

EL EMPLEO EN EL SECTOR TURÍSTICO: RETOS Y OPORTUNIDADES CON OCASIÓN DE LA REFORMA LABORAL*

Prof. Dr. Antonio Costa Reyes
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-UCO

I.- A MODO DE CONTEXTO. II.- DE LA TEMPORALIDAD COMO RASGO DEL SECTOR A LA ESTABILIDAD COMO OBJETIVO COMPARTIDO Y NECESARIO. A) REFORMA EN LA CONTRATACIÓN LABORAL. **1. La temporalidad como problema endémico del mercado laboral español. 2. La intervención directa en las modalidades de contratación laboral. El diálogo entre el art. 15 LET y art. 16 LET (fijo discontinuo) a) Objetivo de la reforma de la contratación temporal estructural: excepcionalidad y simplificación. b) El contrato fijo discontinuo como instrumento de flexiguridad. 3. Algunas conclusiones a la luz de los resultados.** II.- LA NECESARIA APUESTA POR LA FORMACIÓN Y LA PROFESIONALIDAD EN EL SECTOR: LA OPORTUNIDAD DE LA CONTRATACIÓN FORMATIVA. III.- CONTRATAS-EXTERNALIZACIÓN Y CONVENIO APLICABLE

ABSTRACT

El trabajo que se presenta pretende un acercamiento actual a los tradicionales retos en materia de empleo del sector turístico. A tal efecto, se analizan las principales problemáticas que desde el propio macro sector se vienen señalando (inestabilidad laboral, insuficiencia de personal y cualificación, externalización prevaricadora, etc.), y, si la regulación laboral, en particular, la reforma de finales de 2021 ha servido como instrumento idóneo para impulsar medidas que den solución a tales retos. Por su especial significación en términos de empleo, el estudio se centra principalmente en los subsectores de la hostelería y la restauración. Finalmente, destacar el manejo conjunto de los datos estadísticos y el marco jurídico (incluida la práctica negocial y la respuesta judicial).

PALABRAS CLAVE

Empleo, turismo, precariedad laboral, reforma laboral, formación profesional, contratación temporal, fijo discontinuo, hostelería y restauración, descentralización productiva.

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación PID2022-139488OB-I00 DER “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral”, financiado/a por MCIN 10.13039/501100011033 y “FEDER Una manera de hacer Europa”.

Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación PID2022-139488OB-I00 “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral”, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y FEDER/UE.

I.- A MODO DE CONTEXTO

El sector del turismo ha sido históricamente un ámbito económico-laboral de primer orden en nuestro país en términos de PIB¹. Conclusión que no varía, pese a la diversidad de criterios que puedan utilizarse para delimitar cuáles sean las concretas actividades que engloba tal sector. Esa relevancia económica se manifiesta igualmente en el efecto *arrastre* que tiene sobre otras actividades o sectores vinculados a él (Exceltur, 2018: 25).

Hay también que destacar especialmente que, tras la gravísima crisis económica y de empleo derivada de la COVID, los datos apuntan a una clara recuperación en ambos vectores, manifestando también la oportunidad futura del mismo para nuestro país (Exceltur, 83/2023, y HEYMANN, 2023).

Ciertamente, y por lo que respecta al empleo, conforme a los datos EPA 2023-T2 las personas ocupadas en el sector turístico han constituido casi el 14% del empleo total en la economía española². Y en esta línea, la **tasa de parados** (% sobre activos en el sector) es del 8% en el sector turístico, frente a casi el 12% del general de sectores. Con todo, debe recordarse la situación crítica del **subsector de** agencias de viaje, pues en dicho periodo muestra un descenso en volumen de empleo superior al 40%.

No obstante, estos buenos macrodatos no deben hacernos olvidar lo que tras los mismos se esconde, confirmando el diagnóstico que desde hace años viene señalando el propio sector (por indicar los más cercanos en el tiempo, Exceltur, 2018 o Eurofirms, 2022): una grave dificultad de retención del talento, así como de atracción y conservación de la fuerza de trabajo, lo que termina repercutiendo en las posibilidades de calidad de ciertos servicios y de crecimiento futuro. Para explicar las razones o motivos de esta inquietante realidad del empleo en el sector turístico, y como vienen señalando tales estudios, debemos focalizarnos en los dos grandes debilidades que lo caracterizan:

De un lado, una asentada y grave **precarización laboral**, manifestada esencialmente en una muy elevada inestabilidad y una alta rotación³, unida a una baja retribución y una mala gestión del tiempo de trabajo que lleva a unas jornadas nada propicias a la conciliación laboral de sus empleados.

Y, de otro lado, una visión general del trabajo que se genera como **falto de profesionalización**, evidenciado en una alta rotación laboral y una escasa capacitación especializada, manifestando así la idea de ser un sector “refugio”, “por exclusión” o “involuntario”, en definitiva, no vocacional.

Como decimos, existe un consenso en este diagnóstico sobre que sean esos los males que se predicen del empleo en el sector turístico. De poco sirve intentar minimizarlos alegando que son más bien propios del subsector de la restauración (y no así de otros como agencias de viajes, transporte de viajeros, etc.), ya que, por su importancia cuantitativa en el volumen de empleo en el ámbito turístico, terminan generalizando la imagen sobre todo él y, por ello mismo, plantea el riesgo de su generalización a otros ámbitos.

Lo que debe hacerse es más bien afrontar este problema y, en este sentido, también hay consenso en que son más bien otras las razones de esa mala calidad del empleo, más ligadas a la dimensión de las plantillas y el tamaño de las empresas, con lo que ello implica en términos de menor innovación e inversión en capital humano. Sin duda, un problema no menor es la admitida existencia de una importante bolsa de economía sumergida y prácticas laborales

¹ El sector que representaba en 2019 el 12,3% del PIB (cifra similar a la actual) y nuestro país ocupaba entonces el segundo puesto mundial en número y gasto por turista; “Plan de modernización y competitividad del sector Turístico”, 2023.

² Turispaña EPA 2023-T2. Dicha cifra se eleva al 19,1% de los afiliados a Seguridad Social (18,3% en T-3); Exceltur, 86/2023: 6, y 85/2023: 7.

³ Los datos no dejan lugar a la discusión, por todos, CES (Consejo Económico y Social), Memoria socioeconómica y laboral de España (año 2019), 2020, pp. 24-25 / (año 2020), 2021 2020, pp. 345-347/ (año 2017), 2018, p. 317. También ITSS, Plan Estratégico 2021, 2022 y 2023; 2021, p. 21.

irregulares, lo que desde luego exigiría la intervención de los grandes interesados (asociaciones patronales y AAPP).

En resumen, este diagnóstico apunta, como también se reconoce, a los principales retos del sector turístico en términos de empleo, tanto para superar esa visión social negativa del mismo como, sobre todo, para procurar esa necesaria capacidad para mejorar su capacidad para atraer y retener talento, cuestión particularmente relevante para afrontar los importantes cambios y oportunidades. De todos ellos, nos vamos a centrar en los retos que vienen destacándose como principales en los propios análisis del sector:

Primero: la referida **inestabilidad en el empleo** (en términos de alta temporalidad y excesiva parcialidad involuntaria). Así, conforme a los datos EPA, la *tasa de temporalidad* en el conjunto del país fue de algo más del 26% en 2021 (en 2018, un punto más, casi el 27%), mientras que ese mismo año en el sector del turismo se situó en torno al 35% (en 2018-T3, del 35,2% -casi el 40% en el subsector de restauración y más del 37% en alojamiento-). En definitiva, la situación de *temporalidad* (involuntaria) era incluso peor que los ya preocupantes malos datos del mercado de trabajo en general.

