edad es de 29,65 años, y si se excluye a la titular, la media de edad baja a los 19,54 años.

Titulares del IMV por grupos de edad	
Menos de 24 años	3.477
Entre 24 y 35 años	58.137
Entre 36 y 45 años	102.849



## Titulares del IMV por grupos de edad

Entre 46 y 55 años	93.122
Entre 56 y 65 años	56.588
Más de 65 años	1.735

## 4.2. El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género

En el contexto de la crisis sanitaria provocada por el virus SARS-CoV-2 ve la luz el Real Decreto-Ley 3/2021, que afronta la reforma del complemento por maternidad, propiciada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18, WA c. INSS, al determinar que el complemento por maternidad por aportación demográfica practicada sobre las pensiones contributivas del sistema –recogido en el art. 60 LGSS y creado por disp. final segunda LPGE 2016– era contrario a lo establecido por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

Desde su creación, la imagen que la doctrina proporcionó del complemento por maternidad, y sin perjuicio de los múltiples elementos que podrían determinar su inconstitucionalidad, fue preocupante. A estas controversias se unieron las de los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional (TC) y el TJUE. Como estaba anunciado, desde la decisión del TJUE se han producido una sucesión de reconocimientos del complemento por maternidad a hombres pensionistas. Lejos de actuar en el orden legislativo –por ejemplo, suspendiendo su aplicación–, las cosas quedaron como estaban, lo que provocó que cada padre pensionista (y cada padre solicitante de pensión) que cumpliera los requisitos pudo solicitar su complemento, generando un «sálvese quien pueda», con el resultado de complementos reconocidos por sentencias firmes aprovechando el desajuste legislativo mantenido en el tiempo, lo que proporciona una foto kafkiana (Moreno Romero, 2021b, p. 187).

El artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/2021 procede a modificar el artículo 60 de la LGSS, sustituyendo con similar estructura el complemento por maternidad por el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, incorporando su aplicación al régimen de clases pasivas, conforme al artículo 2. Igualmente, la nueva disposición adicional trigésima séptima estipula que su financiación se realizará mediante una transferencia del Estado al presupuesto de la Seguridad Social, como tantas veces había reclamado la doctrina. Finalmente, se incorpora una disposición transitoria trigésima tercera para

regular el mantenimiento transitorio del viejo complemento. Por último, la nueva disposición adicional trigésima séptima determina que el complemento se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5 %. A estos efectos, la propia disposición determina que se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por los hombres y por las mujeres. Resulta así destacable el hecho de que por primera vez en una norma de Seguridad Social se haya incluido una referencia expresa al fenómeno de la brecha de género en las pensiones contributivas y se haya positivizado una definición del mismo.

La cuantía es una cantidad fija a tanto alzado por cada hijo/a a partir del primero y hasta un límite de cuatro (art. 60.3 LGSS). Se trata de una reforma relevante. Este sistema permite reforzar el carácter redistributivo del instrumento, como ya había denunciado la doctrina, oponiéndose a la «falsa lógica» de la contributividad (Moreno Romero, 2021b; Tortuero Plaza, 2018).

La cuantía inicialmente establecida para el nuevo complemento ha quedado así establecida en 27 euros por cada hijo/a y mes (disp. adic. primera RDL 3/2021) y elevada a 28 euros/mes por la LPGE 2022, lo que equivale a un complemento de 392 euros anuales por cada hijo/a a partir del primero, hasta un máximo de cuatro.

Con fecha 1 de septiembre de 2021, 64.124 pensiones percibían el complemento por brecha de género, cuyo objetivo es corregir paulatinamente la diferencia que se produce entre la pensión media que recibe un hombre (1.258,38 € al mes en septiembre) y la que recibe una mujer (835,38 €).

El importe medio mensual de este complemento en la pensión es de 60,82 euros. De las 64.124 pensiones complementadas, el 19 % corresponde a pensionistas con un hijo/a (12.231); el 47,53 %, con dos hijos/as (30.475); el 20,82 %, con tres (13.353); y el 12,58 % (8.065), con cuatro hijos/as.

### 4.3. La separación de fuentes: al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios<sup>7</sup>

El segundo bloque reformador se sitúa en el espacio de la financiación del sistema. Múltiples materias se abordarán en las sucesivas reformas. Así, la conclusión de la separación de fuentes –lo que se vino llamando de forma poco acertada pero muy gráfica «gastos impropios»–, la creación de un nuevo sistema de cotización de las personas trabajadoras autónomas que pivote sobre los ingresos reales, la elevación o eliminación de topes en la cotización de los trabajadores/as por cuenta ajena. Junto a ellas, el ya incorporado a la ley de reforma, el MEI.

<sup>7</sup> Mateo 22: 15-21.

Es imprescindible que el conjunto de las reformas consiga un equilibrio donde la equidad individual y generacional constituya un espacio de referencia (Vila Tierno, 2020, p. 15; Vila Tierno y Moreno Romero, 2018, p. 80). Sin perjuicio de la situación excepcional en la que nos encontramos –la crisis provocada por la pandemia, con efectos de pasado, presente y futuro, impacta sobre unos sistemas no recuperados de la crisis financiera, en transformación de los sistemas productivos y recibiendo o preparándose para la recepción de la generación del *baby boom*–, no podemos, ni debemos, transferir una carga insoportable a las generaciones futuras. El equilibrio complejo constituirá la mayor garantía de sostenibilidad y evitará el «drama» de la posible «ruptura del pacto generacional».

Por todo lo anterior y sin perjuicio del carácter sobresaliente de algunas de las reformas financieras –separación de fuentes y cotización de personas trabajadoras autónomas–, es necesario incorporar nuevos y complementarios medios de financiación estables y garantizados. El compromiso de transferencias del Estado es vital, pero creo que insuficiente.

Sin duda, la separación de fuentes es una materia de gran calado cuantitativa, cualitativa y de equidad. Seguramente si el sistema de Seguridad Social hubiera asumido tan solo los gastos propios y el Estado todos aquellos que pertenecen al espacio del «interés general», la situación económico-financiera sería otra bien distinta. Pero, además, la Seguridad Social ha venido pagando durante décadas «políticas ajenas» –cuya lista sería interminable– sin ninguna explicación y, por tanto, con un efecto distorsionado, adulterado de lo que gráficamente podríamos llamar la «cuenta de resultados». Toda la ciudadanía debería conocer detalladamente lo que las cotizaciones sociales han hecho por nuestro país. La imagen, el reconocimiento, la confianza y el compromiso serían diferentes.

La separación de fuentes diseñada y en curso actual –el pasado ya está escrito–, así como el compromiso de transferencias del Estado para hacer frente al importante incremento de pensionistas hasta aproximadamente el año 2050, al aumento de las pensiones y de la esperanza de vida, es una necesidad de subsistencia que se enmarca en las obligaciones del Estado como garante del sistema público, con el límite del equilibrio intergeneracional. En todo caso, quiero resaltar que la «foto es inédita y sobresaliente», al tiempo que «posible» en un espacio de suavidad del Pacto de Estabilidad Presupuestaria.

En este orden y con el antecedente ya referido de la LPGE 2021, el artículo 12 de la LPGE 2022 –nos da una idea de las magnitudes referidas y de los bloques temáticos, aun incompletos– establece que:

Cuatro. A los efectos de lo previsto en la disposición adicional trigésima segunda del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, se realizarán las siguientes transferencias del Estado a los presupuestos de la Seguridad Social en cumplimiento de la recomendación primera del Pacto de Toledo 2020 (en miles de €):

Para la financiación de la prestación contributiva de nacimiento y cuidado de menor: 2.879.580,00.

Para financiar las reducciones en la cotización a la Seguridad Social: 1.690.000,00.

Para financiar las subvenciones implícitas al REM, SEA y contratos de formación: 996.000,00.

Para financiar la integración de lagunas: 468.000,00.

Para financiar los complementos de pensiones contributivas reconocidos en el artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social: 884.210,00.

Para financiar la jubilación anticipada sin coeficiente reductor y sin cotización adicional: 378.000,00.

Para financiar las pensiones en favor de familiares: 387.000,00.

Para cubrir el coste de la pensión anticipada involuntaria en edades inferiores a la edad ordinaria de jubilación: 2.079.000,00.

Para financiar otros conceptos: 5.085.210,00.

Para financiar los complementos de prestaciones contributivas, sujetos a límite de ingresos: 3.549.000,00.

Cinco. Para la financiación del resto de entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, el Estado realizará aportaciones por los siguientes conceptos e importes (en miles de €):

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre (Pensiones extraordinarias del personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado): 249,75.

Para financiar ayudas previas a la jubilación ordinaria a trabajadores mayores de 60 años en el sistema de la Seguridad Social: 11.130,00.

Para financiar ayudas para facilitar la adaptación del sector de la estiba a los cambios de sus relaciones laborales como consecuencia de la sentencia TJUE de 11 de diciembre de 2014: 8.630,00.

Para financiar las prestaciones no contributivas establecidas por la Leyes 26/1990, de 20 de diciembre, y 35/2007, de 15 de noviembre. Protección familiar, incluso para atender obligaciones de ejercicios anteriores: 1.414.001,30.

Para financiar las prestaciones económicas no contributivas por nacimiento y cuidado de menor: 288,00.

Para financiar prestaciones de orfandad no contributivas en favor de víctimas de violencia de género: 3.400,00.

Para financiar los complementos de pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social: 7.050.020,00.

Para financiar el ingreso mínimo vital: 3.021.926,14.

Para cuotas de Seguridad Social y otras obligaciones derivadas de la Ley de amnistía de 15 de octubre de 1977, incluso para atender obligaciones de ejercicios anteriores: 6,01.

Para financiar las bonificaciones de cuotas empresariales por tripulantes de buques especificados en la Ley 19/1994, de 6 de julio, de régimen económico y fiscal de Canarias, incluso para atender obligaciones de ejercicios anteriores: 60.000,00.

Para financiar las prestaciones del síndrome tóxico, incluso para atender obligaciones de ejercicios anteriores: 23.527,47.

Aportación del Estado al presupuesto de la Seguridad Social procedente del mecanismo de recuperación y resiliencia para financiar operaciones corrientes: 32.949,72.

Aportación del Estado al presupuesto de la Seguridad Social procedente del mecanismo de recuperación y resiliencia para financiar operaciones de capital: 29.050,28.

Finalmente, junto a las importantísimas aportaciones del Estado, sorprende –pero así es– la subsistencia del criticado sistema de «Préstamos del Estado a la Tesorería» por cuantías nada despreciables. Así, la disposición adicional tercera de la LPGE 2022 (Préstamo del Estado a la Tesorería General de la Seguridad Social) establece que:

Durante la vigencia de estos presupuestos, anualmente, al objeto de proporcionar cobertura adecuada a las obligaciones de la Seguridad Social y posibilitar el equilibrio presupuestario de la misma, el Gobierno, previo informe de la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional y de la Tesorería General de la Seguridad Social, podrá autorizar la concesión por parte del Estado de préstamos a la Tesorería General de la Seguridad Social por un importe de hasta 6.981.590,00 miles de euros.

Estos préstamos no devengarán intereses y su cancelación se producirá en un plazo máximo de 10 años contados a partir del 1 de enero del año siguiente al de su concesión.

#### 4.4. El MEI

El acuerdo suscrito en el importantísimo espacio del diálogo social entre el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas, con rechazo expreso y lamentable de las organizaciones empresariales, recibe el nombre de MEI. Se incorporó a la ley de reforma durante el trámite parlamentario y ha quedado recogido en la disposición final cuarta de la Ley 21/2021.

El nuevo mecanismo se configura como una herramienta contingente y temporal –en función de las necesidades excepcionales y acotadas en el tiempo al cambio demográfico–

que actuará sobre el conjunto de parámetros del sistema, preservando el equilibrio entre generaciones y fortaleciendo su sostenibilidad en el largo plazo, en los siguientes términos:

Primer componente. A partir de 2023, y a lo largo de un periodo de 10 años, se fijará una cotización adicional finalista que nutrirá el fondo de reserva de la Seguridad Social –cuya normativa se adaptará a estos efectos– en los siguientes términos:

- a) La cotización será de 0,6 puntos porcentuales, de los cuales un 0,5 corresponderá a la empresa y un 0,1 a la persona trabajadora.
- b) Esta cotización finalista se mantendrá hasta 2032.

Segundo componente. Se sitúa a partir de 2032 y pretende, con periodicidad trienal, verificar la previsión de gasto en 2050 –año en el que se alcanzará el mayor número de pensionistas, para después comenzar a decrecer–, actuando en los distintos escenarios, bien destinando los recursos a reducir las cotizaciones o subir las pensiones, bien disponiendo de sus activos para financiar las pensiones, bien, y en el peor de los escenarios, abriendo un nuevo espacio de acuerdo sobre nuevas medidas, utilizando las previsiones del *Ageing Report* de la Comisión Europea o de un documento análogo.

No se trata de un conejo sacado de la chistera, sino que se entronca en múltiples espacios de referencia, a saber, las recomendaciones del Pacto de Toledo y el acuerdo social tripartito, suscrito por todos los interlocutores sociales, el 1 de julio de 2021, así como el componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En todos estos espacios se anunciaba, se acordaba, se exigía la derogación y sustitución del factor de sostenibilidad impuesto por el Gobierno en la reforma del año 2013.

Es claro que una medida que de forma temporal eleva de forma mínima las cotizaciones de personas trabajadoras y empresarios no es la fórmula mágica que resuelve todos los problemas de sostenibilidad de nuestro sistema de Seguridad Social.

El MEI tiene al menos dos finalidades destacables. En primer lugar, pone fin al fantasma amenazante del factor de sostenibilidad del 2013, siempre suspendido en su aplicación y nunca claramente derogado. De esta forma, se elimina un factor reductor de las pensiones de gran calado (que podía alcanzar el 20 %) en las generaciones más jóvenes. El peso individualmente soportado por cada persona trabajadora vinculado a la esperanza de vida generacional se transforma en una aportación finalista y solidaria –sin reflejo en las prestaciones individuales– destinada a incrementar el fondo de reserva para hacer frente a los gastos de pensiones de la generación del *baby boom* si finalmente este fuese superior al previsto. La segunda finalidad, vinculada a otras medidas ya aprobadas o en curso de negociación, busca la sostenibilidad del sistema desde los ingresos rompiendo así la línea clásica de actuación referida a limitar los gastos, esto es, reducir las pensiones. En definitiva, abrimos un espacio de mayor equilibrio y equidad intergeneracional, que deberá tener continuidad.

Como suele ocurrir en esta materia, las críticas desproporcionadas contra el incremento o la reducción de las cotizaciones y sus efectos constituyen verdades a medias. En todo caso, es un debate recurrente en términos de influencia en el empleo. No obstante, y siendo cierto el desequilibrio en términos propios y comparados entre la aportación del empresario y del trabajador/a, las comparaciones abstractas sin referencias a cada sistema, a lo financiado con cotizaciones y/o impuestos, suelen ser bastante equívocas. Conviene aquí constatar que, según datos de 2019 y utilizando el elemento comparativo de mayor precisión, a saber, el porcentaje en términos de PIB de las cotizaciones de empresa y trabajadores/as, la media de la UE-27 se sitúa en el 16 %, de la zona euro en el 16,7 % y por Estados el abanico va desde el 20,2 % de Países Bajos, pasando por el 19,3 % de Alemania, el 17,6 % de Francia, el 16,9 % de Bélgica, el 15,4 % de Italia... y el 13,7 % de España.

La cotización se sube de forma mínima, estamos hablando de un 0,5 % a cargo de la empresa y de un 0,1 % a cargo de la persona trabajadora. Esto significa que la empresa pagará 5 euros más por cada 1.000 euros de base de cotización y el trabajador/a lo hará en una cuantía de 1 euro, sin perjuicio de que parte de la cuota empresarial se recupera en el marginal de los respectivos impuestos de sociedades e IRPF. El incremento referido supone un 0,2 % de incremento en el porcentaje en términos de PIB de las cotizaciones de empresa y personas trabajadoras, pasando del 13,7 al 13,9 %.

La subida de la cotización no compensa en absoluto las bajadas del tipo que se produjeron entre 1980 y 1995. En efecto, el tipo aplicable en el periodo 1978 a 1980 fue del 34,3 %, siendo a cargo de la empresa el 29,15 % y a cargo del trabajador/a el 5,15 %. A partir de este momento comienza una reducción que se estabiliza en 1995 al alcanzar el 23,6 %, permaneciendo invariable hasta hoy. La serie de reducciones es la siguiente: del 29,15 % baja en 1981 al 28,14 %, en 1982 al 27,8 %, en 1983 al 25,8 %, en 1984 al 24,3 %, se estabiliza en el 24 % desde 1985 a 1994, y se reduce nuevamente y se consolida en el actual 23,6 % desde 1995 hasta la actualidad. Por lo que se refiere al trabajador/a, en el mismo periodo, el tipo bajó del 5,15 % en 1978 al 4,7 % en 1995, permaneciendo invariable hasta la actualidad. Esto quiere decir que el tipo aplicable a contingencias comunes para la empresa se redujo en el periodo 1980/1995 en un 5,5 %, mientras que para la persona trabajadora la reducción fue del 0,45 %. Los tipos han sido constantes desde 1995 hasta 2021. Aquellas reducciones de la cotización a cargo de la empresa no produjeron el teorizado incremento de contratación, sino más bien al contrario. En aquellos años se centra el origen de la desproporcionada temporalidad y rotación que caracteriza y lastra nuestro mercado laboral desde hace más de 30 años.

## 4.5. Las principales reformas contenidas en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre

La ley modifica diversos preceptos de la LGSS pudiendo agruparse su contenido en diversos bloques principales, a saber, el nuevo sistema de revalorización de las pensiones,

la reordenación de los diversos tipos de jubilación, la equiparación de las parejas de hecho con respecto a las matrimoniales en la pensión de viudedad y la creación del MEI, que ya hemos analizado.

#### 4.5.1. El sistema de revalorización y garantía de las pensiones

La reforma estrella que da nombre a la ley es la relativa a la revalorización de las pensiones con la consiguiente derogación del índice de revalorización creado por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, y tantas veces suspendido en su aplicación (art. 7.1 b) RDL 18/2019, de 27 de diciembre; disp. adic. única RDL 1/2020, de 14 de enero, y disp. adic. cuadragésima octava Ley 11/2020, de 30 de diciembre).

La ordenación se integra en el nuevo artículo 58 de la LGSS en el que, en línea con la Recomendación 2 del Pacto de Toledo, se recupera la garantía del poder adquisitivo a través de una actualización de las pensiones en función de la inflación del ejercicio anterior, en plena sintonía con el artículo 50 de la Constitución.

Ya me referí a la falta de conexión, especialmente en esta materia, entre la Ley 21/2021 y la LPGE 2022. La explicación «inexplicable» es la siguiente. Cuando se tramita la LPGE, el artículo 58 de la LGSS –y el art. 27 Ley de clases pasivas (LCP)– no estaba reformado, por lo cual, tras regular la revalorización para el año 2022, la disposición adicional cuadragésima quinta de la LPGE 2022 establece la suspensión del artículo 58 de la LGSS –y del 27 LCP–, añadiendo que:

En 2022 la actualización de las pensiones se realizará de acuerdo con lo establecido en el título IV y disposiciones concordantes de esta ley, no siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 58 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social y 27 del texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado.

El desencuentro se produce cuando la Ley 21/2021 modifica el artículo 58 de la LGSS y la LPGE 2022 no lo incorpora en su tramitación parlamentaria.

Así recuperamos una forma de revalorización cuyo primer antecedente lo encontramos en la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social<sup>8</sup>. La revalorización de las pensiones considerando exclusivamente la inflación registrada con plena garantía del mantenimiento

<sup>8</sup> El artículo 4 (Revalorización) establecía que: «Las pensiones que se causen con aplicación de las modificaciones introducidas en la presente ley serán revalorizadas al comienzo de cada año, de acuerdo con el índice de precios al consumo previsto para dicho año».

de poder de compra se consolidó en la primera declaración del Pacto de Toledo (1995) y se concretó jurídicamente –en el marco del acuerdo de diálogo social (1996)– en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social.

En este sentido, se establece que la revalorización de las pensiones al comienzo de cada año se realizará de acuerdo con la inflación media registrada en el ejercicio anterior, con la garantía de que, en el caso infrecuente de inflación negativa, las pensiones no sufrirán merma alguna. Adicionalmente y con la misma finalidad de preservar el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y de garantizar la suficiencia económica de los pensionistas, se prevé la realización, cada 5 años, por parte del Gobierno y en el marco del diálogo social, de una evaluación de los efectos de la revalorización anual que contendrá, en su caso, una propuesta de actuación de la que se dará traslado a la Comisión parlamentaria de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo.

#### A) Un sistema de revalorización sin límites: del blanco al negro en un año de superposición y acumulación de sistemas

Aunque es fácil realizar valoraciones *a posteriori*, hubiera sido razonable incorporar a la fórmula de revalorización de las pensiones un mecanismo de control que limitara su crecimiento sin límite. Era previsible entender que el parón productivo –prácticamente mundial– producido por la pandemia provocaría efectos en el espacio de recuperación de las economías y, entre ellos, un descontrol en la evolución de la inflación. En la zona del euro, la inflación interanual pasó de un nivel negativo del  $-0,3\%$  en el último trimestre de 2020 al  $2,8\%$  en el tercer trimestre de 2021, alcanzando el  $4,1\%$  en octubre. La variación anual en España evolucionó desde el  $-0,8\%$  en noviembre del 2020 al  $5,5\%$  en noviembre del 2021 (Instituto Nacional de Estadística). Situándonos así en la tasa más alta del IPC desde el año 1992.

Conforme al IPC promedio entre los meses de diciembre de 2020 y noviembre de 2021, la cuantía de las pensiones contributivas del sistema y las de clases pasivas sufrirán un incremento del  $2,5\%$ . Junto a ellas, experimentarán un alza mayor las pensiones mínimas, las no contributivas, las de por hija/o a cargo y el IMV, que será del  $3\%$  (LPGE 2022, art. 45.1). No obstante, antes de realizar esta operación, las pensiones serán incrementadas en la diferencia entre el  $0,9\%$  que se determinó para el 2021 y  $2,5\%$  real, esto es, se incrementarán en un  $1,6\%$  adicional. En definitiva, las pensiones se incrementarán en 2022 en un  $4,1\%$ . El porcentaje se elevará al  $4,6\%$  ( $1,6\% + 3\%$ ) para las pensiones mínimas, las no contributivas, las de por hija/o a cargo y el IMV.

El coste previsto se sitúa en torno a 5.800 millones de euros, de los cuales 2.200 millones corresponden a la compensación y 3.600 millones a la revalorización en curso.

Sin perjuicio de los datos económicos referidos que hablan por sí solos, lo destacable –aunque no nuevo, de ahí su relevancia– es que el incremento de 5.800 millones de euros

(en términos porcentuales, el 4,1 % y el 4,6 %), sumado a la nómina de pensiones sobre la que opera, constituirá la base de cálculo de la próxima revalorización. En definitiva, el porcentaje que apliquemos para el 2023 y años sucesivos tendrá un mayor coste.

La reflexión se centra no en la fórmula utilizada, sino en la ausencia de algún mecanismo de control en los tiempos de crisis pandémica en que se aplica, en la situación financiera del sistema y en los retos de sostenibilidad del sistema que no pueden situarse en un espacio de confrontación con la garantía de suficiencia, olvidando los equilibrios necesarios.

Añadimos al sistema una nueva tensión financiera, a mi juicio innecesaria. Hubiera sido plenamente asumible, por ejemplo, que el cambio de sistema implicaba tabla rasa, esto es, la no aplicación de la paga compensatoria. Las justificaciones hubieran sido múltiples. No acumular los efectos de dos sistemas distintos que coinciden en este año pero que desaparecen en el próximo año (esto hubiera evitado la subida de la compensación del 1,6 % que actúa encareciendo el 2,5 % del año 2022 y sucesivos). La trascendencia de la sustitución del durísimo índice de revalorización por la revalorización vinculada a la inflación media registrada en el ejercicio anterior. Finalmente, entre otros, la garantía de que, en el caso infrecuente de inflación negativa, las pensiones no sufrirán merma alguna.

Junto a estas consideraciones, también hubiera sido razonable establecer un límite de crecimiento de las pensiones con elementos de ponderación, fijando un tope asumible financieramente y revisable periódicamente, como lo es el sistema mismo. Las fluctuaciones económicas derivadas de la pandemia pasada y presente son razones de tal peso que no exigen muchas aclaraciones, basta recordar los datos ya referidos de España, que ha transitado desde el -0,8 al 5,4 % en un año escaso.

## B) ¿Nuestro sistema de revalorización es el más equitativo y equilibrador en términos de suficiencia?

En las sucesivas etapas históricas, siempre ha sido un objetivo el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, normalmente en los tiempos modernos mediante la vinculación de las pensiones al IPC. En definitiva, esto significa aplicar a cada pensión el porcentaje que se fije con carácter anual, que refleja la evolución de los precios de un conjunto de bienes y servicios.

La aplicación de un porcentaje fijo sobre una pensión variable produce que el resultado del mantenimiento del poder adquisitivo de la pensión sea prácticamente individualizado. La excepción es cuando el porcentaje se aplica a pensiones mínimas o no contributivas siempre que tengan una cantidad fija y mantiene el mismo efecto cuando es variable, aunque sea por la valoración de factores no contributivos.

Con este escenario podríamos decir que cada pensionista ve actualizada su pensión en función del esfuerzo contributivo histórico que realizó antes de ser pensionista. En efecto,

en la medida en que el esfuerzo contributivo es la base de cálculo de la pensión y la pensión es la base de cálculo de la revalorización, el esfuerzo contributivo de la vida activa se proyecta a lo largo de toda la vida de la persona pensionista.

Cabe preguntarnos si efectivamente quien es pensionista debe seguir inmerso/a en las reglas del sistema contributivo o si, por el contrario, una vez que se accede a la pensión, deja de formar parte de esa estructura. En definitiva, la pregunta es si el esfuerzo contributivo de la vida activa debe proyectarse a lo largo de toda la vida de pensionista.

La fórmula de aplicar porcentajes sobre estructuras contributivas, esto es, sobre la pensión o sobre la base reguladora de la misma, es una fórmula incorrecta utilizada por nuestro sistema para valorar circunstancias o parámetros de carácter asistencial iguales para todos/as y ajenos a la estructura contributiva. La crítica que se ha realizado es que el elemento asistencial que se exige y se mide es igual para todos/as, pero el resultado de la aplicación del porcentaje sobre una base variable produce un efecto distinto e individualizado. De esta forma, a mayor pensión, mayor impacto de la circunstancia o del elemento asistencial, con el resultado de mayor pensión final. Por poner algún ejemplo, estas críticas se hicieron sobre la estructura del complemento de maternidad, hoy afortunadamente corregido. Igualmente, sobre la elevación de la pensión de viudedad hasta el 70 %, situación no corregida hasta ahora.

Traspassando las reflexiones realizadas al tema de la revalorización que nos ocupa, la situación a mi juicio criticable es la siguiente. El elemento que utilizamos para medir el IPC impacta –sin grandes matices– a todas las personas pensionistas por igual. Sin embargo, cuando aplicamos ese valor a cada pensión individual, la compensación que realizamos a cada pensionista es diferente. Utilizando una fórmula gráfica, si la barra de pan sube un 2 % y las pensiones suben un 2 %, con el incremento de la pensión, unos/as pensionistas podrán comprar media barra de pan y otros/as podrán comprar tres barras<sup>9</sup>.

No parece que el resultado sea equitativo, pero, aún más, contribuye frontalmente a que las pensiones insuficientes sean más insuficientes y las más suficientes sean más

<sup>9</sup> Aplicando la fórmula establecida en la ley, los resultados serían los siguientes:

La pensión máxima del 2021 cifrada en 2.707 euros mensuales se incrementaría en el 4,1 % (2,5 + 1,6), elevando la cuantía a 2.819 euros mensuales, lo que significa una subida de 112 euros/mes.

Las pensiones mínimas de jubilación que sufrirán un incremento mayor, al elevarse al 3 %, quedarían de la siguiente forma:

Con cónyuge a cargo: la pensión mínima pasaría de 851 a 890 euros mes (1,6 % + 3 %: 4,6), total de incremento 40 euros /mes.

Sin cónyuge a cargo: la pensión mínima pasaría de 689,7 a 721,42 euros/mes, aplicando el incremento del 4,6 %, lo que supone 31,72 euros /mes.

Con cónyuge no a cargo (que es el espacio puramente contributivo): la pensión mínima pasaría de 654,6 a 684,7 euros/mes, aplicando el incremento del 4,6, esto es, con una subida de 30,1 euros/mes.

suficientes. En definitiva, afrontamos de forma posiblemente inadecuada el mandato del artículo 50 de la CE.

Una fórmula más equitativa podría ser la siguiente:

*De lege ferenda* podría plantear que el incremento de las pensiones con el IPC debería aplicarse a la pensión media del sistema y el resultado obtenido, una cantidad fija, constituiría el incremento igualitario para todas las pensiones del sistema<sup>10</sup>.

Es cierto que un sistema como el descrito tiene el inconveniente –que debería ser corregido– de penalizar a las pensiones máximas que, de por sí, ya están penalizadas, al tener limitados los importes de reconocimiento inicial y revalorización, en relación con el mayor esfuerzo contributivo realizado.

#### 4.5.2. Edad legal de jubilación, edad de expulsión del mercado laboral y edad de acceso a la jubilación: dudosas verdades o verdades incompletas

Otro bloque de materias incorporadas a la Ley 21/2021 se centra en los distintos parámetros de ordenación de la jubilación, singularmente, desincentivación de las jubilaciones anticipadas, especialmente las voluntarias, fomento del mantenimiento en activo tras el cumplimiento de la edad de jubilación, retoques en la jubilación activa. Podríamos decir que la finalidad del conjunto de materias es propiciar «trabajar más tiempo» y, especialmente, aproximar la edad legal de jubilación a la edad real de expulsión del mercado laboral.

Así, en materia de jubilación anticipada voluntaria, se revisan los coeficientes reductores aplicables por cada mes de anticipación (antes era trimestral), con el fin de promover la jubilación a edades más próximas a la edad legal de jubilación y favorecer las carreras de cotización más largas. No obstante, se admite la aplicación de los coeficientes reductores correspondientes a la jubilación por causa no imputable a la persona trabajadora en caso de percepción del subsidio de desempleo con una antelación de al menos 3 meses. De otro lado, con el fin de reforzar la equidad, los coeficientes reductores correspondientes a esta modalidad de pensión se aplicarán sobre la cuantía de la misma, respetando la limitación

<sup>10</sup> Tomando como referencia la pensión de jubilación por su carácter mayoritario (representan aproximadamente el 62,6 % del total de las pensiones), se darían los siguientes incrementos: sobre la pensión media de 1.193,81 euros, se sumaría primero el 1,6 % (la diferencia entre el 2,5 % real y el 0,9 % previsto), que supondría 19 euros. Incorporando esa cantidad, daría nueva pensión media (1.193,18 + 19: 1.212,81 €), sería entonces cuando a esta cantidad aplicaríamos la revalorización del 2,5 %, que sería de 30 euros, lo que nos daría la pensión media revalorizada de 1.242,81. En definitiva, el incremento para el año 2022 que aplicaríamos a todas las pensiones por igual sería de 49 euros.

máxima a la que se refiere el artículo 57 de la LGSS, si bien dicha modificación se realizará de manera progresiva, a lo largo de un periodo de 10 años. La extensión de la menor penalización a las personas trabajadoras procedentes del desempleo debería haber sido completa, esto es, a todas las que estén percibiendo cualquier tipo de prestación o subsidio. La razón es clara, el acceso al desempleo no es una opción voluntaria. De ello deriva que el acceso a la jubilación desde la situación de desempleo no convierte lo involuntario en voluntario.