En esta línea, la **tasa de parcialidad** en España se situó en 2021 algo más del 13,5% (EPA 2021-T4), en 2018 esa tasa era del 14,80% (EPA 2018-T4). En el sector turístico, en 2018, más del 60% de los contratos temporales y casi el 24,5% de los indefinidos eran a TP. Unos años después, para 2021, en los subsectores de hostelería y restauración se detectaba además que la dedicación parcial es más habitual entre los jóvenes (el 22% tiene ese tipo de jornada) que entre los séniores (11%), lo que contrasta con las cifras de los países europeos⁴.

Segundo: **déficit de cualificación**, singularmente en los niveles o grupos profesionales inferiores, muy numerosos en términos absolutos y porcentuales (particularmente en los dos principales subsectores: hostelería y restauración). En relación con este reto, se viene subrayando la necesidad de mejorar en formación profesional de las personas empleadas en el sector turístico, esencial para responder a los nuevos requerimientos de la economía digital, la cual viene demandando nuevos/complementarios perfiles profesionales, al objeto de impulsar con ello la apuesta por la innovación y la competitividad de las empresas del sector.

Como también se viene apuntando desde hace años, era necesario reforzar la profesionalización, singularmente en los puestos de trabajo de base, y, en particular, apostar por la formación dual, pero la realidad, como veremos, queda lejos de los propósitos (tampoco el marco normativo existente, RD 1520/2012, parecía favorecer una calidad en este tipo de formación), evidenciando así que resta un importante camino por recorrer, en particular, a través del contrato formativo (COSTA REYES, 2018).

Tercero: limitar la **externalización precarizadora**. El sector del turismo se ha visto salpicado por numerosos casos de uso abusivo de la descentralización productiva (contratas) como instrumento de abaratamiento *ad limitum* de costes (el caso de las llamadas *kellys* es paradigmático, pero no el único) y, con ello, ahondando y favoreciendo unas estrategias que dividen cada vez más la situación laboral en las empresas auxiliares (*v.gr.*, limpieza, multiservicios), frente a las del personas directamente empleadas en el sector (particularmente, hostelería y alojamiento), cuestionando así el principio de “a igual trabajo, igual salario”⁵.

Tras el diagnóstico deberían venir las actuaciones. Y en nuestra opinión, como trataremos de explicar, la reforma laboral de 2021 ha sido y es una oportunidad que permite o empuja al sector a afrontar estos retos. Por razones de espacio, vamos a limitarnos a algunos de los elementos

⁴ Ageingnomics, Mapa de Talento Sénior 2023; Fundación Mapfre, 2023.

⁵ La externalización basada esencialmente en la reducción de costes es una lógica que, en general, también se ha detectado fuera de nuestras fronteras, pero precisamente por el hecho de que no se puedan diferenciar condiciones de trabajo, se haya concluido que “subcontratar el servicio de limpieza de habitaciones tiene pocas ventajas, y en los últimos tiempos varios hoteles han dado marcha atrás para ocuparse de él con su propio personal interno”; ERIKSSON/LI, 2009: 410.

de tal reforma, en particular, aquellos que pretendía incidir i) sobre la inestabilidad laboral vía reducción de la temporalidad, ii) sobre la formación de carácter profesional y, más concretamente, sobre la contratación formativa como instrumento para la formación dual; y, finalmente, iii) sobre la externalización precarizadora, en particular, las reglas introducidas en materia de contrata y subcontratas (art. 42 LET) para reducir la diferencia de condiciones de trabajo entre empleados en empresa principal y auxiliares. Una última advertencia, y también debido a las limitaciones de nuestro estudio, utilizaremos en general los datos correspondientes a los subsectores de alojamiento y restauración, no solo por ser los que emplean a la gran mayoría de trabajadores del sector, sino por ser en gran medida (junto con las agencias de viajes) los principales ámbitos tratados convencionalmente y porque han servido de referencia a otros subsectores.

II.- DE LA TEMPORALIDAD COMO RASGO DEL SECTOR A LA ESTABILIDAD COMO OBJETIVO COMPARTIDO Y NECESARIO.

Sin duda, el objetivo principal de la reforma laboral llevada a cabo por el RD-Ley 32/2021 ha sido atajar el grave e histórico problema de la temporalidad en nuestro país. Para ello, y frente a las clásicas recetas derivadas de la ya superada tesis *insiders/outside*s⁶, dicha reforma optó por una intervención directa sobre el núcleo normativo de la contratación temporal: el art. 15 LET (contratos temporales estructurales). Con todo, en aras a una regulación más respetosa con la pretendida flexiguridad, actuará igualmente en el art. 16 LET (contrato fijo discontinuo).

Sin embargo, antes de entrar en lo que de oportunidad tiene la referida reforma laboral, convendría señalar que las razones que han venido esgrimiéndose para explicar la alta temporalidad en el sector turístico se apoyan en la idea de imprevisibilidad de la demanda y a su marcada estacionalidad (Exceltur, 2018: 9 y sgs.). Pero, como el propio sector advierte -y los datos evidenciarán-, lo cierto es que no parece que sean exclusiva o principalmente esos los factores de tal nivel de temporalidad y sí otros más vinculados a la llamada “*cultura de la temporalidad*” como (mal) instrumento para la flexibilidad laboral⁷.

Con relación a la mencionada “*cultura de la temporalidad*”, fenómeno extendido desde los años ’80, debemos recordar que implicaba apostar por una diversificación de los tipos contractuales como mecanismo para “adaptarse a las necesidades de las empresas” (productivas y exigencias del mercado, coyunturales particularmente). En otras palabras, el uso (excesivo) de la temporalidad en nuestro país respondería ante todo al objetivo empresarial de (una mal entendida) flexibilidad y eludir las cargas y tutelas de la relación laboral común, singularmente, en materia de extinción (de ahí lo desacertado del término flexibilidad *de entrada*, CRUZ VILLALÓN, 2016)⁸. Como hemos advertido en otro lugar (COSTA REYES, 2022b), dicho patrón de comportamiento se mantendrá pese a las continuas reformas laborales *en el núcleo* que, para favorecer la flexibilidad laboral, se vienen desarrollando desde hace décadas; todo lo cual -combinado- tendría graves consecuencias en materia de estabilidad laboral (incluso en la contratación indefinida).

Dicha realidad laboral era favorecida, entre otras razones, por la falta de consecuencias legales proporcionales a la gravedad del problema del abuso o fraude en la contratación temporal y por la amplitud en la redacción de las causas previstas en la anterior redacción del art. 15 LET (singularmente el contrato eventual y el de obra o servicio determinado). Y es en este contexto

⁶ GÓMEZ RUFIÁN/ PÉREZ DEL PRADO, 2023, pp. 284-286, 301-303.

⁷ Como recuerdan CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, 2021, la temporalidad excesiva en nuestro país no tiene explicación en la mera composición sectorial de nuestro país. Dichos autores, además, aportan contundentes datos sobre las diferencias de nuestro país, incluso con independencia del nivel formativo de nuestros trabajadores. También, Comisión Europea, 2020: 59 y 63);

⁸ OJEDA AVILÉS/GORELLI HERNÁNDEZ, 2006, pp. 43 y ss. Como decimos, tales conclusiones vienen manteniéndose en el tiempo, v.gr., el Informe de la Comisión de Expertos, 2005, pp. 123 y 127; o BENTOLILA/SEGURA/TOHARIA, 1991.

en el que hay que tener muy en cuenta el comportamiento y la práctica de los agentes jurídicos (tribunales), sociales (negociación colectiva) y económicos (empresarios), quienes actuaban en demasiadas ocasiones obviando el sentido último de la normativa comunitaria (Directiva 1999/70/CE) y *descausalizando* en gran medida las tipologías temporales estructurales existentes en ese momento.

En efecto, la *cultura de la temporalidad* también aparecía en la doctrina de nuestros **tribunales**, al punto de que, como reconoció el propio TS (COSTA REYES, 2021a), la favoreció o, cuando menos, no facilitó la reducción de la tasa de temporalidad.

Y, por lo que hace a la **negociación colectiva**, debemos recordar que, junto al trasvase de materias desde la ley, se impulsaban además nuevas funciones para ésta mediante la introducción de reglas de negociación y participación en las medidas de gestión del empleo en la empresa (v.gr., en contratación temporal y formativa, impulso de la indefinida, etc.). Es oportuno advertir que, pese a ello, las previsiones normativas en orden a que los convenios colectivos identificarán supuestos o realizar concreciones para que una actividad pueda cubrirse con la modalidad temporal estructural, han estado siempre sujetas al control judicial de su adecuación a las previsiones legales y, en particular, a las causas justificativas previstas, las cuales constituyen derecho necesario indisponible por las partes (*ex art. 85 LET*)⁹. No obstante, lo cierto es que la actuación de la negociación colectiva no ha podido o sabido dar respuesta a las exigencias que desde la norma se le reclamaban, evidenciando también sus limitaciones para poder generalizar los objetivos de empleo marcados en materia de reducción de la temporalidad, cuando no incurriendo en actuaciones impregnadas de esa *cultura de la temporalidad* (en extenso, COSTA REYES, 2020).

Y a todo ello no era ajeno el sector turístico, en particular, el de hostelería y restauración, más bien todo lo contrario. Y para muestra un botón¹⁰: de los convenios colectivos de los principales destinos turísticos, mencionaremos, de un lado, el de la hostelería de Madrid (BOCM 20/11/2021), donde encontraríamos cláusulas referidas a supuestos que justifican tanto al contrato eventual como al de obra o servicio determinado, cuya característica común es que en la mayoría de las ocasiones se refieren a actividades habituales, reiteradas o periódicas, no ocasionales (v.gr., feria, servicios de terraza de verano, días festivos, banquetes y todo tipo de celebraciones, incluidas las comidas y cenas de empresas, etc.). Y en esta línea, de otro lado, se afirmaba en el anterior convenio para Baleares (2018) que, “debido al **carácter estacional de la actividad** de que se trata, y a las continuas fluctuaciones del mercado turístico, el contrato eventual por circunstancias de la producción (...), podrá realizarse a lo largo de todo el año (...).” Y añadía como causas para el referido contrato para obra o servicio determinado, entre otras, la prestación de *servicios de carácter estacional* o la apertura de *nuevas oficinas* o lanzamiento de un *nuevo producto turístico* (el subrayado es nuestro)¹¹.

Frente a esa excesiva flexibilidad en la delimitación de las causas justificativas -obviando con ello el carácter excepcional de la contratación temporal-, en el sector se pretenderá limitar el problema a través de *cláusulas de empleo* que fijen máximos cuantitativos-porcentuales al volumen de contratos de duración determinada según la plantilla total¹², pero sin que nada de ello permitiese realmente reducir drásticamente el problema. Y es que, como también podía

⁹ La voluntad de las partes (individual o colectiva) no puede desconocer el carácter de derecho necesario de la normativa en materia de contratación temporal. La jurisprudencia es constante y abrumadora en tal sentido, por todas, SSTs 21/09/1993 (rec. 129/1993) o de 07/03/2003 (rec. 36/2002).

¹⁰ Los ejemplos que mostramos eran, como decimos, una realidad bien extendida, ROQUETA BUJ, 2004.

¹¹ Advuértase la similitud entre este último supuesto y el desde hace lustros derogado contrato de *lanzamiento de nueva actividad* y el rechazo al intento por reconducirla a los supuestos del art. 15 LET (singularmente, el eventual); *vid.*, STS de 23/09/2002 (rec. 222/2002). Sobre dicha derogada modalidad, STS de 22/02/2000 (rec. 1166/1999).

¹² Igualmente, el Convenio Hostelería de Almería (BOP 23/03/2022), o el de Castellón (BOP 16/06/2022). Paradigmático, convenio Hostelería de Las Palmas 2016-2019 (BOP 17/03/2017).

observarse, en la mayoría de los casos, o no se preveía consecuencia alguna al incumplimiento o ésta carecía de repercusión práctica relevante (también, *v.gr.*, convenio de agencias de viajes, BOE 14/01/2022). Es más, tanto las excepciones y matizaciones que los propios negociadores fijaban a esos porcentajes¹³, como la falta de reglas que permitieran patrimonializar tales cláusulas por parte de los concretos trabajadores afectados, hacía muy difícil garantizar su efectividad. Con todo, incluso en el mejor de los casos, se partía de admitir que, al menos, entre un tercio y la mitad de la plantilla anual podría ser temporal.

Junto a este tipo de cláusulas, encontramos en numerosos convenios del sector (tanto ahora como antes) previsiones de contratación indefinida ordinaria en favor de las personas que estuvieran empleadas temporalmente en el sector (o, incluso, como fijos-discontinuos). Sin embargo, una vez más, atendida la configuración de tales cláusulas, en muchos casos con matizaciones o reglas añadidas en favor de la decisión unilateral de la empresa y, en suma, su falta de conformación de derechos patrimonializables, permiten explicar su ineficacia para revertir los malos datos de estabilidad en el sector.

En conclusión, y como adelantábamos respecto al general de sectores, también en el turístico es evidente que, en un contexto como el señalado, las medidas propuestas por los propios negociadores eran claramente insuficientes (cuando no incentivadoras) para provocar una reducción sustancial de los altos índices de temporales.

A) REFORMA EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

1. La temporalidad como problema endémico del mercado laboral español.

Como vemos señalando, y al igual que en el sector del turismo, la temporalidad se presentaba como uno de los más graves problemas de nuestro mercado de trabajo. Además de las evidentes dificultades personales de quienes la sufren, también existe consenso en los principales efectos negativos que tan alta tasa de temporalidad supone para la actividad productiva y que no difieren en mucho de los que ya hemos referido en el sector turístico: precariedad laboral y alta rotación, volatilidad del empleo y, por ello, escasa utilidad de las medidas de flexibilidad *interna* como alternativa a las extinciones, así como déficits de formación profesional y lastre para la innovación y la productividad empresarial (en extenso, COSTA REYES, 2022a, y Comisión Europea, 2020). En relación con esto último, y como evidencian los datos, es sabido que 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, lo que sin duda presenta un alto riesgo en el medio plazo... ¿les suena?