En el ámbito de la jubilación anticipada involuntaria, se introducen varias modificaciones destacables. Para empezar, a las causas de extinción contractual que dan derecho al acceso a esta modalidad de jubilación, mencionadas en el artículo 207.1 de la LGSS, se añaden ahora el resto de causas extintivas por razones objetivas, así como la resolución voluntaria por parte de la persona trabajadora, en los supuestos previstos en los artículos 40.1, 41.3, 49.1 m) y 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET). La revisión y ampliación de las causas que abren la puerta a la jubilación anticipada involuntaria dan respuesta a una doctrina jurisprudencial razonablemente regida en la interpretación del precepto. La minoración de la edad de jubilación se halla estrictamente vinculada a la concurrencia de la circunstancia que constituye el elemento esencial de la propia institución jurídica: la involuntariedad del cese. Ahora bien, el precepto no equipara a ello cualquier supuesto de desempleo, sino que efectúa una clara concreción de los supuestos en que, «a estos efectos» (*sic*), se reconoce la existencia de una situación de «reestructuración empresarial que impida la continuación de la relación laboral». Por consiguiente, afirma la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 183/2021, de 10 de febrero, que la ley excluye todas las demás situaciones que dan lugar a la extinción del contrato de trabajo y también obedecen a causa no imputable a la persona trabajadora. Y, en este punto, hemos de sostener que tampoco cabe incluir los incumplimientos contractuales de la parte empresarial –como son los que sirven para el ejercicio de la acción del art. 50 ET, de la que se trata en el presente caso–. Sostener lo contrario, concluye la sentencia, llevaría a desdibujar la finalidad buscada por el legislador que expresa y taxativamente «ha querido centrar de forma limitada y estricta la posibilidad de acceso a la jubilación anticipada y, para ello, ha definido un concepto, elaborado "ad hoc", como es el de la "reestructuración empresarial", fijando y concretando el contenido y alcance del mismo».

En este orden, también quiero destacar la exclusión inexplicable, tanto en la reforma del 2011 como en la actual del 2021, de la opción de jubilación anticipada involuntaria de la persona trabajadora por cuenta propia que es víctima de violencia de género. La figura tan solo es aplicable a las trabajadoras por cuenta ajena. La solución es técnicamente sencilla, incorporar el artículo 207.1 d) 7.ª de la LGSS a los preceptos que se aplican al régimen de personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, esto es, al artículo 318 d) de la LGSS; o también a la disposición adicional primera, que determina las normas aplicables a los regímenes especiales. Téngase en cuenta que la referida es la única situación en «todo» el sistema donde están excluidas las trabajadoras por cuenta propia que son víctimas de violencia de género. Las razones de la exclusión que tantas veces he denunciado escapan de mi entendimiento.

Además, el coeficiente aplicable sobre la pensión se determina ahora por mes de adelanto de la jubilación y no por trimestre.

Así, en materia de jubilación demorada se favorece la utilización de dicha fórmula mediante la sustitución del incentivo único hasta ahora establecido por la posibilidad de que la persona interesada pueda optar entre la obtención de un porcentaje adicional del 4 % por cada año completo de trabajo efectivo que acredite con posterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación –porcentaje adicional que se sumará al que corresponda de acuerdo con el número de años cotizados y se aplicará a la respectiva base reguladora, a efectos de determinar la cuantía de la pensión– o una cantidad a tanto alzado por cada año completo de trabajo efectivo acreditado y cotizado entre la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación y la del hecho causante de la pensión; o una combinación de las dos opciones anteriores.

Por lo que a la jubilación activa se refiere, en coherencia con todo lo anterior, se exige como condición para acceder a esta modalidad de jubilación el transcurso de al menos 1 año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, estableciéndose el compromiso del Gobierno de revisar esta modalidad de jubilación en el plazo de 6 meses y en el marco del diálogo social, con el fin de favorecer el mantenimiento de la actividad de las personas trabajadoras mayores, al tiempo que se preserve la sostenibilidad del sistema.

Sin duda han quedado muchos espacios en el tintero. Es imprescindible una reordenación completa del espacio de compatibilidad entre jubilación y trabajo, bien a favor o bien en contra. Lo que es inadmisibles es el «privilegio», casi individual, que constituye el acceso a la jubilación activa de trabajadores/as por cuenta propia y ajena, prácticamente singularizados; así como los espacios de privilegio de ciertos colectivos frente a la compatibilidad plena de la jubilación y los ingresos del trabajo –o a las pensiones de incapacidad permanente, Moreno Romero, 2021a, p. 60–, o, por el contrario, el silencio normativo asociado a la inseguridad jurídica de la situación de los/las pertenecientes al sistema de clases pasivas en relación con las personas trabajadoras por cuenta ajena. En definitiva, es necesario apostar por una figura o por otra y proceder a la ordenación correspondiente (Maldonado Molina, 2021a, p. 170).

Una medida clásica nunca alcanzada, siempre deseada y recomendada por la Unión Europea es la aproximación entre la edad legal de jubilación y la edad de expulsión del mercado laboral de las personas trabajadoras de mayor edad. El distanciamiento entre ambas edades está en el tejado de los empresarios, que aprovechan y se benefician de todas las herramientas que el ordenamiento ofrece, con finalidad distinta, para amortizar puestos de trabajo, rejuvenecer plantillas..., a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social. La lucha contra este vicio del mercado se plantea siempre en términos de consecuencia involuntaria y forzada, mediante la reducción y penalización de las pensiones y no de la conducta originaria y causal que está en sede empresarial.

No estoy nada convencido sobre el impacto de las reformas de la jubilación anticipada –ni antes, ni ahora (Moreno Romero, 2014, p. 710)–, especialmente la voluntaria, en términos de alcanzar el objetivo de elevar la edad real de expulsión de las personas trabajadoras del mercado laboral. Si nos situamos en la edad de acceso a la protección por desempleo –contributiva y asistencial– de los trabajadores/as expulsados a edades tempranas y la comparamos con la edad legal y la edad de acceso a la jubilación anticipada, no creo que

la distorsión proceda del uso desproporcionado de la jubilación voluntaria. Probablemente la búsqueda del objetivo –necesario y deseado– tenga su espacio más complejo, pero más efectivo, en la adopción de medidas que operen sobre el mercado laboral. La fijación, en un espacio único, de una penalización desmedida a una persona trabajadora que ha cotizado entre 40 y 50 años a la Seguridad Social y la ausencia de fórmulas efectivas que impidan la expulsión indiscriminada y en muchas ocasiones encubierta carecen de racionalidad y de equidad. El tiempo y las cifras reales enjuiciarán los resultados y el cumplimiento de los objetivos (Tortuero Plaza, 2021).

#### 4.5.3. El Gobierno progresista rectifica al Gobierno progresista: las parejas de hecho dejan de ser ciudadanía de segunda categoría en materia de pensión de viudedad

No es ninguna novedad afirmar que la pensión de viudedad ha sido siempre fuente de controversias judiciales que son reflejo de los desajustes entre la ordenación jurídica y la realidad social sobre la que opera la norma. Y lo ha sido tanto si existía matrimonio como parejas de hecho y, por supuesto, en los casos de separación, divorcio o nulidad. Junto al desencuentro referido, la ordenación legal escasamente revisionista y siempre cargada de lastre histórico ha contribuido igualmente al conflicto.

La controversia está instalada en todos los órdenes jurisdiccionales. Tanto en el orden contencioso-administrativo en la aplicación de la LCP del Estado, como en el orden social, aplicando la LGSS, con relevantes discrepancias entre ambas jurisdicciones. Y, por supuesto, con excesiva frecuencia, es materia conocida por el TC. El relato sería interminable. Baste a modo de ejemplo traer a colación la reciente STS 480/2021, de 7 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que en recurso de casación concede la pensión de viudedad a una ama de casa tras el fallecimiento de su pareja, un guardia civil (adscrito al régimen de clases pasivas) con el que convivió durante 30 años y con el que tuvo tres hijos. Le concede la pensión de viudedad, aunque nunca se casaron, ni se inscribieron como pareja de hecho en los registros de las comunidades autónomas ni de los ayuntamientos, ni en un documento público. Por lo tanto, corrige lo establecido en la normativa de clases pasivas del Estado (con posible proyección sobre la norma de la LGSS), reconociendo en el fallo –(2.º) Se fija como doctrina lo reflejado en el penúltimo fundamento de derecho– «que la prueba de acreditar una pareja de hecho no es solo por inscripción registral o documento público, sino también certificado de empadronamiento u otro válido en derecho que demuestre esa convivencia de forma inequívoca». Realizando una valoración aproximativa y alejándonos del supuesto de hecho y de cualquier otro más o menos relevante, la exigencia formal –igualmente contemplada en la LGSS– había sido bendecida en términos constitucionales por el TC<sup>11</sup> y era doctrina reiterada, constante y uniforme de la Sala

<sup>11</sup> No vulnera la constitución la exigencia de que se acredite la existencia de la pareja de hecho por certificación registral o documento público en el que conste su constitución (Sentencia del TC 51/2014, de 7 de abril).

Cuarta<sup>12</sup>. En definitiva, la sentencia nos sitúa en la historia previa a la reforma de 2007, a saber, la situación de las parejas de hecho frente a la pensión de viudedad y los ríos de tinta doctrinal y judicial vertidos sobre la materia. Claro está, con ciertos matices, al existir hoy protección para la formalizada; por tanto, si eliminamos la exigencia formal de constitución, quedan dentro todas<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> La existencia misma de la pareja de hecho puede acreditarse indistintamente mediante la inscripción en el registro de parejas de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia (STS 393/2017, de 4 de mayo) o la constancia de su constitución en documento público (como puede ser su formalización ante notario) (SSTS de 26 de diciembre de 2011, rec. 245/2011, y 20 de mayo de 2014, rec. 1738/2013; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Madrid 1426/2015, de 29 de junio). El TS niega la validez a estos efectos del libro de familia, ya que solo acredita la filiación, pero en absoluto la existencia de una relación de hecho de una pareja (SSTS de 3 de mayo de 2011, rec. 2170/2010, y 18 de julio de 2012, rec. 3971/2011). Tampoco tienen efectividad el testamento que nombra heredera a la persona con la que se convive (STS de 26 de noviembre de 2012, rec. 4072/2011), ni las disposiciones testamentarias de las personas convivientes en las que, además de legar el 30 % de su herencia a la otra, manifiestan que ambas convivían maritalmente (STS de 9 de octubre de 2012, rec. 3600/2011), ni la manifestación de su existencia en una escritura pública de constitución de préstamo hipotecario (STSJ de Cataluña 6778/2015, de 6 de noviembre). Tampoco acredita la pareja de hecho los datos del padrón municipal (STS de 29 de marzo de 2016, rec. 3151/2014).

<sup>13</sup> De la sentencia parece desprenderse que la situación de hecho –convivencia durante más de 30 años, tres hijos comunes, convivencia en el mismo domicilio, de forma análoga a la propia de la relación conyugal, la vivienda la adquirieron en común y en ella aparecen empadronados; su condición de pareja consta en un documento notarial de compraventa, declaraciones del IRPF de forma conjunta y estaban empadronados en el mismo domicilio– y la ausencia de la formalidad exigida por la ley (no existe inscripción en el Registro de Parejas de Hecho y tampoco hay un documento público notarial que haga constancia de la constitución de pareja de hecho) han determinado el fallo que generará una doctrina con una deriva compleja dada la identidad de regulación –LCP y LGSS– y los distintos planteamientos de las salas del TS.

Sorprende el planteamiento. Supongo que el error en la apreciación es del catedrático que escribe y no de los magistrados del Alto Tribunal. Dice así la sentencia:

Esta sala ha observado en la interpretación del párrafo cuarto del artículo 38.4 del Real Decreto legislativo 670/1987 el mismo criterio seguido por la Sala Cuarta en la interpretación del artículo 174.3 del Real Decreto legislativo 1/1994 respecto de la acreditación de la convivencia estable. En ese sentido se pronunció nuestra Sentencia n.º 1668/2019, de 3 de diciembre (recurso de casación n.º 5178/2017).

Se dijo allí:

«el requisito de la convivencia estable y notoria al menos en los 5 años previos al fallecimiento del causante, exigido por el artículo 38.4 del texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto legislativo 670/1987, puede ser acreditado, además de mediante el certificado de empadronamiento, por cualquier otro medio de prueba válido en derecho que la demuestre de manera inequívoca».

El antecedente recogido por la Sala Tercera e igualado a la doctrina de la Sala Cuarta (STS, Sala Tercera, 1668/2019, de 3 de diciembre, y, entre otros de los ya citados STS, Sala Cuarta, de 20 de julio de 2010, rec. 3715/2009) no es ni idéntico, ni similar. La doctrina –el requisito de la convivencia estable y notoria durante 5 años puede acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho con

La superación de la vinculación de la pensión de viudedad con el matrimonio, esto es, la incorporación de las parejas de hecho a la protección, fue largamente demandada hasta su reconocimiento establecido por la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. En efecto, la regulación de la pensión de viudedad en casos de parejas de hecho y los requisitos para su concesión se encontraban regulados en el artículo 174.3 de la LGSS aprobada por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, y en la actualidad están regulados en el artículo 221 de la LGSS, aprobada por el Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Desde entonces, las reformas han sido continuas y las controversias innumerables.

Sin demasiada justificación dado el perfil político del Gobierno de la época, la incorporación de las parejas de hecho a la protección de la viudedad se cristalizó mediante la creación de una «segunda categoría» diferenciada de la matrimonial. De esta forma y a diferencia del matrimonio, en las parejas de hecho, a la persona supérstite se le exigía «dependencia económica» de la causante. Así, la ordenación jurídica incorporaba un elemento diferencial dentro del régimen contributivo y con idénticas reglas, que carecía de justificación objetiva y razonable.

No obstante, el TC mediante Auto 8/2019, de 12 de febrero, decidió inadmitir esta cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona. Según el auto, desde la perspectiva del artículo 14 de la CE nada impide que el legislador pueda regular legítimamente la pensión de viudedad de las parejas de hecho «condicionando su reconocimiento o su cuantía a la existencia de un estado real de necesidad del supérstite o de dependencia económica del causante, así como, en su caso, a la existencia de cargas familiares». Por tanto, es perfectamente constitucional una regulación de la pensión de viudedad para parejas de hecho de las características de la introducida por la Ley 40/2007, que no replique enteramente el régimen jurídico de la pensión de viudedad previsto para los matrimonios, en particular una regulación cuyo «reconocimiento se fundamenta en la concurrencia de una situación real de necesidad del supérstite, en función de su nivel de ingresos propios [...]» (FJ 3.º c).

Esta ordenación diferencial es la que intenta cambiar la nueva ordenación contenida en la Ley 21/2021. A estos efectos se modifican los artículos 221, 222 y 223 de la LGSS, así como se incorpora una nueva disposición adicional cuadragésima, para dar respuesta a las situaciones excepcionales. Finalmente, la disposición adicional tercera determina que en el plazo de 1 año el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones analizará la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social, a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional. Repárese en que la ausencia de una regulación estatal de las parejas de hecho determinó que la reforma de 2007 tuviera que afrontar, con carácter previo, la conceptualización jurídica de las parejas de hecho a los exclusivos efectos de la pensión de viudedad.

---

especial poder de convicción, como puede ser el certificado de empadronamiento— refiere a los medios de prueba de la convivencia y no a la existencia de pareja de hecho en términos legales. Dicho en otros términos, al omitir la formalización exigida por la ley, la prueba de convivencia es la prueba de constituir pareja de hecho.