En consecuencia, se hacía evidente que el marco regulador debería impulsar un cambio drástico, y para ello no podía intervenir en la lógica que hasta entonces se había seguido para resolver la excesiva temporalidad (indirecto o incentivador), por cuanto que -como los datos evidenciaban-, todas las reformas anteriores supusieron “un clamoroso fracaso en su intento, y, por tanto, incapaces de dar solución a los perniciosos efectos que esta situación provoca” (COSTA REYES, 2022b). Sin duda, en nuestra opinión, en un contexto dominado por la referida “*cultura de la temporalidad*”, parece ilusorio pensar en revertir la situación con meros retoques normativos en dirección a favorecer la contratación indefinida o centrados en incidir en otras vías de flexibilidad *en el núcleo* (como argumentan quienes defienden la superada teoría de los *insiders/outsiders*). Además, sin un cambio directo en la regulación sobre

¹³ *V.gr.*, aquellos convenios que excluyen de la plantilla computable, entre ellos, a ciertos empleos temporales (interinos, formativos, etc.) como ocurre en el convenio Estatal de Agencias de Viajes o el de hostelería de Baleares (BOIB 12/07/2018), en el cual, además, sí se suman los autónomos que presten servicios para la empresa del sector. También se establecen excepciones al cumplimiento del mínimo de personal fijo para centros de trabajo con menos de ciertos años o de cierta categoría (estrellas), como sucede con el convenio de hostelería de Baleares o el de Granada (art. 10)

contratación temporal, tampoco parecía que los negociadores o la doctrina judicial girase rápida y mayoritariamente en un sentido de mayor restricción¹⁴. En otras palabras, se hacía imprescindible una mayor delimitación de los aspectos centrales y sustanciales de tales contratos temporales (causa y contenido), al objeto de hacer real su carácter de excepción (a la relación indefinida).

En este sentido, y aunque el RDL 32/2021 también afirma su apuesta por el impulso a las medidas de flexibilidad interna, lo hará 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). Pero lo novedoso ahora es que se incidirá directamente sobre la contratación temporal, en concreto, sobre los tipos o causas de la misma¹⁵.

2. La intervención directa en las modalidades de contratación laboral. El diálogo entre el art. 15 LET y art. 16 LET (fijo discontinuo)

a) Objetivo de la reforma de la contratación temporal estructural: excepcionalidad y simplificación.

La nueva regulación reafirmará 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, art. 16 LET–, 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 exige el marco comunitario –Directiva 1999/70/CE–)¹⁶.

Junto a ello, y como reverso, se refuerza 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) LET¹⁷. Como añadido, se 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)¹⁸.

En cuanto a la concreta reforma del art. 15 LET en relación a las causas que justifican el uso de la contratación de duración determinada y su diferencia con la situación anterior, nos limitaremos aquí a subrayar, por razones de espacio, la reducción de las modalidades contractuales temporales estructurales admitidas, pues si bien se mantiene –con algún cambio menor– el *contrato de interinidad* (ahora llamado de *para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo*, art. 15.3 LET), se procede

¹⁴ Lo señalado en el texto no desconoce que en los últimos años parecía percibirse un cierto cambio de orientación judicial, algo más restrictiva a la hora de admitir ciertos supuestos (contrasta) dentro de las causas del anterior art. 15 LET; en extenso, COSTA REYES, 2021a.

¹⁵ Y, aunque en mucha menor medida, en las consecuencias ante el abuso y el fraude –como la modificación de la LISOS o el (re)establecimiento de cotizaciones adicionales para ciertos contratos temporales–. En cualquier caso, y pese a lo acertado de estas otras actuaciones complementarias, creemos que hubiera sido oportuno también la introducción de otros elementos que hicieran especialmente gravosa la contratación temporal en general y la fraudulenta en particular. Algunas ideas, en CASAS BAAMONDE, 2017, y CRUZ VILLALÓN, 2016: 215 y sgs. (en especial, 221 y sgs.).

¹⁶ «[...] el recurso a contratos de duración determinada reviste un carácter excepcional en relación con los contratos de duración indefinida» (STJUE 10/03/2011, C-109/09). Cabe precisar que ya con la anterior regulación la jurisprudencia sostuvo la presunción en favor de la contratación indefinida (COSTA REYES, 2021b: 160-161). Sin embargo, parece evidente que nuestro Alto Tribunal –al menos hasta tiempos recientes– no interiorizó en términos interpretativos las consecuencias de tal conclusión.

¹⁷ Por todas, SSTs de 17/09/2014 (rec. 2069/2013) y de 24/01/2020 (rec. 148/2019).

¹⁸ 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».

a intervenir con intensidad en relación a las dos restantes figuras que, con diferencia, eran las que centraban la problemática de la excesiva temporalidad (CRUZ VILLALÓN, 2016: 213 y 214; y CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, 2021).

Así, en primer lugar, se procede a derogar expresamente el *contrato por obra o servicio determinado* que tantos problemas había planteado, no solo en términos de peso en la temporalidad (suponía más del 40% en el sector turístico -EXCELTUR, 2018-), sino también de favorecimiento de los procesos de descentralización productiva a consecuencia de una jurisprudencia tan antigua como cuestionada (en extenso, COSTA REYES, 2021a). Y respecto al anterior *contrato eventual por circunstancias del mercado*, debe recordarse que se trataba del principal contrato temporal utilizado en nuestro sector, debido, además de a las ya advertidas razones productivas que venían esgrimiéndose, a su ambigua configuración legal, que lo hacía ideal como refugio para plasmar la *cultura de la temporalidad* (en extenso, COSTA REYES, 2022b: 41). En consecuencia, era imprescindible ajustar su regulación para que realmente su uso se limitara a variaciones productivas puntuales y, a tal efecto, la reforma terminará reformulándolo en el actual *contrato por circunstancias de la producción* (art. 15.1 LET).

No es nuestra intención extendernos en el alcance técnico de la nueva regulación (al respecto, COSTA REYES, 2022a), sino -más bien- precisar un par de consideraciones generales vinculadas al objetivo último de tal reforma directa y de calado del art. 15.1 LET (coherente, por otro lado, con la *voluntas legislatoris* de reforzar la ya mencionada excepcionalidad de la contratación temporal), pues entendemos que deben implicar importantes consecuencias en el plano interpretativo (particularmente ante las dudas que implica su criticable redacción): de un lado, que 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. Y de otro, la idea-fuerza que guía la reforma es que el contrato de duración determinada no debe servir para atender a cualesquiera necesidades empresariales objetivas y limitadas en el tiempo, sin importar su extensión o la forma en la que se manifieste (irregular reiteración, etc.), por cuanto que, de lo contrario, en un modelo económico como el actual (posindustrial o digital -*gig economy*, etc.-), ello conllevaría un vaciamiento material de lo pretendido.

b) El contrato fijo discontinuo como instrumento de flexiguridad.

Muy en conexión con todo lo anterior, debe observarse que “la reforma de 2021 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 art. 15 y el art. 16 LET” (DURÁN LÓPEZ, 2022). Y es que, recordemos, uno de los objetivos declarados de la reforma fue, precisamente, reconducir ciertas pautas de contratación temporal (abusiva) hacia esta modalidad del fijo discontinuo (F-D), de ahí que su objeto se vea ampliado.

Dicho propósito respondía también a que esta modalidad refleja de manera más acertada la lógica de la *flexiguridad*, pues permite mayores dosis de seguridad para el trabajador (también en términos de protección social), sin renunciar a la flexibilidad empresarial (GOERLICH PESET, 2022: 58-59). En efecto, como se sabe, tradicionalmente, el trabajo F-D recibe este nombre porque si bien la actividad que desarrolla es permanente en la empresa (*fija*), la misma no se desenvuelve de una forma continuada en el tiempo, sino que existen periodos de inactividad (*discontinua*)¹⁹. Es decir, este contrato indefinido tiene como finalidad la de cubrir necesidades ordinarias o habituales que se presentan a la empresa solo en determinados momentos del año en que, por circunstancias externas (ajenas siempre a la mera voluntad de las partes)²⁰, la producción inicia su actividad o se incrementa, de forma que solo durante un

¹⁹ Sobre los rasgos tradicionalmente predicables del fijo discontinuo, SALA FRANCO, 2022: 10-11.

²⁰ STS de 28/10/2020 (rec. 4364/2018) -y jurisprudencia citada-. En suplicación, STSJ Andalucía/Granada, 1851/2021.

periodo de tiempo se precisen trabajadores para tales servicios intermitentes. En definitiva, aporta a la empresa una mayor flexibilidad (pues no tiene que proceder a continuas contrataciones ni a medidas extraordinarias para los periodos de inactividad -v.gr., art. 47 o 41 LET-), a la vez que evita la inestabilidad en la relación laboral, que se considera indefinida en todo caso²¹.

De los supuestos o actividades que vienen ahora a exigir o permitir un contrato F-D, nos limitaremos a referirnos, por lo que aquí interesa (sector turístico), a los *trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada* y a la *prestación intermitente que tenga periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados*.

Comenzando por los primeros, consideramos que recogen los clásicos **fijos-discontinuos y fijos-periódicos**; esto es, “trabajos permanentes, consolidados, que se reiteran obedeciendo al cambio de las estaciones” o a campañas o temporadas (BENAVENTE TORRES, 2005). En estos casos, y como fácilmente se entenderá, se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente en el tiempo, pero reiterada y dotada de una cierta homogeneidad (en cuanto al objeto -actividad- e incluso al momento), lo cual evidencia que tales trabajos responden no a necesidades ocasionales, sino habituales y permanentes (aunque no continuadas) y, por ende, quedan excluidos de causa de temporalidad *ex art. 15 LET* (también, CRUZ VILLALÓN, 2022: 37-38).

De otro lado, y también de manera necesaria, se incluyen en el segundo supuesto los **trabajos intermitentes** que se reiteran sin vinculación estacional o de temporada. Es decir, para actividades productivas en la empresa que no se producen de manera esporádica (ocasional), sino que son permanentes (vinculadas o conectadas con la habitual -estable- en la empresa), aunque no continuadas, de modo que se interrumpirán y se repetirán -al menos una vez- todos los años “debido a factores externos a la empleadora y no controlables por la misma”²². Lo relevante pues en este F-D *intermitente* es que el contrato se lleva a cabo para el desarrollo de trabajos no continuados cuya realización o ejecución debe ser *cierta*, aunque el periodo en el que tendrá lugar (*determinado o indeterminado*) no es preciso que responda a ciclos homogéneos. En definitiva, el carácter cíclico de la reiteración, entendida éste en los anteriores y limitados términos de homogeneidad en la fecha en la que se produce la necesidad, ya no sería un requisito, al menos en este supuesto, pues el elemento que ahora debe tomarse en consideración es que el trabajo o actividad laboral (objeto) en la que será empleado el trabajador se repetirá (intermitentemente) de manera *cierta* (y sin perjuicio de que en un momento concreto pueda no tener lugar por las causas del art. 47 LET), con independencia de que el periodo en el que dicha prestación debe ejecutarse coincida en fechas de inicio más o similares²³.

Nos referimos, por ejemplo, a las celebraciones como bodas, bautizos, comuniones, pero también los incrementos productivos ordinarios propios de las cenas de navidad, eventos culturales habituales, etc., pues en todos ellos la actividad empresarial, aunque intermitente *per se*, es homogénea en cuanto a su objeto en cada reiteración a lo largo del año, de ahí que pueda clasificarse de estable (predecible), porque se actualizará *a priori* cada año (una o varias veces), aunque el momento concreto durante el que tienen lugar pudiera variar por factores objetivos

²¹ Y por ello mismo, se excluye la posibilidad de que la negociación colectiva pueda exigir requisitos añadidos, ajenos al objeto o actividad, para la calificación del trabajador como F-D (v.gr., un cierto número de reiteraciones, una mínima duración-vigencia o de jornada en las actualizaciones anteriores, etc.); por todas, SSTS 26/10/2016 (rec. 3826/2015) y de 04/10/2017 (rec. 176/2016).

²² Por todas, STS de 19/02/2019 (rec. 971/2017).

²³ Con ello, además, se da entrada a algunos supuestos ya admitidos en cierta doctrina judicial de suplicación anterior, v.gr., STSJ de Asturias, 2169/2001 y STSJ de Cataluña, 850/2000 (nº 850) y, respecto de ella, la STS de 05/12/2000 (rec. 1443/2000).

externos (y, por tanto, no dependientes de una configuración voluntarista o unilateral de la empleadora ni totalmente aleatorios)²⁴.

Una última puntualización: no cabe incluir en el art. 16 LET otros supuestos de contrato a tiempo parcial distintos al mencionado fijo periódico (v.gr., para trabajos en fin de semana, etc.), por cuanto que la nueva regulación se ha limitado a eliminar el art. 12.3 LET para atraer tal modalidad al actual art. 16.1 LET (no a excluir la fijación anual de la jornada del tiempo parcial), de modo que esos otros casos no dejarán de ser contratos indefinidos ordinarios con jornada parcial²⁵.

3. Algunas conclusiones a la luz de los resultados

Tras dos años de la aprobación del RD-L 32/2021 estamos en condiciones de afirmar lo acertado de la intervención directa en el núcleo normativo de la contratación temporal operada, porque, con todos los matices que quieran señalarse, “puede concluirse que esta forma de intervención ha cumplido mejor que ninguna otra el objetivo principal que se perseguía: disminución de la precariedad en el mercado de trabajo mediante la reducción de la temporalidad y la promoción de la contratación estable, de carácter indefinido”. A todo ello hay además que añadir que, “en contra de lo que algunos analistas o sectores de opinión auguraban, (...) la reforma (...) no ha supuesto mayor desempleo o perjuicio alguno en términos de cantidad agregada de empleo. Al contrario, (...) aumentó el empleo de nueva creación (...) Los datos permiten afirmar con contundencia que la reforma no destruye puestos de trabajo, sino que tiene un impacto neutro o incluso positivo desde la perspectiva de la creación o el volumen total de empleo”²⁶.

Tales conclusiones generales se ven particularmente confirmadas en el sector turístico, pues ya durante el 2022 la *tasa de temporalidad* (EPA 2022-T3: 26,1%) bajo en casi 10 puntos con respecto a 2021²⁷. El 2023 confirmará ese fuerte descenso que viene produciéndose (EXCELTUR, 86/2023: 7), al punto de que, por primera vez, el sector turístico reflejaría una tasa inferior al del conjunto de sectores (en junio, era del 7,9% en el sector y en *septiembre*, del 8,9% frente al 13,4% del mercado de trabajo en general)²⁸.