Sin entrar en el análisis detallado de su nuevo régimen jurídico, conviene destacar como novedades las siguientes:

- Por un lado, la desaparición de la dependencia económica como requisito de concesión, igualando en estos términos el estatus matrimonial y las parejas de hecho formalizadas. A estos efectos, el artículo 221.1 elimina de su ordenación la referencia a la cuantificación relacional de los ingresos de la persona supérstite respecto de la causante. De esta forma, el precepto determina que también tendrán derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, quienes cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 219 se encuentren unidos a la persona causante en el momento de su fallecimiento como pareja de hecho.
- También las parejas de hecho se incorporan a la protección en los supuestos de ruptura con una similitud a la situación de divorcio. Así, el artículo 221.3 determina que, cuando la pareja de hecho constituida en los términos exigidos se extinga por voluntad de una o ambas personas convivientes, el posterior fallecimiento de una de ellas solo dará derecho a pensión de viudedad con carácter vitalicio a la superviviente cuando, además de concurrir los requisitos exigidos en cada caso en el artículo 219, no haya constituido una nueva pareja de hecho en los términos indicados en el apartado 2 ni contraído matrimonio. Exigiéndose a estos efectos que la persona supérstite sea acreedora de una pensión compensatoria y que esta se extinga con motivo de la muerte de la persona causante, salvo para las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho. Se incorporan así las parejas de hecho «divorciadas» a la exigencia de ser formalmente fieles a la causante.

En similares términos a los inagotables conflictos en las situaciones de separación, divorcio y nulidad, y aun con una jurisprudencia con cierta consolidación, el anuncio de la conflictividad ahora referido a las parejas de hecho divorciadas está garantizado. Como ya he afirmado y ahora reitero, ni existe una ordenación estatal de las parejas de hecho ni de su extinción.

- En otro orden, las parejas de hecho se incorporan al ámbito de protección de la pensión de viudedad temporal (art. 222) con una ordenación bastante confusa. La foto temporal y causal que en los supuestos de matrimonio da origen a la pensión temporal del artículo 222 está contenida en el artículo 219.2, donde nada se dice de las parejas de hecho. El silencio causal también está en la ordenación contenida en el artículo 221 regulador de la pensión de viudedad de las parejas de hecho en todos los supuestos. Por tanto, se reconoce el derecho a la pensión sin determinar la causa que la origina. Reconstruyendo la causa por asimilación –que es mucho decir, cuando se trata de una regla que pretende evitar los matrimonios y ahora las parejas de hecho de convivencia–, el artículo 222 tan solo hace referencia «al tiempo de la formalización» y no al tiempo de convivencia.

- Igualmente, a las reformas referidas se incorporan la ordenación de la compatibilidad y extinción de las prestaciones de viudedad, contenida en el artículo 223.
- Especial relevancia por su alcance tiene el mecanismo de compensación histórica regulado en la nueva disposición adicional cuadragésima de la LGSS, que permite a las personas supérstites que no pudieron obtener pensión de viudedad solicitar la misma en el plazo improrrogable de 12 meses a partir del 1 de enero de 2022 y con efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la solicitud.

Las exigencias son las siguientes:

- Que, a la muerte de la persona causante, reuniendo esta los requisitos de alta y cotización a que se refiere el artículo 219 de la LGSS, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
- Que la persona beneficiaria pueda acreditar en el momento de fallecimiento de la causante la existencia de pareja de hecho, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 221.
- Que la persona beneficiaria no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

La disposición es, por un lado, generosa en sus espacios temporal y causal y, por otro, incorpora restricciones inexistentes en la ordenación con la que se pretende equiparar y en la selección de las personas llamadas a ser compensadas.

La persona causante debió reunir en el momento del fallecimiento –faltaría más– los requisitos de alta y cotización, incorporando las situaciones asimiladas, la cotización singular para los supuestos de no alta... Hubiera sido menos confusa –y posiblemente menos conflictiva– la remisión sin más a los requisitos del artículo 219. Igualmente, que en el momento del fallecimiento se pueda acreditar la existencia de pareja de hecho.

Con estas premisas, el espacio temporal abierto refiere al periodo que se inicia con la entrada en vigor de la Ley 40/2007 y se cierra con la entrada en vigor de la Ley 21/2021, que instala la nueva legalidad, sin perjuicio del periodo de solicitud. No obstante, repárese en los criterios de flexibilidad jurisprudencial respecto a los tiempos y exigencia para la constitución de las parejas de hecho.

La norma no establece ninguna limitación causal, simplemente refiere a que «no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad». La fórmula utilizada no exige «denegación», simplemente que no se hubiera podido causar. Posiblemente hubiera sido más razonable y menos conflictivo vincular la causa al límite de ingresos.

Tampoco limita los tipos de pensión, de forma que se incorpora tanto la pensión «genérica» como la pensión por extinción de la pareja de hecho, con todo un abanico de variables

referidas a la pareja de hecho divorciada. Tan solo y por su propia naturaleza temporal, el límite propio opera en la pensión de viudedad temporal.

Junto a estos espacios de apertura casi sin límites, la norma restringe su aplicación –en todos los tiempos referidos– a que la persona supérstite «no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social». La restricción es injustificada y caprichosa en términos jurídicos, ya que no coincide ni con las reglas previas ni con las posteriores.

Ha sido regla clásica –antes y después de la Ley 21/2021– que la pensión de viudedad es la única compatible con todo, rentas del trabajo y prestaciones sustitutorias de las mismas. Así se desprende del artículo 223.1 de la LGSS (la pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo) y del artículo 10 de la norma reglamentaria, la Orden ministerial de 13 de febrero de 1967 (la pensión de viudedad será compatible con cualquier renta de trabajo de la viuda o con la pensión de vejez o invalidez a que la misma pueda tener derecho). La compatibilidad afecta a la pensión sin distinción de si es por matrimonio, pareja de hecho, divorcio, separación... La regla descrita es la misma tras las reformas operadas por la Ley 21/2021, que a estos efectos no afecta a las reglas de los artículos 223.1 de la LGSS y 10 de la norma reglamentaria.

Dicho lo anterior, la exigencia de que la persona supérstite de la pareja de hecho deba no ser beneficiaria de una pensión contributiva –cuando la pensión que solicita sí es compatible– para solicitar la pensión de viudedad excepcional, y, una vez reconocida la pensión de viudedad, sea compatible con el trabajo y con cualquier otra pensión sustitutoria de las rentas del trabajo, carece de la más mínima coherencia legal. Dicho en otros términos, la exigencia referida vulnera el principio de igualdad del artículo 14 de la CE.

## 5. La redimensión de la protección social complementaria profesional

El último espacio de reforma proyectada y en parte realizada se centra en la reordenación del espacio de protección complementaria. En la fase previa de la pandemia había sido objeto de reformas iniciales en varios países de la Unión Europea, que se centraban en fortalecer o redimensionar el espacio de la protección complementaria profesional, diferenciándolo del individual. Incluso esta dimensión ha tenido reflejo en las normas específicas para los distintos ámbitos, como son la Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, en el ámbito de la previsión empresarial; y el Reglamento (UE) 2019/1238 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales, en el ámbito de la previsión individual.

Se trata de nuevas fórmulas, que no son enteramente nuevas, que pretenden implantar mecanismos de protección de aportación definida, por tanto, de capitalización, vinculados al ámbito de las empresas, o (y esta es la nueva tendencia) a la mera realización de actividad, con participación conjunta de empresarios y trabajadores/as, e incluso del Estado (como es el sistema implantado en el Reino Unido), y que pretenden tener carácter obligatorio de forma directa o indirecta.

En España, esta es nuestra asignatura pendiente, que exige planteamientos nuevos (López Cumbre, 2021, p. 90). No tenemos desarrolladas adecuadamente fórmulas complementarias de protección en ninguno de los niveles, ya sean vinculados al empleo o ya sean de carácter individual y con planteamientos de fiscales carentes de equidad. Ambas situaciones pretenden corregirse (Monereo Pérez *et al.*, 2021) siguiendo las directrices de la AIReF (Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal), a su vez recogidas por el Pacto de Toledo de 2020, en la LPGE 2021.

Este espacio de reforma –que también es contemplado en la Recomendación 16 del Pacto de Toledo–, en parte incorporado a la LPGE 2021 (disp. adic. cuadragésima, que crea y articula el fondo de pensiones público de empleo), contempla una revisión del sistema de previsión social complementaria, penalizando los planes de pensiones individuales mediante una reducción del incentivo fiscal y haciendo una apuesta por los planes de empleo. Igualmente, la disposición adicional cuadragésima de la LPGE 2021 determina que, en el plazo máximo de 12 meses, el Gobierno ha de presentar un proyecto de ley sobre fondos de pensiones públicos de empleo en el que se atribuya a la Administración General del Estado la capacidad legal para su promoción. No se trata de un simple mandato, sino de una previsión con un contenido detallado y claro en lo sustancial, como recoge la disposición adicional cuadragésima de la LPGE 2021.

Así ha sido, el Consejo de Ministros del 23 de noviembre de 2021 acordó la tramitación del anteproyecto de Ley de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

Es posible que estemos en presencia de un silencioso cambio de modelo (Tortuero Plaza y Vila Tierno, 2021, p. 675), propiciado por un Gobierno de coalición progresista que plantea no pocas dudas. A mi juicio, el punto de encuentro progresista estaría en la universalidad de su alcance –primero para las personas trabajadoras por cuenta ajena y luego para las que lo son por cuenta propia– que no es posible conseguir a través de la negociación colectiva. En más de una ocasión he argumentado y defendido en sedes académicas que el elemento que podría proporcionar la universalidad es la vinculación por mandato legal de las aportaciones al contrato de trabajo con carácter obligatorio, otorgando un papel de estructuración, mejora y complementariedad a la negociación colectiva (Tortuero Plaza, 2018, p. 132).

## Referencias bibliográficas

- Álvarez Cortés, J. C. (2020). Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 56, 273-316.
- Chabannes, M. (2021). El discurso de la Unión Europea sobre pensiones en el marco de la Estrategia Europa 2020. En F. Vila Tierno y M. Gutiérrez Bengoechea (Dir.), *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores* (pp. 69-86). Thomson Reuters Aranzadi.
- Comisión Europea. (2016). *Pension reforms in the EU since the Early 2000's: Achievements and challenges ahead*. Publications Office of the European Union. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/dp042\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/dp042_en.pdf).
- García Pérez, J. (2020). La jubilación de la generación *baby boom*: una realidad coyuntural. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 24, 81-97.
- Gómez Salado, M. A. (2021). El sistema multi-pilar de pensiones en España y su caracterización jurídico-social y económica: el viejo debate entre lo público y lo privado. En F. Vila Tierno y M. Gutiérrez Bengoechea (Dir.), *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores* (pp. 344-368). Thomson Reuters Aranzadi.
- Hierro Hierro, F. J. (Dir.). (2021). *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo» (2020)*. Thomson Reuters Aranzadi.
- López Cumbre, L. (2021). El «derecho» a la pensión futura. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 3, 85-118.
- Maldonado Molina, J. A. (2021a). La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista. En J. L. Monereo Pérez y J. A. Maldonado Molina (Dir.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español* (pp. 155-186). Comares.
- Maldonado Molina, J. A. (2021b). La protección social de los mayores durante la pandemia del COVID-19. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 3, 119-177.
- Molina Navarrete, C. (2021). El «maná» de los «euro-millones» y las reformas que condicionan su «lluvia»: ¿qué mercado de trabajo, qué sistema de pensiones? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 461-462, 5-25.
- Monereo Pérez, J. L. (2021). La garantía de las pensiones: desafíos para la sostenibilidad económica y social. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 3, 21-84.
- Monereo Pérez, J. L.; Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Bengoechea, M. (2021). *Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones*. Laborum.
- Monereo Pérez, J. L. y Rodríguez Iniesta, G. (2020). El Pacto de Toledo 25 años después (A propósito del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo de 2020). *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 25, 13-32.
- Monereo Pérez, J. L.; Rodríguez Iniesta, G. y Trillo García, A. (2021). *Ingreso mínimo vital en el sistema de protección social: estudio de su configuración y régimen jurídico*. Laborum.

- Moreno Romero, F. (2014). Las jubilaciones anticipadas y el RDL 5/2013 de 15 de marzo. En P. Burriel Rodríguez-Diosdado (Coord.ª) y J. I. García Ninet (Dir.), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el derecho del trabajo y de la seguridad social: su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014* (pp. 705-728). Atelier.
- Moreno Romero, F. (2017). La acción protectora del sistema de Seguridad Social para los trabajadores incorporados al régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos. En J. L. Monereo Pérez y F. Vila Tierno (Coords.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de reformas urgentes del trabajo autónomo* (pp. 501-550). Comares.
- Moreno Romero, F. (2021a). De la compatibilidad a la incompatibilidad y viceversa: legislación inadecuada y espacio para la construcción jurisprudencial. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 27, 47-70.
- Moreno Romero, F. (2021b). La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por Real Decreto Ley 3/2021. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58.
- Panizo Robles, J. A. (2011). [Dos décadas de reformas de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo de 1995 al Acuerdo Social y Económico de 2011](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 336, 5-122.
- Panizo Robles, J. A. (31 de diciembre de 2020). [La Seguridad Social en los presupuestos para 2021 \(Comentarios a la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2021\)](https://www.laboral-social.com/panizo-robles-en-abierto-analisis-contenido-ley-11-2020-presupuestos-generales-estado-2021.html). CEF-Laboral-Social. <https://www.laboral-social.com/panizo-robles-en-abierto-analisis-contenido-ley-11-2020-presupuestos-generales-estado-2021.html>.
- Panizo Robles, J. A. (31 de diciembre de 2021). [La Seguridad Social en los presupuestos para 2022 \(Comentarios a la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2022 y al Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre\)](https://www.laboral-social.com/comentario-novedades-ley-presupuestos-generales-2022-panizo-robles.html). CEF-Laboral-Social. <https://www.laboral-social.com/comentario-novedades-ley-presupuestos-generales-2022-panizo-robles.html>.
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (2020). La lucha contra la exclusión socio-laboral en España: 1990-2020. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 5(1), 5-14.
- Sánchez-Urán Azaña, Y. y Grau Ruiz, M. A. (2021). Seguridad Social y economía digitalizada. En F. J. Hierro Hierro (Dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo» (2020)* (pp. 905-946). Thomson Reuters Aranzadi.
- Tortuero Plaza, J. L. (2018). [De la solidaridad intergeneracional al riesgo del fraude piramidal](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 429, 105-135.
- Tortuero Plaza, J. L. (2021). Editorial. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 3, 14-19. <https://doi.org/10.24310/rejls.vi3.13532>.
- Tortuero Plaza, J. L. y Vila Tierno, F. (2021). Solidaridad y suficiencia. La construcción silenciosa de un cambio de modelo. En F. J. Hierro Hierro (Dir.), *Perspectivas jurídicas y económicas del «Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo» (2020)* (pp. 663-699). Thomson Reuters Aranzadi.
- Vila Tierno, F. (2020). El difícil equilibrio entre la sostenibilidad y la suficiencia. Una visión general de la situación general del sistema de pensiones pensando en el futuro. En M. Á. Gómez Salado (Coord.) y F. Vila Tierno y M. Gutiérrez Bengoechea (Dir.), *La incidencia de los diferentes factores endógenos y*



- exógenos sobre sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones* (pp. 3-28). Comares.
- Vila Tierno, F. (2021). Pensiones, mayores, reformas y perspectiva internacional. En F. Vila Tierno y M. Gutiérrez Bengoechea (Dirs.), *La suficiencia y la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva internacional: especial atención a las personas mayores* (pp. 27-50). Thomson Reuters Aranzadi.
- Vila Tierno, F. (2022). La protección de los mayores frente a la carencia de rentas en un contexto de reformas por la sostenibilidad. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 61.
- Vila Tierno, F. y Moreno Romero, F. (2018). Equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad. Pensiones mínimas, revalorización automática y factor de sostenibilidad. En J. C. Álvarez Cortés (Dir.), *Trabajadores maduros y seguridad social* (pp. 69-92). Aranzadi.