Otro dato a tener en cuenta, y en contraste con lo ya advertido que venía sucediendo con anterioridad, es el comportamiento de la negociación colectiva en relación a la contratación temporal estructural, pues la práctica totalidad de convenios analizados tras la reforma ya no amplían las causas o supuestos que justifican su uso (remitiéndose en el general de los casos a copiar la norma, la cual ya no remite en este punto a los convenios, a diferencia de lo ya visto en la situación anterior), pero sí mantienen medidas de contención de la temporalidad en línea con las llamadas del art. 15.8 LET.

²⁴ GOERLICH PESET, 2022: 63. Sobre la aleatoriedad como incompatible como el fijo discontinuo, en la jurisprudencia anterior; por todas, STS, 19/02/2019, rec. 971/2017

En estos casos se incluyen las encuestas no excepcionales ni extrañas a las que forman parte de la investigación (obligatoria) continua y periódica de la entidad (EIA, EPA, etc.), aunque la misma no acontezca en fechas similares; SSTs, de 05/07/1999 (rec. 2958/1998), de 22/02/2011 (rec. 2498/2010) y de 21/12/2006 (rec. 792/2005).

²⁵ También, aunque manifestando los problemas de delimitación que la nueva regulación implicará, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, 2022. En todo caso, es importante recordar que esa confusión no es nueva, sino que ya se advirtió con la posibilidad de establecer el año como periodo de referencia de la jornada del CTP y se profundizó con la ubicación de fijo periódico dentro del régimen jurídico del art. 12 LET (CTP), en extenso, con una muy destacable labor de síntesis de la doctrina sobre el tema, en BENAVENTE TORRES, 2005: 24 y sgs.

²⁶ ÁLVAREZ ALONSO, 2023. El autor, sobre la base de los datos que aporta, se muestra -con razón- muy crítico con algunas opiniones sobre el papel del fijo-discontinuo tras la reforma (v.gr., INSTITUTO EY-SAGARDOY DE TALENTO E INNOVACIÓN / BBVA RESEARCH / FEDEA, 2022, pp. 2-4, y 17-18). Son muchos los autores que reconocen ese balance positivo, también, ORDÓÑEZ PASCUA, 2023.

Como hemos planteado en otros sitios, pese a la reforma, el problema real sigue siendo la vigencia real de los contratos (CONDE-RUIZ/GARCÍA/PUCH/RUIZ, 2023), y para ello consideramos que debiera abrirse el tabú de mayores restricciones y consecuencias frente al despido abusivo o sin causa.

²⁷ En particular, en el subsector de alojamientos y restauración, donde el papel de la reforma no deja lugar a dudas; SEPE, 2022.

²⁸ Con todo, existen importantes diferencias territoriales, *vid.* CCOO, 2023: 21-22

Igualmente, hay que subrayar que la reforma -pese a las restricciones a la temporalidad que implica- no ha impedido una fuerte generación de empleo en el sector turístico, ya que en el pasado trimestre (EPA 2023-T3) el 25,1% de los nuevos trabajos fueron fruto de las actividades vinculadas al mismo.

Finalmente hay que señalar (OFP, 28/2023) que en el primer año de vigencia de la reforma se ha duplicado el número de F-D en este sector (hasta los 247.763 de diciembre de 2022), hasta alcanzar el 12,3% de la contratación total existente. Y en esta línea, importa destacar que en ese porcentaje casi se duplica en 2023-T3, superando en mucho a la media nacional (en torno al 6%). De esta forma se confirma no solo la idoneidad de esta modalidad contractual para hacer frente a la variabilidad propia de la actividad en el mismo (muy marcada por las temporadas estacionales), si no también -y muy en particular-, los amplios márgenes de mejora de estabilidad que se aventuraban y que se advertía que esa modalidad podría posibilitar (EXCELTUR, 2018: 63)... pero que ha necesitado de la intervención del legislador para forzar a cumplir sus propios deseos

Teniendo en cuenta estos datos, es importante observar que, para evitar cierta precarización en esta figura que pueda suponer -a la postre- que no sirva para resolver precisamente ese problema, una gran parte de los convenios analizados prevé garantías para el empleo de estos trabajadores, las cuales van desde el establecimiento de un periodo mínimo de contratación a lo largo del año o de una jornada laboral mínima diaria asegurada, a la preferencia de tales trabajadores para ser llamados en casos de trabajos eventuales o intermitentes distintos a su temporada²⁹. Y con relación a ello, no deben olvidarse las medidas de apoyo a la prolongación del período de actividad de los trabajadores F-D en los sectores de turismo y comercio y hostelería vinculados a la actividad turística (DA Cuarta RD-Ley 25/2020)³⁰

En conclusión la reforma parece haber cumplido su objetivo de *flexiguridad*, pues se ha visto fuertemente impulsado el F-D, pero en el bien entendido que no ha aglutinado ni la mayor parte del éxito que en términos de reducción de temporalidad ha supuesto el RD-Ley 32/2021, pues, pese a su espectacular incremento, la mayoría de contratos indefinidos celebrados desde su entrada en vigor son ordinarios, por lo que, y esta es otra derivación positiva, parece evidente que hay margen de mejora en sus datos (ÁLVAREZ ALONSO, 2023).

II.- LA NECESARIA APUESTA POR LA FORMACIÓN Y LA PROFESIONALIDAD EN EL SECTOR: LA OPORTUNIDAD DE LA CONTRATACIÓN FORMATIVA

Como adelantábamos, el sector del turismo afronta con preocupación la escasez de personal cualificado, lo que ralentiza su recuperación tras el parón que se vivió durante la pandemia (EXCELTUR, 2023). Los ya señalados problemas derivados de la precariedad laboral inciden claramente en la desmotivación de quienes son empleados (particularmente en los sectores de hostelería y restauración -Eurofirmas, 2022 y HOTREC, 2022). Como ha sido advertido, todo ello está originando en ocasiones vacantes sin cubrir (CCOO, 2023), al punto de que se empiece a considerar como ocupaciones de difícil cobertura, las de “cocineros asalariados, camareros asalariados, personal de limpieza de oficinas, hoteles y otros establecimientos similares, directores y subdirectores, y recepcionistas de hoteles” (SEPE, 2022). Y a esta problemática respecto a los perfiles tradicionales, hay que añadir los que suponen los nuevos que se reclaman como consecuencia de la necesaria apuesta por la transformación digital y tecnológica (*quick-delivery*, sistemas de trabajo informatizados, etc.)³¹.

²⁹ V.gr., DT 4ª convenio colectivo sectorial estatal de marcas de restauración moderna (BOE 08/12/2022), art. 8 Convenio Hostelería de Islas Baleares (BOIB 22/04/2023), o el de tal subsector en Granada (BOP 05/06/2023), Sevilla (BOP 19 agosto 2022) o Alicante (BOP 18/10/2023). Particularmente interesante la previsión que en tal sentido se contiene en el art. 14.3.4 del convenio Agencia de Viajes (BOE 02/09/2023).

³⁰ Medida que lleva años prorrogándose y que, por ello, mismo, quizás exigiría un tratamiento más estable que dote de seguridad y estabilidad a la misma; COSTA REYES, 2019: 133.

³¹ Estos y otros retos han llevado al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia a desarrollar un “Plan de modernización y competitividad del sector turístico” que incluye el “Programa de digitalización e inteligencia para

Se entiende así que se haya vuelto un lugar común en el sector subrayar la necesidad de mejorar la profesionalización, particularmente en los niveles básicos (EXCEPTUR, 2018: 55 y 66), entre otras razones, porque se plantea además como una de las respuestas frente a la escasez de trabajadores: mejorar la formación de las competencias con el objetivo de transformarse en un sector atractivo para desarrollar una carrera profesional (Eurofirmas, 2022: 21-22)³².

Sin embargo, la realidad evidencia que no se detectan cambios positivos. Más al contrario, lo que se observa es que los sectores del turismo en su conjunto gastan de media por trabajador un importante porcentaje menor que el del conjunto de sectores (particularmente, son destacables las negativas diferencias en subsectores como el de restauración o actividades recreativas). Todo ello en un contexto en el que “según los datos disponibles, el 58% de las personas ocupadas en el sector no tienen formación profesionalizante o enfocada al sector” (OFP, 28/2023).

Como aventurábamos, la realidad de nuestro tejido productivo y empresarial se caracteriza por lo general -y muy en especial en el sector turístico (EXCELTUR, 2018)-, por estructuras empresariales de escasa dimensión, poca innovación y menor inversión en capital. Contexto que explica la situación formativa del sector en su conjunto, pues es sabido que el nivel de cualificación o la especialización necesaria en las personas trabajadoras está fuertemente condicionado no solo por la demanda empresarial, 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. 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.

A este problema de estructura empresarial venía a unirse la antes advertida inestabilidad laboral propia del sector, sobre todo en los ámbitos con mayor peso en el empleo. Sin duda, como hemos pretendido poner de manifiesto, la reforma en materia de contratación laboral llevada a cabo por el RD-L 32/2021 ha posibilitado comenzar a revertir esa situación y, en consecuencia, abre un nuevo panorama que implicará la necesidad de una gestión de personal pensando en el medio y largo plazo, lo que sin duda debería conllevar una mayor atención su conexión con la promoción (vía movilidad interna) y con la referida carrera profesional de quienes son empleados (CCOO, 2023: 4 y 34; y Exceltur, 83/2023). Por eso, nuestra crítica no desconoce los esfuerzos del sector, aunque modestos, para mejorar la capacitación de sus profesionales, pero lo que también queremos advertir es que, quizás, aquella realidad laboral (temporal) impedía un compromiso real de concretar esos compromisos por parte de las estructuras empresariales más afectadas por este problema y más beneficiadas de la “cultura de la temporalidad”³³.

En todo caso, como decimos, el sector ha intentado implementar algunas medidas, entre las que podemos destacar el desarrollo convencional de comisiones específicas que aborden las necesidades de formación aplicada. Tal es el caso del ALEH VI (BOE 10/03/2023), con la puesta en marcha de diversos instrumentos como la Comisión Paritaria Sectorial Estatal de Hostelería de Formación Profesional para el Empleo o la Fundación Laboral de Hostelería y Turismo. Igualmente, se realiza algún tratamiento, aunque más programático que de otro tipo, en algunos convenios sectoriales de nivel territorial inferior (v.gr., hostelería de Sevilla).

destinos y sector turístico”, cuyo objetivo principal es implementar actuaciones de impulso de la digitalización tanto de los destinos como en las empresas turísticas, y mejorar las competencias digitales.

³² En la experiencia comparada, ya se advertía de la necesidad de tal salida para hacer frente a las dificultades para conseguir personal; ERIKSSON/LI, 2009: 413 y 414.

³³ *Vid.*, en contraste, el interés de todo ello en el (sub)sector contemplado en el ya referido convenio de agencias de viajes, y póngase en relación con la menor tasa de temporalidad que ha venido caracterizándolo.

Mención aparte merece, por la centralidad del tema formativo, el ya citado convenio de agencias de viajes.

Desde nuestro punto de vista, mejorar la cualificación de los trabajadores, sobre todo de base, debe ser el reto y, para ello, es de interés la oportunidad que abre la normativa aprobada en los últimos años sobre la materia, por cuanto que supone un impulso a las políticas orientadas a la formación de carácter profesional y porque pretende reforzar especialmente la oportunidad de que tal formación sea acreditable, modular y acumulable, permitiendo ir progresando desde los niveles formativos mínimos a los más elevados (sobre el tema, LÓPEZ AHUMADA, 2023). A tal objeto de refuerzan las políticas formativas y se procura una visión holística en la formación profesional, que incluya tanto la reglada como al sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral, (LOIFP 3/2022 y RD 659/2023, donde no solo se mantiene y refuerza la posibilidad de acreditación de competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral -especialmente valorada en el sector- u de otras vías formales o informales, sino que además terminará por integrar en su seno la FPE -regulada en lo que todavía ha mantenido de vigente de la Ley 30/2015-).

En este sentido, como fortaleza en el sector turístico, cabe señalar la importancia de diversos ciclos formativos ligados al mismo (básicos, medio y, sobre todo, superiores); y, particularmente, debe destacarse la importancia de la formación *dual*, con datos que, aunque marginales, superan a la media. Sin embargo, como debilidad, parece ser que esa mala imagen empleadora del sector está incidiendo en la potencialidad de futuros profesionales, porque se detecta un claro estancamiento en las titulaciones vinculadas al sector y ello pese a su mejor posición en términos de inserción laboral respecto al conjunto de familias profesionales (OFP 28/2023: 7-8, y 23/2023). Esperemos que los referidos cambios en la composición del empleo en el sector (ahora más estable) y otras mejoras en la calidad del mismo, permita reconducir esa tendencia.

Junto a ello, debe reforzarse la oportunidad de fortalecer la formación dual (tanto profesional como universitaria), tal y como se ha venido reclamando en el sector (Exceltur, 2018); y para avanzar en ella tendrá una especial importancia la contratación formativa (art. 11 LET -en concreto, el CFA-), también reformada por el RDL 32/2021³⁴.

Por señalar solo algunos elementos destacables de la nueva regulación sobre el CFA (en extenso, COSTA REYES, 2022a), cabe indicar que se vuelve a ampliar su objeto para incluir ahora la preparación para cualquier cualificación profesional acreditable (no solo reglada -universitaria o ciclos formativos- o no -FPE-, sino también tanto de estudios oficiales como propios, sean o no formales)³⁵.

Para garantizar y mejorar la exigencia formativa y la adecuación a la misma de la actividad laboral que presta quien es contratado bajo el CFA, el art. 11 LET prevé los siguientes instrumentos: *acuerdos o convenios marco de cooperación* entre la responsable de la formación y la empresa, y el *plan formativo individual*. 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

³⁴ No debe descuidarse la oportunidad de esta figura, singularmente del CFA, para compensar los referidos límites a la temporalidad. Sin embargo, para el adecuado despegue de esta figura sería además necesario su desarrollo reglamentario (que entendemos unificará la regulación existente: RD 488/1994 y RD 1529/2012). Frente a las razones que acusan de excesiva complejidad a esta figura contractual (sobre todo con relación a las obligaciones formativas, particularmente, del CFA), debe recordarse no solo que las mismas tenían como elemento de comparación la facilidad en la contratación temporal, sino también que anteriores reformas posibilitaron a las ETT concertar contratos de puesta a disposición para cubrir contratos formativos, asumiendo ellas tales obligaciones (muy crítico con esta habilitación legal, ESTEBAN LEGARRETA, 2021: 3-4).