# Última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre despidos colectivos. Una exposición crítica

**Luis Pérez Capitán**

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social  
Director del Servicio de Estudios de UGT (Madrid, España)*

[luisolite1@gmail.com](mailto:luisolite1@gmail.com)

## Extracto

La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, decisiva en numerosos aspectos de la realidad del derecho del trabajo, es aún más relevante en el ámbito del despido colectivo. La exposición y breve análisis de la última doctrina al respecto nos muestra una normativa de despido colectivo con graves carencias y necesidades urgentes de cambio.

Umbrales, causas, conexión con otras instituciones del derecho del trabajo como sucesión o grupo de empresas, criterios de selección son algunas de las importantes materias que la Sala de lo Social ha debido analizar durante el último semestre de 2021. Y si bien no se aprecian grandes cambios en la doctrina que se venía exponiendo al respecto, la consolidación de algunos criterios y la matización de otros a la luz de las nuevas circunstancias propias de un segmento del ordenamiento jurídico sometido a continua tensión determinan la necesidad de una exposición y análisis ordenado de la doctrina del Tribunal Supremo en torno al despido colectivo.

**Palabras clave:** Tribunal Supremo; despido colectivo; umbrales; causas; grupo de empresas; criterios de selección; caducidad.

Fecha de entrada: 11-01-2022 / Fecha de aceptación: 11-01-2022

**Cómo citar:** Pérez Capitán, L. (2022). Última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre despidos colectivos. Una exposición crítica. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 467, 225-240.



# Latest case law of the Supreme Court on collective dismissals. A critical exposition

Luis Pérez Capitán

## Abstract

The case law of the Social Division of the Supreme Court, decisive in many aspects of the reality of labor law, is even more relevant in the area of collective dismissal. The exposition and brief analysis of the latest doctrine in this regard shows us a collective dismissal regulation with serious shortcomings and an urgent need for change.

Thresholds, causes, connection with other labor law institutions such as succession or group of companies, selection criteria are some of the important matters that the Social Chamber has had to analyze during the last semester of 2021. Although there are no major changes in the doctrine that has been presented in this regard, the consolidation of some criteria and the qualification of others in light of the new circumstances of a segment of the legal system under continuous tension determine the need for an orderly exposition and analysis of the Supreme Court's doctrine on collective dismissal.

**Keywords:** Supreme Court; collective dismissal; thresholds; causes; group of companies; selection criteria; expiration.

**Citation:** Pérez Capitán, L. (2022). Latest case law of the Supreme Court on collective dismissals. A critical exposition. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 225-240.



## Sumario

1. Introducción
  2. Sobre el carácter obligatorio y no voluntario de la vía del despido colectivo
  3. Los umbrales de aplicación del despido colectivo
    - 3.1. Acerca del cómputo de las extinciones de contratos temporales para la determinación de los umbrales del despido colectivo
    - 3.2. Sucesión procedente y despido colectivo *de facto*
  4. Sobre el periodo de consultas: la buena fe negocial
  5. Sobre las causas
  6. La continuamente debatida cuestión de la existencia de grupo de empresas en el despido colectivo
  7. Del papel de la Administración en el procedimiento de despido colectivo
  8. El ámbito procesal: la caducidad de la acción y una mención a la competencia
  9. Breve referencia a los criterios de selección
  10. La interpretación de las cláusulas del acuerdo: la extensión de la prioridad de vacante
- Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

La doctrina del Tribunal Supremo (TS) sobre despidos colectivos es de gran utilidad en cuanto concreta e interpreta, en algún caso, incluso variando de forma ostensible la que pudiera haberse supuesto que sería hermenéutica ordinaria de la norma, un ámbito jurídico tremendamente vivo y casuístico. En el último semestre de 2021, el TS ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre cuestiones sobre las cuales ya se había manifestado con anterioridad y otras más novedosas, confirmando o matizando su doctrina anterior.

## 2. Sobre el carácter obligatorio y no voluntario de la vía del despido colectivo

La Sentencia del TS (STS) 1047/2021, de 21 de octubre, expresa con claridad uno de los pilares tradicionales de la doctrina del TS respecto al despido colectivo: no existe una facultad empresarial unilateral o consensuada con la parte social de elección entre una modalidad u otra de despido por causas económicas o productivas, técnicas u organizativas, y, por ende, tampoco respecto de la propia competencia de los tribunales. Estamos ante normas imperativas de derecho necesario no modificables ni mediante convenio colectivo estatutario.

## 3. Los umbrales de aplicación del despido colectivo

Los conflictos relacionados con el umbral de aplicación del [artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) han dado oportunidad al TS para reiterar una doctrina consolidada de cierto interés. Al respecto, son varias las sentencias de la Sala de lo Social que continúan el análisis sobre una cuestión en permanente discusión. De singular importancia, la [STS del Pleno 933/2021, de 23 de septiembre](#), articula la teorización de los umbrales y, en realidad, la propia dinámica del ámbito de aplicación de la figura del despido colectivo, a través de la noción de despido colectivo de hecho o encubierto definido como: «un fenómeno de extinciones de contratos que, siendo realmente colectivas, se formula sin seguir las reglas de procedimiento establecidas por el artículo 51 ET», que se ha producido «al margen de este procedimiento –prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas– o incluso ocultando su carácter colectivo», y, en este caso, se trataría de un despido colectivo de hecho, que también podría calificarse en determinadas condiciones como un despido fraudulento o encubierto. A dicha conclusión se puede llegar cuando se obtiene el convencimiento de que los despidos disciplinarios y objetivos no son tales, ni las conciliaciones posteriores pueden presentarse como extinciones por mutuo acuerdo o dimisiones, al margen de

la intervención de la persona empleada, ni existen finalizaciones de contratos válidas, pues siguen siendo despidos, esto es, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario, que se producen por motivos no inherentes a la persona trabajadora, y que, al alcanzar los umbrales, se convierten en ceses que conforman un despido colectivo.

### 3.1. Acerca del cómputo de las extinciones de contratos temporales para la determinación de los umbrales del despido colectivo

La [STS 926/2021, de 22 de septiembre](#), continúa con una posición ya esbozada: la extinción antes del tiempo convenido de contratos temporales en un número que por sí mismo alcanza los umbrales del [artículo 51 del ET](#) y, en consecuencia, supone la nulidad de las extinciones producidas.

Las SSTS [933/2021, de 23 de septiembre](#), del Pleno<sup>1</sup>, y [951/2021, de 29 de septiembre](#), contienen interesantes reflexiones acerca de las extinciones a tener en cuenta respecto a los umbrales del [artículo 51 del ET](#):

- En primer lugar, se reitera la doctrina ya pacífica del TS ([STS 933/2021, de 23 de septiembre](#)), al incluir en el cómputo:

[...] todas las extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador, lo que incluye también la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos en el momento habitual (TS 10-03-2020, rcud. 2760/17). Por el contrario, no cabe computar las extinciones válidas de contratos temporales, una vez llegado su término (TS 16-7-20, r. 4468/17). [Pero sí, en el caso concreto] [...] debieron computarse también las seis extinciones de contratos temporales, por cuanto la carga de la prueba de su extinción en el modo convenido competía a la empresa demandada, de conformidad con lo dispuesto en el art. 217.3 LEC, quien no probó nada al respecto, puesto que se limitó a aportar copias de prórroga de dos contratos temporales, cuyo plazo de vencimiento se situaba al final de diciembre de 2020, siendo esa la razón, por la que la sentencia recurrida concluyó que la empresa no había acreditado la causa de dichas extinciones.

<sup>1</sup> Analiza el supuesto de empresa dedicada a la instalación y mantenimiento de redes de comunicación donde:

Entre el 16 de marzo y el 3 de abril de 2020 la empresa extinguió 6 contratos temporales; despidió a 25 trabajadores por no superar el periodo de prueba; y despidió a 34 trabajadores disciplinariamente por disminución de rendimiento, a los que pagó la indemnización por despido.

- En cuanto a los contratos temporales que se consideren en fraude de ley, el TS ([STS 933/2021, de 23 de septiembre](#)), en discutible doctrina, consolida su exclusión:

[...] cuando la noción de despido colectivo se construye, no sobre elementos meramente fácticos, sino sobre calificaciones jurídicas (el fraude de ley en la contratación y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos) «se individualiza la situación de los trabajadores haciendo necesarios unos pronunciamientos previos que no pueden ser incluidos en el objeto del proceso regulado en el artículo 124 LRJS» (STS de 22 de noviembre de 2018, rec. 67/2018).

Coincide esta postura con la expresada en la [Sentencia 951/2021, de 29 de septiembre](#), que recoge el histórico de los autos y sentencias del TS en lo que concierne a esta materia: la naturaleza fraudulenta del contrato temporal y de su extinción debe ser despejada «en la impugnación judicial de dichas extinciones» al no ajustarse a la naturaleza del procedimiento de impugnación del despido colectivo del [artículo 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), cuyo cauce «no es adecuado cuando se pretende obtener la nulidad de un despido colectivo con base en la ilegalidad de contratos temporales que la empresa ha extinguido al amparo del art. 49.1 c) del ET». En este sentido, expresamente respecto a la finalización del contrato de obra, recopilando numerosa doctrina propia anterior, reafirma el no cómputo «salvo que se acreditase que la obra [...] no había finalizado».

- No computa tampoco la existencia de extinciones operadas por la vía de despidos disciplinarios, sin declaración de improcedencia, al afectar a una causa de extinción del contrato inherente a la persona del trabajador ([STS 951/2021, de 29 de septiembre](#)).
- Sobre la base de la noción de despido de hecho o encubierto, se considera que la extinción de un número de 25 personas trabajadoras en periodo de prueba sin razón alguna supone un abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, puesto que sobrepasa los límites del ejercicio normal de la facultad de rescisión empresarial<sup>2</sup> ([STS 933/2021, de 23 de septiembre](#)).

<sup>2</sup> «[...] aun cuando sea cierto que el art. 14 ET viabiliza la extinción del contrato durante el periodo de prueba sin necesidad de motivar las razones del desistimiento empresarial, toda vez que dicha vía de extinción contractual debe acomodarse obligatoriamente a las exigencias de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.1 ET, en relación con lo dispuesto en el art. 7.1 CC, subrayándose en el apartado segundo de este último precepto que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de manera que todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

La [STS 1047/2021, de 21 de octubre](#), siguiendo los pasos de las SSTs de 21 de abril de 2021 (rec. 142/2020) y de [10 de octubre de 2017 \(rec. 86/2017\)](#), ante un supuesto de reclamación de no tramitación del despido colectivo y, por tanto, de pretendido despido nulo por no llamamiento de personas trabajadoras fijas discontinuas, si bien no considera que en el supuesto concreto se hubieran alcanzado los umbrales del [artículo 51 del ET](#), nos confirma que la falta injustificada de llamamiento al comienzo de una nueva campaña debe calificarse como despido cuando en las mismas fechas la empresa había resuelto un número de contratos de trabajo fijos discontinuos que superaba los umbrales del [artículo 51.1 del ET](#) (consolidando doctrina afirmada en [STS de 28 de febrero de 2018, rec. 999/2016](#), que a su vez evoca la de fecha 25 de abril de 2019, rec. 2827/2017).

En cuanto a la exigencia procesal de la nulidad, esta:

[...] es predicable no solo cuando las impugnaciones de esas nuevas extinciones se realicen colectivamente (artículo 124.11 LRJS) o individualmente en el seno de un despido colectivo incorrecto llevado a cabo por el empresario (artículo 124.13 a. 3.º); también es nulo de pleno derecho cuando, omitiéndose los trámites exigibles ex artículo 51.1 ET, la impugnación se lleva a cabo individualmente por el trabajador despedido [...].

### 3.2. Sucesión procedente y despido colectivo *de facto*

De gran interés es la [STS 929/2021, de 22 de septiembre](#), en la que la empresa que sucede a otra en el ámbito de las labores de limpieza de ciertos lotes de establecimientos de una cadena hotelera pública se niega a reconocer la subrogación operada en uno de los centros de trabajo a la mayor parte de su plantilla (25 personas trabajadoras sobre 39) bajo dos argumentos: a) la aplicación de un convenio colectivo –hospedaje– a un sector del personal que no determina la sucesión como es usual en los convenios de limpieza, y b) la consideración individualizada del centro con el fin de justificar que no se ha procedido a un verdadero traspaso de la entidad económica, que en ese caso es la mano de obra. El TS aprecia, como ya lo había hecho la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la existencia de un despido colectivo *de facto*, cuya definición ya se esbozó anteriormente, dado que el trasvase de actividad se ha efectuado sobre un conjunto de centros en los que sí se ha producido un trasvase real de mano de obra entre sucesor y sucedido en términos de número y competencias, por lo que excluir a un segmento de plantilla de la subrogación constituye un despido colectivo fraudulento que, por mor del [artículo 124.11 de la LRJS](#), debe ser considerado nulo. De nuevo, reitera el TS su acatamiento de la doctrina del trasvase de la entidad económica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que inicia la [STS 873/2018, de 27 de septiembre](#), y cuyas resoluciones se enuncian como argumento de fuerza jurídica.

Igualmente, es importante la [STS 1038/2021, de 20 de octubre](#), que, ante un supuesto claro de sucesión impuesta por la regulación colectiva en el que la empresa sucesora ha

acogido a 90 personas trabajadoras y excluido de su plantilla a 5, afirma que no existe despido colectivo, al no alcanzarse los umbrales del [artículo 51 del ET](#). Y ello, aun cuando no se haya reconocido el derecho a la antigüedad de las personas trabajadoras incorporadas ni los derechos derivados de la aplicación del mecanismo sucesorio tal como se establece en el [artículo 44 del ET](#), puesto que:

[...] no se ha producido la extinción del vínculo contractual, [...] por lo que no estamos ante una actuación que pueda calificarse, de forma tácita o expresa, como despido colectivo, sin perjuicio de que los trabajadores puedan reclamar el reconocimiento y mantenimiento en toda su amplitud de las condiciones laborales de las que ya gozaban en su anterior empresa, singularmente, de la antigüedad acreditada.

#### 4. Sobre el periodo de consultas: la buena fe negocial

La tacha de nulidad derivada de la ruptura de la buena fe negocial establecida por el [artículo 51.2 del ET](#) ha conducido al TS a la elaboración de una doctrina ya asentada<sup>3</sup> que destila un sesgo pro mantenimiento de la legalidad de la decisión empresarial bastante claro:

- En primer lugar, al delimitarse una concepción restrictiva de las conductas que pudieran considerarse manifestaciones de la mala fe negocial. Dada la flexibilidad de la actual regulación sobre despido colectivo, tal vez hubiera sido más adecuado haber optado por una interpretación más rígida del concepto de buena fe negocial. Pero no ha sido esa la opción<sup>4</sup>. La ya conocida doctrina judicial acerca del significado de la buena fe negocial es reiterada por el TS en su [Sentencia 1131/2021, de 17 de noviembre](#), en la cual se apunta a una concepción no formalista de la necesidad de la comunicación de la existencia del grupo de empresa, considerando

<sup>3</sup> Una amplia exposición al respecto en [Pérez Capitán \(2020, pp. 98 a 108\)](#).

<sup>4</sup> Así la [Sentencia 1131/2021, de 17 de noviembre](#), sobre el discurso de la Sentencia del Pleno del TS de 15 de julio de 2021 (rec. 68/2021), nos reseña que:

[...] la expresión «buena fe» ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y –menos aún– a las conductas que pudieran vulnerarlo. Pero, de todas formas, en la configuración del mismo no cabe olvidar: a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo (como a todo contrato: art. 1.258 del Código Civil) y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 del ET («ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»); b) desde el momento en que el art. 51 ET instrumenta la buena fe al objetivo de «la consecución de un acuerdo» y que el periodo de consultas «deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento», está claro que la buena fe que el precepto exige es una buena fe negocial.

que, cuando ya con anterioridad al procedimiento de despido colectivo se había informado de tal realidad a la representación de las personas trabajadoras y se habían realizado movimientos de integración de parte de la plantilla de la empresa adquirida, no se produce una incorporación sorpresiva y generadora de la nulidad del despido colectivo por contravención de la buena fe negocial.

- Se mantiene la doctrina ya tradicional del TS acerca de la consideración de la existencia de buena fe en la parte empresarial, entendiendo que esta concurre cuando:

[...] los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. En todo caso, la esencia del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo [...]. Sobre la exigencia de negociar de buena fe en el marco del periodo de consultas previo [...] a) que la previsión legal no parece sino una mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo [...] ([STS 1040/2021, de 20 de octubre](#)).

- De interés son las consecuencias apuntadas por el TS ante la falta de buena fe negocial de la representación de las personas trabajadoras. Así, frente a la nulidad fruto de la inexistencia de buena fe negocial de la empresa en el proceso de despido colectivo:

[...] el eventual incumplimiento por la representación de los trabajadores de su obligación de negociar de buena fe no puede conducir, obviamente, a la declaración de nulidad del despido colectivo [...]. Las consecuencias que puede tener el incumplimiento de los representantes de los trabajadores de su obligación de negociar de buena fe podrán ser, entre otras posibles, [las contrarias] no obstaculizar e incluso facilitar la calificación del despido colectivo como ajustado a derecho, si concurren las causas legalmente exigidas, o incluso tratar de contrarrestar las eventuales manifestaciones de mala fe negocial empresarial ([STS 1067/2021, de 28 de octubre](#)).

Consideración del TS de una lógica incontestable.

- No existe mala fe en el periodo de consultas cuando se celebran al menos 6 reuniones de cuyo contenido dan cuenta las actas levantadas, ni tampoco cuando «parte de las medidas de reorganización hayan consistido en la externalización de algunas actividades a terceras empresas, pues [...], ello venía produciéndose desde hacía varios años y la medida resultaba adecuada en términos de organización y productividad» ([STS 1046/2021, de 21 de octubre](#)).

- Tampoco se separa la Sala de lo Social del TS de su doctrina cuando, enmendando por enésima vez la plana al legislador, vacía de contenido (SSTS [1039/2021](#) y [1040/2021](#), ambas de 20 de octubre) la nulidad con que sanciona la norma la no aportación documental, al mantener que no todo incumplimiento de las previsiones normativas en materia de aportación documental por la empresa:

[...] puede alcanzar la consecuencia de nulidad que se pueda desprender del art. 124 LRJS, sino tan solo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada [...] la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse –razonablemente– aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas: art. 51.2 ET] [...],

utilizando para justificar su postura referencias normativas a procedimientos administrativos que poco tienen que ver con la actual concepción del despido colectivo<sup>5</sup>.

Es el juzgador, de forma harto dudosa, y no el legislador y menos el receptor de la información, el que determina cuáles de los documentos en juego son trascendentes o no para la representación legal de las personas trabajadoras. Partiendo de esta interpretación, que se autocalifica de finalista, se concluye que:

Se impone, en todo caso, reiterar el carácter instrumental del deber de información al servicio del derecho a la negociación colectiva en el seno de las consultas, lo que implica que no todo incumplimiento de obligación documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva, sino tan solo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada.

## 5. Sobre las causas

De cierta relevancia, la [Sentencia 1039/2021, de 20 de octubre](#), rechaza en el ámbito de la Administración pública, respecto de un despido colectivo que afecta a personas

---

<sup>5</sup> «[...] con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [art. 207 c) LRJS]».

empleadas del servicio de limpieza, la adecuación de la causa como medida proporcionada a la situación y adecuada a la norma:

- En cuanto al concepto de «situación de insuficiencia presupuestaria», que se entiende ligado «a un desajuste entre los ingresos públicos y los gastos, esto es, a una situación de déficit. Dicha situación podrá derivar tanto de una disminución de los ingresos previstos, como de un incremento de los gastos programados». En el caso, «no consta una situación de insuficiencia presupuestaria, entendida como un desajuste entre los ingresos públicos y los gastos, esto es, no consta el presupuesto básico consistente en una situación de déficit».
- «[...] la mera disminución de ingresos no equivale a una situación de insuficiencia presupuestaria [SSTS de 2 de diciembre de 2014 (rec. 29/2014) y de 24 de febrero de 2015 (rec. 165/2014)], ya que la propia norma establece que "en todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos"».
- El requisito de que en tres trimestres consecutivos se haya producido una desviación presupuestaria no puede llevarse al absurdo y entender que no concurre cuando «una Administración pública [...] lleva presentando una situación de déficit presupuestario durante varios ejercicios económicos», obligándola a esperar tres trimestres tras la aprobación del nuevo presupuesto para acometer las medidas de ajuste personal. Es por ello que cabe entender que «el carácter sobrevenido de la insuficiencia presupuestaria puede venir referido con respecto a la contratación de los trabajadores o la implantación del correspondiente servicio público, o a la concurrencia de circunstancias que no fueron tomadas en consideración cuando se formalizó el presupuesto».

Fuera del ámbito público, se considera que concurre causa económica cuando «la facturación de la empresa se redujo en los últimos 3 años en más de 2,8 millones de euros, acumulando un porcentaje de reducción del 22 %», habiendo triplicado las pérdidas desde el 2016 al 2019 ([STS 1046/2021, de 21 de octubre](#)).

## 6. La continuamente debatida cuestión de la existencia de grupo de empresas en el despido colectivo

La inexistencia de una normativa clara y concreta al efecto ha dejado en manos de nuestros tribunales tanto la caracterización del grupo de empresas como elemento patológico o grupo laboral como la apreciación de su existencia, en una serie de notas que ha ido elaborando el propio TS. En la [Sentencia 1040/2021, de 20 de octubre](#), se reiteran las mismas: funcionamiento unitario con confusión de plantillas; confusión patrimonial; unidad de caja o, con cierto gracejo, «promiscuidad en la gestión económica»; utilización fraudulenta de

la personalidad; uso abusivo de la dirección unitaria. Notas que en sí mismas no son sino conceptos jurídicos indeterminados cuya subsunción en el caso concreto debe ser apreciada por el tribunal, alcanzando un grado de incertidumbre notable.

Ya la propia dicción de la última nota al requerir el uso «abusivo» de la dirección unitaria determina un grado de subjetividad aun mayor<sup>6</sup> que el de la ya amplia existente, constriñendo un concepto creado por la doctrina judicial y que es verdaderamente útil para el mantenimiento de los derechos de las personas trabajadoras frente a situaciones de ingeniería jurídica de mayor o menor calado. Una concepción restringida del concepto de grupo de empresas nos lleva a consecuencias tan paradójicas como las de la sentencia de referencia en la que no se aprecia la existencia de grupo de empresas laboral o patológico, pero sí se admite como causa organizativa razonable la duplicidad de puestos en el grupo creada por la integración de diferentes departamentos de la empresa en la estructura del grupo (nada menos que personal, compras, finanzas y logística)<sup>7</sup>. Una empresa cuya estructura en el ámbito financiero, de recursos humanos, compras y logístico está integrada en una empresa matriz de su grupo realmente no es otra cosa que una mera unidad productiva no autónoma cuyas decisiones en asuntos fundamentales se gestionan de forma externa. Podría argumentarse que la autonomía en la gestión en áreas esenciales no tiene por qué ser un rasgo distintivo de una verdadera empresa en tanto puede estar sometida a las instrucciones del grupo, pero es evidente que la desaparición de estructuras fundamentales en la construcción de la decisión y gestión empresarial es un paso mucho más relevante que la mera aceptación de las instrucciones, manteniendo una estructura propia.

<sup>6</sup> «La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio –determinante de solidaridad– cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante (en tal sentido, las decisiones de Pleno citadas en el apartado anterior (por todas, Sentencia del TS de 22 de junio de 2020, recurso 195/2019, y las citadas en ella)».

<sup>7</sup> «Respecto de las causas organizativas, la dirección del grupo ha llevado a cabo un cambio en el proceso estructural de Malasa Grupo, SL, creando departamentos autónomos: financiero, logística, recursos humanos y compras. Debido a la integración de Noa Madera Creativa, SLU, en el grupo, así como a la fusión de otras empresas del mismo antes que Noa, se declara probado que se produjo una duplicidad de puestos de trabajo y se procedió a reestructurar plantillas y amortizar puestos de trabajo.

Se creó un departamento de compras corporativo y la centralización de funciones en las oficinas centrales de las compras, control de *stocks*, aprovisionamiento, homologación de clientes. En el departamento financiero, se centralizaron las labores de control de gestión y tesorería en el *staff* de la compañía.

La sección de logística de la empresa lleva a cabo el embalaje final y expedición de la producción. Se considera acreditado que el volumen actual de trabajo hace innecesaria la existencia de este departamento de forma autónoma en Noa y la dirección pretende su integración en la cadena general de producción, lo que elimina costes. Los citados hechos probados acreditan que se han producido cambios en el modo de organizar la producción, a fin de racionalizar el funcionamiento de la mercantil Noa Madera Creativa, SLU, produciéndose una duplicidad de puestos de trabajo que asimismo justifica el despido colectivo de los trabajadores».

La inseguridad para las personas trabajadoras de tal tipo de razonamientos es evidente. Es momento para que el concepto y consecuencias del grupo de empresas en el ámbito laboral, fruto de un indubitado acierto jurisprudencial, deje de estar en manos únicamente de los tribunales para ser desarrollado de forma clara por el legislador, reforzando los derechos de las personas trabajadoras. Y si ello no fuera posible, será necesario repensar el concepto de grupo de empresas laboral a efectos de adaptarlo a una realidad fluida y dinámica.

Y es que la figura del grupo de empresas patológico o laboral ya no es puramente una herramienta destinada a frenar actuaciones empresariales fraudulentas. Numerosas empresas aprovechan el instrumentado del grupo empresarial para articular procedimientos de despido colectivo resultado de la pretendida necesidad de racionalización de plantillas derivada de la aparición de puestos «excedentarios en diferentes áreas y departamentos» como resultado de procesos de adquisición o fusión empresarial. La [Sentencia 1131/2021](#) contiene un supuesto de esta naturaleza.

## 7. Del papel de la Administración en el procedimiento de despido colectivo

El capitidismuido papel que el legislador del 2012 dejó a la Administración laboral en los procedimientos de ajuste estructural de las empresas y concretamente en el despido colectivo no podría tener sino importantes consecuencias que destacan sobre todo cuando lo que está en juego no es sino la supervivencia económica y el tejido productivo de áreas sensibles del país. De un modo u otro, la Administración, ya estatal, ya autonómica, no puede evadirse de una responsabilidad que le concierne y afecta, y dada la absoluta inanidad en que la actual normativa deja a la actuación administrativa, cuando aquella se ve obligada a intervenir, se plantean problemas de falta de legitimación como el que resuelve la [Sentencia 1067/2021, de 28 de octubre](#), en el ya famoso caso Alcoa.

En este supuesto, al analizar el conjunto normativo utilizado para justificar o impugnar la legitimación para la intervención de la Consellería de Empleo y del Ministerio de Industria en el proceso de impugnación del despido colectivo ex [artículo 124 de la LRJS](#), «no como partes, sino como sujetos interesados», la sentencia recurre al análisis con cierto detalle de varios preceptos ([art. 24 Constitución española](#), arts. [16](#), [17](#), [75](#) y [124 LRJS](#) y arts. [10](#), [13](#), [14](#) y [218.1 Ley de enjuiciamiento civil](#)). Y concluye el TS, con indudable acierto, que ni como sujeto interesado, ni menos como parte, habilitan los preceptos citados a permitir la intervención en el proceso de las dos Administraciones citadas, ni siquiera la primera en cuanto Administración laboral ligada al supuesto. Si bien la presencia en el proceso de estas no supone la nulidad de la decisión judicial, en tanto no se han vulnerado los derechos a la información de la empresa demandante. Nada que decir ante la exactitud del razonamiento jurídico. Todo ante una legislación que niega la presencia de la Administración en asuntos de indudable interés estratégico para el territorio y el Estado como es el caso. De nuevo, para evitar nuevas Alcoas es necesario el cambio del régimen jurídico vigente y

permitir la intervención de la Administración como parte, no como mero sujeto interesado, en este tipo de conflictos que sobrepasan los intereses de empresa y personas trabajadoras involucradas para afectar al entramado social en su conjunto.

El ya comentado reducido papel de la autoridad laboral en el procedimiento de despido limita obviamente las consecuencias de una posible actuación errónea o inadecuada de la misma. De este modo, en el proceso de impugnación de un despido colectivo, no corresponde:

[...] al órgano judicial (aquí la Sala de lo Social del TSJ) enjuiciar las advertencias de la autoridad laboral, sino calificar el despido de ajustado a derecho, no ajustado a derecho o nulo (lo que en cada caso corresponda).

En consecuencia, las alegaciones vertidas en el recurso sobre la actuación de la autoridad laboral no nos podrían llevar a variar la declaración de nulidad del despido colectivo realizada por la sentencia recurrida.

Las reflexiones acerca de la libertad de empresa y la inexistencia de su vulneración por la decisión judicial recurrida merecen traerse a colación, desmontando una pretendida cerceñación de la misma, inexistente en el caso<sup>8</sup>.

## 8. El ámbito procesal: la caducidad de la acción y una mención a la competencia

Después de la capital [Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2021, de 12 de julio](#), acerca de la impugnación del acuerdo sobre despido colectivo en la vía individual, ya ampliamente comentada por la doctrina y medios, dentro de la faceta procesal la litigiosidad ha girado en estos últimos meses en relación con la caducidad de la acción. El [artículo 124.6 de la LRJS](#) establece un plazo de caducidad de 20 días para la presentación de la demanda

---

<sup>8</sup> «La sentencia recurrida no ha vulnerado el derecho a la propiedad privada ni la libertad de empresa, reconocidos, respectivamente, en los artículos 33.1 y 38 CE, toda vez que no cabe entender que obligue a Grupo Alcoa Inespal a vender la planta de aluminio.

En efecto, como afirma la sentencia recurrida, "no se trata de que privemos a la empresa demandada de vender o no vender de manera libre, sino de que, simplemente, su actuación en esa negociación con (una) tercera empresa permite sospechar la existencia de una predeterminada decisión estratégica que es la misma sospecha que se nos aparece cuando examinamos la negociación en el plano laboral". El recurso discrepa, lógicamente, de la conclusión y de la sospecha alcanzadas por el órgano judicial. Pero ha de reiterarse que la sentencia recurrida no obliga al Grupo Alcoa Inespal a vender la planta, sino que lo que hace es valorar la actuación empresarial durante la negociación de venta, extrayendo determinadas conclusiones de esa valoración, sobre las que no puede prevalecer la subjetiva valoración de la parte recurrente».

de impugnación del despido colectivo a contar desde la fecha del acuerdo alcanzado o, en su defecto, de la notificación a la representación de las personas trabajadoras de la decisión unilateral de la empresa de proceder a aquel. A juicio del TS, reiterando doctrina en sus Sentencias [926/2021, de 22 de septiembre](#), y [1204/2021, de 2 de diciembre](#)<sup>9</sup>, la caducidad como instituto de derecho público y su naturaleza de derecho necesario puede ser declarada de oficio en la acción de despido colectivo por el órgano judicial. No obstante, para ello es necesario que concurren dos requisitos que explicita la más precisa [Sentencia de 2 de diciembre](#):

- Que «en el proceso hayan quedado probados con claridad y certeza los hechos base de la misma, de forma tal que no exista duda alguna de que tal acción ha caducado por concurrir los requisitos necesarios para la apreciación de dicha caducidad».
- «[...] que las partes se hayan podido pronunciar sobre la concurrencia de la caducidad alegando respecto de la misma y los hechos en los que se funda lo que hubieran estimado oportuno».

Respecto a los escasos supuestos de litigio sobre competencia para conocer de la impugnación del despido o, en su caso, de la impugnación de una resolución administrativa, dictada con posterioridad a la vigencia de la LRJS, la Sala IV del TS la atribuye a la jurisdicción social ([STS 1063/2021, de 27 de octubre](#)). Igualmente, en materia de competencia, se afirma que el conflicto acerca de «la aportación económica al Tesoro Público que deben hacer las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos de trabajadores cuando concurren los requisitos de la disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero», corresponde a la jurisdicción social ([STS 925/2021, de 22 de septiembre](#)).

## 9. Breve referencia a los criterios de selección

En la misma línea de fortalecer la decisión empresarial en el despido colectivo, y en la misma posición flexibilizadora de la norma<sup>10</sup>, el TS, ante las demandas de impugnación individuales por parte de las personas trabajadoras afectadas por considerar que

<sup>9</sup> En voto particular, una de las magistradas sostiene que el *dies a quo* para el cómputo de los plazos de caducidad debe ser bien la fecha «de la notificación de los despidos individuales [...] momento en el que tienen conocimiento los afectados de su despido, [...] [bien] la de los efectos del despido».

<sup>10</sup> En realidad, la Sala de lo Social del TS no hace sino dar continuidad a los criterios de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en esta materia, pese a que la reforma en este ámbito introducía un mayor rigor. *Vid.*, en esta materia, [Pérez Capitán \(2020, pp. 221 a 241\)](#).



su selección ha sido arbitraria y subjetiva, ha optado por exigir que se demuestre que «la elección de la actora como trabajadora afectada por los efectos del ERE sea contraria a derecho o responda a motivos ajenos a la objetividad de la causa» (STS 1054/2021, de 26 de octubre).

## 10. La interpretación de las cláusulas del acuerdo: la extensión de la prioridad de vacante

Merece la atención, a pesar de que gran parte de la argumentación deriva de la interpretación del acuerdo de despido colectivo concreto, el enjuiciamiento del concepto de vacante en las bolsas de trabajo de la empresa afectada a efectos de articular el derecho preferente a ser contratado/a de las personas afectadas por el despido colectivo en caso de reactivación productiva. La STS 999/2021, de 11 de octubre, considera que el concepto «vacante» engloba el derecho de la persona trabajadora a optar a un contrato temporal sin necesidad de la devolución de la indemnización percibida por la extinción previa de su relación, lo que habría sucedido si se le hubiera ofertado un puesto de trabajo indefinido y hubiera aceptado. En suma, preferencia para volver a ser contratadas por la empresa de las personas afectadas por el despido colectivo tanto para puestos fijos como temporales, frente a la postura empresarial de negar tal preferencia en el caso de contrataciones temporales.

## Referencias bibliográficas

Pérez Capitán, L. (2020). *El despido colectivo y las medidas de suspensión y reducción temporal de jornada* (2.ª ed.). Aranzadi.

# Plus de peligrosidad, evaluación de personas dependientes y enfermas mentales en sus domicilios y perspectiva de género

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 975/2021, de 22 de octubre**

**Sarai Rodríguez González**

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife, España)  
sarodri@ull.es | <https://orcid.org/0000-0003-0858-4437>*

## Extracto

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) niega al personal del Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia de la comunidad autónoma de Canarias el derecho a percibir el plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad regulado en el convenio colectivo, entendiéndolo que no se acredita la existencia de situaciones potencialmente peligrosas o de circunstancias excepcionalmente peligrosas en las visitas a domicilios para la valoración de personas mayores, con problemas mentales y/o dependientes. Realizando una integración de la perspectiva de género por la feminización del colectivo, la magistrada doña Glòria Poyatos i Matas emite voto particular disidente considerando que las funciones de visita y entrevista domiciliaria para valoración de personas mayores, con problemas mentales o dependientes suponen que las personas trabajadoras se encuentren inevitablemente en una situación de peligrosidad.

**Palabras clave:** brecha retributiva de género; plus de peligrosidad; perspectiva de género; valoración domiciliaria; dependencia y discapacidad; situación de peligrosidad; voto particular.

**Cómo citar:** Rodríguez González, S. (2022). Plus de peligrosidad, evaluación de personas dependientes y enfermas mentales en sus domicilios y perspectiva de género. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas 975/2021, de 22 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 241-249.

# Hazard pay, assessment of dependent and mentally-ill people in their homes and gender perspective

Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 975/2021, of 22 October

Sarai Rodríguez González

## Abstract

The High Court of Justice of the Canary Islands (Las Palmas) denies to the staff of the Dependency Assessment and Guidance Service of the autonomous community of the Canary Islands the right to receive the bonus for danger, hardship and toxicity regulated in the collective agreement, understanding that the existence of potentially dangerous situations or exceptionally dangerous circumstances in home visits for the assessment of the elderly, mentally handicapped and/or dependent persons has not been accredited. Accomplishing an integration of the gender perspective due to the feminization of the group, judge Glòria Poyatos i Matas issued a dissenting opinion, considering that the duties of home visits and interviews for the assessment of elderly, mentally ill or dependent people inevitably place the workers in a dangerous situation.

**Keywords:** gender pay gap; hazard pay; gender perspective; home assessment; dependency and disability; dangerousness bonus; special vote.

**Citation:** Rodríguez González, S. (2022). Hazard pay, assessment of dependent and mentally-ill people in their homes and gender perspective. Commentary on the Ruling of the High Court of Justice of the Canary Islands/Las Palmas 975/2021, of 22 October. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 241-249.

## 1. Marco normativo y jurisprudencial de referencia

El derecho a la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor y la consecuente prohibición de discriminación por razón de sexo cuentan con una larga trayectoria de tutela en el ámbito multinivel que no ha impedido que los datos sigan mostrando la persistencia de una brecha retributiva entre mujeres y hombres. A pesar del tiempo transcurrido desde la adopción del [Convenio número 100 de la Organización Internacional del Trabajo \(OIT\)](#), sobre igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y femenina (1951), el derecho de trabajadoras y trabajadores a recibir la misma retribución por un trabajo igual o de igual valor continúa siendo un reto del futuro del trabajo. Además de la referencia expresa contenida en el artículo 11 d) de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer \(CEDAW\)](#) (1979), la importancia de hacer frente al reto de la discriminación retributiva por razón de sexo y género ha sido subrayada de forma reciente por la Organización de las Naciones Unidas al indicar que el fortalecimiento económico de la mujer es esencial para alcanzar la [Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible](#) (meta 8.5 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible).

Del mismo modo, la aplicación efectiva del derecho fundamental a la igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor, consagrado en el artículo 157 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), en el artículo 4 de la [Directiva 2006/54/CE](#) y en el artículo 23 de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#), sigue constituyendo un importante desafío en la Unión Europea. Es obligado indicar que existe una consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, basada en la prohibición de la sobrevaloración e infravaloración por género de los puestos de trabajo ([Sentencia de 1 de julio de 1986, asunto C-237/85, Dato](#)) y la exigencia de transparencia retributiva a la empresa para justificar una eventual diferencia retributiva estadística entre mujeres y hombres ([Sentencia de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/88, Danfoss](#)).

También en España el derecho a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres por trabajo equivalente (arts. 14 y 35 Constitución española –CE–, [art. 5 Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#) –LOIEMH– y [art. 28 Estatuto de los Trabajadores](#) –ET–) se enfrenta al desafío de la flaqueza en la traslación real (material) de su consagración formal. La brecha salarial se ha mantenido sin apenas cambios en los últimos años (situándose en un 19,5 % según los datos de 2019). Con la adopción del [Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo](#), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, España dio respuesta tardía a la [Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014](#), sobre el refuerzo del principio de

igualdad de retribución entre mujeres y hombres a través de la transparencia, que advertía que «una mayor transparencia puede poner de manifiesto un sesgo en función del género, así como la discriminación en la fijación de salarios de una empresa u organización». Finalmente, el [Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre](#), de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, ha concretado el principio de transparencia retributiva y desarrollado los mecanismos para identificar y corregir la discriminación por razón de sexo en este ámbito.

Dentro de la estructura salarial, los complementos retributivos constituyen una de las percepciones económicas más susceptibles de camuflar discriminaciones indirectas por razón de sexo, al configurarse tradicionalmente tomando como parámetro de referencia cualidades masculinas. En la [sentencia objeto de análisis](#), la controversia se refiere, en particular, al posible reconocimiento de los complementos de peligrosidad y penosidad. Estos complementos de «puesto de trabajo» retribuyen las especiales circunstancias en las que se ejecuta un trabajo ([art. 26 ET](#)). Ahora bien, lo que trata de compensar económicamente el plus no se refiere a los riesgos, dificultades o características intrínsecas de un oficio o profesión, sino a la actividad de personas concretas que, de forma temporal o permanente, se ven obligadas a trabajar en condiciones significativamente peores que el resto de su colectivo de procedencia. De este modo, el plus de penosidad gratifica la realización del trabajo en circunstancias excepcionales, por cuanto conlleva actividades que suponen un constante esfuerzo y son indudablemente dificultosas. Por su parte, el plus de peligrosidad retribuye el peligro derivado de la existencia de un riesgo adicional ante un ataque o un daño, debido a la inseguridad de su desempeño ante un eventual ataque o daño.

A falta de una regulación pormenorizada, ha sido la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) la que se ha ocupado de fijar el alcance y los límites de los complementos de esta naturaleza<sup>1</sup>. En particular, en la [STS de 11 de abril de 2020 \(rec. 3865/1999\)](#), se enumeran los requisitos que han de concurrir para generar el derecho al plus de peligrosidad y penosidad, estableciendo que:

[...] procederá el plus cuando: a) los riesgos no sean inherentes a la actividad desarrollada en el puesto; b) aun estando el puesto de trabajo, por la propia naturaleza de la actividad, expuesto a determinados riesgos, estos sean superiores a los que soportan otros puestos de la misma categoría y actividad; o, [...], que «el nivel de riesgos y dificultades del puesto sea mayor a los existentes en otros puestos desempeñados por el colectivo de trabajadores que ostentan la misma categoría profesional»; c) la retribución del puesto en cuestión no sea de superior importe a la de otros puestos semejantes que no los padecen y están servidos por trabajadores de la misma categoría profesional.

<sup>1</sup> Sentencias del TS (SSTS) de [26 de octubre de 2016 \(rec. 1857/2015\)](#); de 17 de septiembre de 2009 (rec. 1736/2008); de [26 de enero de 2009 \(rec. 3872/2007\)](#); de [8 de abril de 2009 \(rec. 1696/2008\)](#); y de 27 de abril de 2017 (rec. 1864/2015), entre otras.

## 2. Síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia que aquí se examina](#) resuelve el recurso de suplicación interpuesto frente a la Sentencia 387/2020, dictada el 2 de noviembre de 2020 por el Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria, que desestima la demanda de conflicto colectivo planteada por el Comité de Empresa de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud de la comunidad autónoma de Canarias.

Los hechos fundamentales que motivan estas sentencias son los que se expresan seguidamente.

Las personas trabajadoras que desempeñan tareas de valoración, adscritas al Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia II de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud, constituyen un colectivo fuertemente feminizado al estar integrado por 32 personas de las que únicamente 2 son varones. Estas personas trabajadoras tienen como función:

[...] acudir al domicilio de los solicitantes efectuándose dos visitas, una de valoración en la que examinan y analizan la capacidad de los solicitantes, sus grados de dependencia y su desempeño diario, y una segunda para elaborar el PIA (programa individual de atención) respecto de las modalidades de intervención más adecuadas a la persona en función de los recursos previstos en la resolución para su grado y nivel de dependencia.

El informe del jefe del Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia, emitido el 9 de agosto de 2019 y expedido a petición de la Consejería, recomendaba abonar la peligrosidad a las valoradoras entendiendo que:

[...] las funciones de visita y entrevista domiciliaria que desempeñan estas trabajadoras suponen que se encuentren, inevitablemente, en una situación de peligrosidad que recoge el art. 46 del III Convenio colectivo del personal laboral de la comunidad autónoma de Canarias. Debe considerarse, [...] que estas circunstancias [...] no son susceptibles de eliminación. Por otro lado, y considerando que, durante toda la jornada, las trabajadoras carecen de un espacio de trabajo propio, dotado de servicios elementales [...], podría valorarse, asimismo, la concurrencia de la situación de penosidad.

El 14 de agosto de 2019, el colectivo de personas trabajadoras que desempeñan tareas de valoración elevó una solicitud a la Secretaría General Técnica de la Consejería –a la que se adhiere posteriormente el Comité de Empresa de la Consejería– a fin de que les fuera reconocido el plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad previsto en el artículo 46.1 a) del

III Convenio colectivo del personal laboral de la comunidad autónoma de Canarias. Tal previsión dispone que el citado plus:

[...] retribuye las excepcionales condiciones en que se desenvuelven determinados puestos de trabajo, cuando dichas condiciones no sean susceptibles de eliminación y a cuya supresión tenderá la actividad de la Administración. Sin perjuicio de su tramitación ante la jurisdicción social, será de aplicación a aquellos puestos de trabajo cuyas tareas y condiciones de trabajo se encuentren incluidas en las relacionadas como peligrosas, tóxicas o penosas por acuerdo de la CIVEA, previo conocimiento de los informes técnicos correspondientes.

El reconocimiento del plus para el periodo del 30 de agosto de 2018 al 30 de octubre de 2020 (26 meses) supondría un importe de 1.348,42 euros para cada trabajadora afectada.

El 18 de diciembre de 2019, el Comité de Empresa, atendiendo al artículo 46 del convenio colectivo aplicable, instó actuaciones a la CIVEA (Comisión de Interpretación, Vigilancia y Estudio del III Convenio colectivo del personal laboral de la comunidad autónoma de Canarias), no obteniendo respuesta.

El Comité de Empresa de la Consejería de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud de la comunidad autónoma de Canarias planteó una demanda de conflicto colectivo reclamando que se reconociera al colectivo de personas trabajadoras que desempeñan tareas de valoración, adscritas al Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad de la Consejería, el derecho a percibir el «plus de peligrosidad, toxicidad y penosidad» previsto en el mencionado convenio colectivo.

El Juzgado de lo Social número 10 de Las Palmas de Gran Canaria, en su Sentencia de 2 de noviembre de 2020, desestima la demanda de conflicto colectivo al entender que en el trabajo del personal del Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia no concurren las notas de excepcionalidad en la realización de trabajos penosos y/o peligrosos ni tampoco la habitualidad del peligro por el que se reclama el plus.

Contra la sentencia de instancia, el Comité de Empresa de la Consejería interpuso recurso de suplicación que fue deliberado por la Sala General del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias, siendo ponente el magistrado Javier Ramón Díez Moreno. La sentencia cuenta con el voto particular discrepante de la magistrada Glòria Poyatos i Matas.

### 3. Claves de la doctrina judicial de la sentencia

En la resolución del recurso de suplicación, el criterio mayoritario de la Sala General del TSJ de Canarias acoge en su integridad el razonamiento de la sentencia de instancia,

entendiendo que no quedan probadas las notas de excepcionalidad en la realización de trabajos penosos y/o peligrosos y de habitualidad del riesgo que deben concurrir para tributar el plus de peligrosidad y penosidad.

El juzgador de instancia llegó a tal convicción atendiendo fundamentalmente a la testifical practicada al propio jefe de servicio, entendiendo que «no se había acreditado hecho alguno que supusiera la concurrencia de situaciones potencialmente peligrosas o de circunstancias excepcionalmente peligrosas» (FJ 4.º). Según esta sentencia, no acredita la concurrencia de la nota de excepcionalidad del riesgo el solo hecho de visitar domicilios particulares para la valoración de personas mayores, con problemas mentales y/o dependientes, no implica una exposición a situaciones potencialmente peligrosas (ni «un riesgo sobreañadido, ni una excesiva penosidad por circunstancias desagradables o emotivas») que justifique el derecho al cobro del plus reclamado. Asimismo, la sala confirma que tampoco se prueba el requisito de la habitualidad y la frecuencia del riesgo en las visitas domiciliarias de las valoradoras para tributar el plus, señalando que solo se han producido unas cinco situaciones conflictivas al año.

A los anteriores razonamientos se suman los que sostienen que la peligrosidad es inherente a la naturaleza misma de la actividad realizada. Se concluye a estos efectos que el solo hecho de visitar el domicilio de las personas solicitantes no implica *per se* exposición a situaciones potencialmente peligrosas, porque no se prestan servicios en circunstancias que impliquen un riesgo sobreañadido ni una excesiva penosidad por circunstancias desagradables o emotivas, añadiéndose que, en su caso, la «peligrosidad» deriva de la misma naturaleza de la prestación, por lo que no es excepcional.

La magistrada Glòria Poyatos i Matas disiente del sentir mayoritario de la sala y formula un contundente voto particular en el que manifiesta que en la resolución de la controversia procedía cumplir el mandato legal de integrar la perspectiva de género en la aplicación e interpretación del artículo 46 a) 1 del convenio, proyectado a la categoría profesional feminizada de las personas trabajadoras que desempeñan tareas de valoración, aun cuando las partes no lo hubiesen solicitado expresamente ([art. 4 LOIEMH](#) en relación con arts. [1.1](#), [9.2](#), [10](#), [14](#), [93](#), [96](#) y [117](#) CE, y arts. [4 bis](#) y [5](#) Ley orgánica del Poder Judicial).

A partir de las previsiones del informe técnico expedido por el jefe del Servicio de Valoración y Orientación de la Dependencia II, el voto particular desciende a la valoración de la concurrencia de los criterios jurisprudenciales de excepcionalidad y habitualidad para poder calificar de peligroso o penoso el trabajo de las valoradoras, teniendo en cuenta la perspectiva de género en la interpretación de la controversia jurídica.

La magistrada precisa que la peligrosidad del trabajo de las técnicas no deriva del trabajo en sí mismo, sino de las especiales circunstancias concurrentes en los espacios privados (domicilios) en los que se realizan las entrevistas y la valoración. Se trata de un trabajo que

expone a las trabajadoras a una peligrosidad excepcional (riesgos laborales que afectan a la integridad física y psicológica), dados los entornos en los que se desempeña (condiciones de salubridad higiénico-sanitarias que existan en tales espacios privados), y las circunstancias personales (enfermedades mentales, personas con discapacidad intelectual, alcoholismo, drogodependencia, enfermedades infectocontagiosas) y familiares (violencia intrafamiliar, agresividad, ambiente hostil) de las personas solicitantes.

La imposibilidad de eliminar dichos riesgos en los domicilios particulares que visitan es también un elemento crucial que debe ser tenido en cuenta, en tanto que el abono del plus de peligrosidad depende de la imposibilidad de suprimirlos. Advierte la magistrada que la existencia de un protocolo suscrito con la policía canaria para que los/las agentes hagan acompañamientos puntuales a las trabajadoras sociales en aquellos casos en los que en el propio expediente administrativo consten antecedentes que permitan anticipar una posible situación de riesgo constituye una evidencia incuestionable de la peligrosidad del desempeño de este trabajo. Además, se insiste en que en la mayoría de los casos no se dispone de datos objetivos para poder anticiparse a los eventuales riesgos (a su integridad física o psicológica) que puedan concurrir en los domicilios particulares, provocando que la peligrosidad del trabajo sea imprevisible.

Destaca también el voto particular que, de conformidad con lo previsto en el [Convenio número 190 de la OIT](#), sobre la violencia y acoso en el trabajo (2019), y la [Recomendación número 206](#), resulta preceptivo tomar en consideración que «la feminización del colectivo lo hace más propenso a sufrir amenazas, acoso, actitudes o tratos obscenos, abusos sexuales o agresiones físicas por parte de los solicitantes del servicio o convivientes en el domicilio particular».

Finalmente, la magistrada fundamenta la nota de la habitualidad en la exposición al peligro en la frecuencia de las visitas y valoraciones domiciliarias, pues se han dado casos de hasta doce visitas semanales. Es tajante la magistrada en la valoración de la concurrencia de este elemento y condena de manera categórica que se determine la habitualidad en función del número de veces que las trabajadoras han sufrido daño físico, psicológico o moral, «porque ello sería condicionar el abono del plus a la producción de un resultado, esto es, de un daño efectivo», cosa que no sucede en ningún otro trabajo considerado peligroso.

Todo lo expuesto lleva a la magistrada disidente a concluir que las especiales circunstancias en las que se desarrollan las funciones de visita y entrevista domiciliaria suponen que las personas trabajadoras se encuentren expuestas a un riesgo excepcional de peligrosidad que debió haber justificado el reconocimiento del derecho a percibir el plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad previsto en el artículo 46, apartado a) 1, del III Convenio colectivo del personal laboral de la comunidad autónoma de Canarias.

## 4. Trascendencia de la sentencia y del voto particular

La integración del canon de equidad de género por parte de todos los niveles jerárquicos del orden jurisdiccional social ex [artículo 117 de la CE](#) constituye un mandato imperativo que resulta esencial en la erradicación de las discriminaciones retributivas indirectas por razón de sexo/ género. El fallo de sentencia de instancia y el pronunciamiento mayoritario de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias en este caso constituyen ejemplos de enjuiciamientos apegados a una aplicación rigorista de los requisitos procesales y a una interpretación formal y literal estricta, sin descender a la valoración del fondo del asunto o del contexto de la situación controvertida con perspectiva de género, contribuyendo a perpetuar la brecha retributiva entre hombres y mujeres en esa actividad, al remunerar desigualmente trabajos de igual valor, en comparación con otras categorías que sí se benefician de este complemento retributivo. Por estas razones, el valor del voto particular de esta [sentencia](#) merece ser destacado por su potencial de visibilizar y revertir los efectos de inequidad derivados de los sesgos de género (conscientes o no) que impregnan la configuración de los complementos retributivos tradicionalmente concebidos para trabajos masculinizados.

El carácter pedagógico de la fundamentación jurídica del voto particular de esta [sentencia](#) se conecta con la obligación de igual retribución por trabajo de igual valor (arts. [28 ET](#) y [4 RD 902/2020](#)); una obligación que afecta a todos los elementos que configuran la estructura retributiva incluyendo los complementos salariales. Asimismo, el razonamiento de la magistrada en su voto discrepante refuerza la obligación de que las empresas y los convenios colectivos integren y apliquen el principio de transparencia retributiva ([art. 3 RD 902/2020](#)), a fin de garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en materia retributiva entre mujeres y hombres, favoreciendo la identificación de discriminaciones, sobre todo de tipo indirecto.

El potencial de la transparencia retributiva como herramienta para garantizar la igualdad en las retribuciones entre hombres y mujeres se fortalece en la [propuesta de Directiva](#) del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento (COM/2021/93 final), que afirma que implantar la transparencia retributiva dentro de las organizaciones permite revelar la existencia de sesgos de género –conscientes o inconscientes– en los sistemas retributivos y de clasificación profesional que conducen a una valoración desigual y discriminatoria del trabajo de las mujeres con respecto al de los hombres, o que desestiman determinadas competencias profesionales (principalmente, cualidades femeninas).





## Cambio climático y derecho social

### Claves para una transición ecológica justa e inclusiva

**Margarita Miñarro Yanini (Ed.)**

Colección IVRA, UJA Editorial

264 páginas - 2021

ISBN: 978-84-9159-438-3

Muchos son los retos para facilitar la transición ecológica y hacer frente a los efectos adversos del cambio climático. Una transición que, al mismo tiempo, tiene que ser eficiente, justa e inclusiva para poder avanzar hacia un desarrollo sostenible de las sociedades y lograr un futuro viable para la presente y futuras generaciones.

El libro *Cambio climático y derecho social. Claves para una transición ecológica justa e inclusiva*, de la Colección IVRA de UJA Editorial, coordinado por la profesora de la Universidad Jaume I Margarita Miñarro Yanini, es, sin duda, de lectura recomendada para profesionales, investigadoras/es, estudiantes, personas y organizaciones no gubernamentales interesadas en profundizar en esta temática. La obra posee el gran mérito de posicionar, en el debate internacional, algunos aspectos concretos surgidos del cambio climático, como son las herramientas y mecanismos necesarios para que la transición ecológica sea más justa e inclusiva.

Cabe mencionar que el libro, aunque de publicación muy reciente, ya ha recibido algunos reconocimientos, como el haber sido elegido «libro de la semana» por Unebook, una clara demostración del interés que está suscitando en España.

De forma acertada, la profesora Miñarro, autora de la introducción sobre el papel del derecho para garantizar una transición más justa y equitativa, afirma que todo el ordenamiento jurídico, en especial las ramas vinculadas al principio social, debe ponerse al servicio de la transición ecológica para ofrecer respuestas más adecuadas y solidarias para los colectivos más afectados por los impactos negativos derivados del cambio climático. Y es este presupuesto el que acompaña desde el principio hasta el final a este libro.

La estructura de esta obra resulta también muy acertada. Tras la introducción, encontramos nueve capítulos que los autores y las autoras han dedicado al análisis de las recientes necesidades e inquietudes sobre esta materia y en los que confluyen diversos componentes que conforman un panorama de especial complejidad. Estos componentes son abordados desde una visión transversal y, en mi opinión, transdisciplinar, poniendo en diálogo constante las diferentes disciplinas de las ciencias sociales y en particular áreas/ramas del derecho: derecho público, derecho privado y derecho comparado. Las existentes fronteras creadas entre las distintas ramas del derecho, necesarias para sustentar los pilares del ordenamiento jurídico, no pueden constituir obstáculos para dar respuestas a fenómenos complejos de la realidad en la que vivimos, en un momento histórico, el actual, caracterizado además por una importante crisis sanitaria, económica, social y de valores compartidos. De esta forma, podemos entender cómo la transdisciplinariedad llega a ser, es, una condición *sine qua non* para el análisis de la complejidad del mundo que nos rodea, constituyéndose en fundamental a la hora de encontrar soluciones y para prevenir los impactos sociales negativos que afligen a la sociedad.

Las contribuciones seleccionadas, puesto que todas ellas resultan ser centrales en el estado de la cuestión actual, suscitan interrogantes que seguramente animarán el debate por parte de la doctrina especializada. Tras la introducción, la profesora María Lidón Lara Ortiz aborda el tema de los distintos instrumentos jurídicos en la lucha contra el cambio climático, la regulación formal, estatal y supranacional, y los instrumentos jurídicos informales. Desde otra perspectiva, el profesor Federico Arnau Moya, en su capítulo sobre el tema de la protección indirecta de los daños al medioambiente, aborda, entre otras cuestiones, el tema de la responsabilidad civil, de la responsabilidad extracontractual y la reparación del daño. Corresponde a la profesora Margarita Miñarro Yanini analizar los empleos verdes, examinando los aspectos clave para entender el concepto de empleo verde y su potencial transformador social. Por su parte, y relacionado con este mismo tema, el profesor Juan Miguel Díaz Rodríguez analiza el papel de las cooperativas aportando experiencias reales sobre empleo verde, como las cooperativas de trabajo asociado o las oleícolas. Mientras que la profesora Consuelo Chacartegui Jávega, por su parte, nos ilustra sobre el rol de la negociación colectiva, participativa, transparente, inclusiva y planificada para una transición ecolaboral justa. Seguidamente, la profesora Estefanía González Cobaleda examina la conexión en la empresa entre los riesgos profesionales y los derivados del cambio climático. No podía ser más actual el tema de la protección de las personas migrantes climáticas, objeto de dos capítulos escritos por la investigadora Beatriz Felipe Pérez y el profesor William Chiaromonte. En el primero de estos capítulos se aborda el tema de cómo superar el vacío jurídico existente en el ámbito supranacional, en relación con la problemática de las migraciones climáticas, y, en el segundo, desde una perspectiva más interna, italiana, cómo poder tratar el tema de la inclusión laboral de las personas migrantes climáticas. Finalmente, el profesor Miguel Martínez Ramos nos propone algunas reflexiones en torno al decrecimiento como vía para un modelo de sociedad más justa, equitativa y sostenible.

Esta publicación refleja una labor minuciosa y seria de coordinación y muestra la implicación personal y académica de las autoras y autores, una investigación comprometida para dar solución a concretos y actuales problemas de nuestra sociedad y las múltiples caras de la transición ecológica. Todo ello me permite afirmar que este volumen tendrá un impacto notable en la doctrina especializada y al mismo tiempo será de gran utilidad para quien se aproxime a estos temas, contribuyendo a concienciar a la sociedad civil sobre los aspectos relativos a uno de los mayores problemas –tal vez el mayor– que atañe a la humanidad: el cambio climático. Por lo demás, la cuidada edición llevada a cabo por la nueva Colección IVRA de la Editorial de la Universidad de Jaén añade atractivo, también formal, a la obra.

### **Maria Chiara Marullo**

*Profesora ayudante doctora de Derecho Internacional Privado  
(acreditada a profesora contratada doctora).  
Universidad Jaume I (Castellón de la Plana, España)*  
[marullo@uji.es](mailto:marullo@uji.es) | <https://orcid.org/0000-0001-6060-6205>



## Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social.CEF (RTSS.CEF)*, editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2792-8314 (en versión impresa) e ISSN-e 2792-8322 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad bimestral (6 números) e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web [www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm), vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

### Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español, con recomendación de uso del lenguaje inclusivo de género) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección [revistacef@cef.es](mailto:revistacef@cef.es), identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), AARL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 7 ni más de 9) en español e inglés.
- Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafes secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...). De este requisito se exceptúa la sección de «Diálogos con la jurisprudencia».

3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Estudios doctrinales: mínimo 25 y máximo 35 páginas.
- Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 20 páginas.
- Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
- Foro de debate: máximo 7 páginas.
- Casos prácticos: máximo 20 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».

5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef ([www.normacef.es](http://www.normacef.es)).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citas.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (última edición). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

## Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.

# Formación a empresas

Cursos de formación a medida



En el CEF.- nos adaptamos a las necesidades formativas de todo tipo de empresas para ofrecer una propuesta global a medida



## Presencial

En nuestras sedes de Madrid, Barcelona y Valencia o bien en las instalaciones de tu empresa



## Telepresencial

Clases online y en directo que permiten interactuar con profesores y estudiantes



## Online

Vídeos explicativos y material audiovisual a través del campus virtual

## Nuestro proceso

- ✓ Análisis y detección de necesidades específicas
- ✓ Valoración y diseño a medida del plan formativo
- ✓ Puesta en marcha y ejecución
- ✓ Gestión de la bonificación de la FUNDAE
- ✓ Evaluación y encuestas
- ✓ Seguimiento

## Áreas formativas

- 📄 Tributación
- 📐 Jurídica
- 👥 Laboral y Recursos Humanos
- 📊 Contabilidad y Finanzas
- 👤 Dirección y Administración de Empresas
- 📈 Excel y Microsoft Power BI
- 📣 Marketing y Ventas



Más información en:

🌐 [www.cef.es/empresas](http://www.cef.es/empresas)

📞 91 451 98 28

**CEF.-**



PREMIO  
ESTUDIOS  
FINANCIEROS

2022

PREMIO  
ESTUDIOS  
FINANCIEROS

PREMIO  
ESTUDIOS  
FINANCIEROS

**CEF.-**

### *Modalidades*

El CEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 32.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 28.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 19.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 8.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 7.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

**CEF.-**

### *Dotaciones económicas*

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

**CEF.-**

### *Lugar y plazo*

Los trabajos, junto con el sobre cerrado, se remitirán a la secretaría del CEF.- de Madrid: Centro de Estudios Financieros, a la atención de Begoña Cob Montes, Paseo del General Martínez Campos, 5. 28010, Madrid.

También pueden enviarse por correo certificado o mensajería a la misma dirección. El plazo finaliza el día **4 de mayo de 2022**, a las **20:00 horas**.

**CEF.-**

### *Solicitud de las bases*

Puede solicitar las bases del premio visitando [www.cef.es](http://www.cef.es)