³⁵ En el ámbito universitario, *vid.* art. 37 del RD 822/2021. Respecto a la FP, *vid.* art. 2 de la Orden TMS/283/2019 (catálogo de especialidades formativas -CEF-), en relación a la FPE, y la referida LOIFP, la cual contempla la posibilidad, entre otras, de cursos de grado C ajenos al CNCP (aunque dentro del Catálogo modular de Formación Profesional), orientados a ciertas especializaciones profesionales del territorio (art. 36 LOIFP).

los instrumentos que en los estudios superiores se articulan para formalizar las prácticas externas, como el futuro plan formativo contemplado en la LOIFP o en las actuales prácticas universitarias, RD 592/2014-.

Y para atender a la realidad del tejido productivo del sector, particularmente aquellos dominados por microempresas (como el de restauración), debe resaltarse positivamente la previsión incluida para facilitar el desarrollo también en esos casos de cualificaciones más complejas (*v.gr.*, ciclos formativos, certificados de profesionalidad o itinerario de especialidades del catálogo). En este sentido, y para ese nivel de formación (también, entendemos, la de grado o posgrado universitario), se excepciona la máxima de «un contrato por cada cualificación» que contiene el artículo 11.2.h), 2º LET, de modo que en esos casos la persona trabajadora podrá ser contratada por varias empresas cuando, además, éstas desarrollen actividades distintas vinculadas al ciclo o al señalado plan o programa formativo. Y en esta línea flexibilizadora, el artículo 11.2 g) LET añade que, “de estar así previsto en el referido plan o programa formativo individual, será posible que ese único contrato (...) se desarrolle de forma no continuada”.

Y, por último, destacamos sendas novedades en el CFA: tanto que pueda concertarse a tiempo parcial, como que se admita la realización de trabajos nocturnos o a turnos, eso sí, cuando las actividades formativas previstas en el plan individual no puedan desarrollarse en otro momento (art. 11.2.k), 2º LET).

Todos estos elementos creemos que refuerzan su interés para el sector. En efecto, no debe perderse de vista que la contratación formativa (ambas modalidades, CFA y CPA) ha venido ocupando una especial atención para la negociación colectiva (de hecho, el propio ALEH VI se reserva la regulación de la contratación formativa, sin perjuicio de remitir a la sectorial de nivel inferior algunas concreciones). Pero, de nuevo, los datos en cuanto a su uso no acompañaban ese supuesto interés, lo cual parece deberse no solo a la ya referida preferencia por la temporalidad como vía de ingreso, sino también porque los cambios en el nivel sectorial estatal son escasos y, por lo general, se aprecia un estancamiento en esta materia, de ahí que sean los ámbitos sectoriales provinciales donde haya que descender para encontrar algún tratamiento más concreto³⁶. Así, en los convenios analizados se detecta una regulación de la contratación formativa mucho más detallada que la que viene realizando de la contratación temporal, ajustando la misma a las peculiaridades del concreto ámbito (por ejemplo, admitiendo la posibilidad de que el CFA se desarrolle solo durante los periodos de temporada en aquellos establecimientos que solo operan en esas fechas -lo que parece tener ajuste en el referido art. 11.2,g LET), y aprovechando los márgenes de interés empresarial en esta figura (*v.gr.*, fijando salarios inferiores a los de la categoría o ampliando al máximo los plazos de vigencia -aunque, en todo caso, deberá tenerse en cuenta la duración de la propia formación que lo justifica-).

En definitiva, se abre una importante oportunidad para que, por otro lado, el sector sirva honestamente para un empleo inclusivo, en especial para personas de baja cualificación (jóvenes y mujeres maduras sin formación), lo que igualmente reclamaría de las empresas una mayor implicación en favorecer la formación dual (vía acuerdos marco) y que posibiliten progresar formativa y profesionalmente a los trabajadores comprometidos con su formación (*v.gr.*, restringiendo los ascensos al personal interno que se cualifique -Eurofirms, 2022-, como ocurre en el referido convenio de agencias de viajes).

III.- CONTRATAS-EXTERNALIZACIÓN Y CONVENIO APLICABLE

Como señalábamos al inicio, desde tiempo atrás el sector ha advertido de los importantes problemas de imagen que para el mismo implica el recurso a la externalización con fines de competir reducción costes. Recordemos que esta cuestión no afecta solo a este sector, pero es

³⁶ A título meramente ejemplificativo, *vid.* Convenio Sector Hostelería y Turismo de Cataluña (DOGC 05/01/2023). Como decimos, poco o nada se ha avanzado en más de una década, *vid.*, por ejemplo, lo que ya señalamos en COSTA REYES/BENAVENTE TORRES, 2009: 770 y sgs.

evidente que en él tiene una especial repercusión (ESTEVE SEGARRA, 2023). Tan es así que se venía recomendando desde diversos estudios (Exceltur, 2018: 57-59), que la negociación colectiva sectorial interviniera para dar alguna solución a esa tendencia al empeoramiento de condiciones de trabajo de las personas empleadas en las empresas auxiliares (particularmente en el caso de las *kellys* o *camareras de piso*), por cuanto pone en cuestión la máxima de “igual salario a igual trabajo” y, del mismo modo, termina afectando negativamente (en términos de capacidad competitiva) a las empresas del sector que optan por prestar directamente tales servicios con personal propio.

Es cierto que los negociadores han asumido en buena parte ese reto, ya que en torno al 60% de los convenios provinciales contienen cláusulas de control de la externalización (CCOO, 2023: 29). Sin embargo, lo cierto y verdad es que tales cláusulas evidencian problemas para poder llevarse a cabo, a veces por su propia configuración y otras muchas por las reglas que rigen el ámbito de aplicación del convenio (art. 82.3 LET), condicionadas por la representatividad de las partes negociadoras, ya que no es posible incluir en la unidad de negociación a terceros extraños al ámbito de representatividad de las organizaciones firmantes (en extenso, COSTA REYES, 2020 y ESTEVE SEGARRA, 2023)³⁷.

Y en este contexto, se justifica que el RD-L 32/2021 contuviera algunas previsiones reformadoras con las que incidir “de forma favorable en las relaciones laborales en el marco de una contrata, frenando el uso de la externalización basado en la precarización de las condiciones laborales, siendo esta una práctica extendidas al amparo de la desregulación de convenio colectivo aplicable a las contratas y la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial operada por la reforma laboral de 2012” (SÁNCHEZ TORRADO, 2023). En efecto, debe recordarse que las modificaciones que esta última reforma introdujo incidieron, en lo que aquí interesa, en el art. 84.2 LET, previendo una serie de materias cuya prioridad aplicativa absoluta era reconocida al convenio de empresa, en particular, la relativa al salario (cuantía y estructura).

Como se ha apuntado, quizás esta previsión pudo incitar a ciertas empresas a aprobar convenios propios que les permitieran autoexcluirse de las reglas salariales previstas en los ámbitos sectoriales y, con ello, utilizar tal condición laboral como vía de competencia³⁸. Pero más allá de que fuera esa medida la que provocó la importante devaluación salarial sufrida en nuestro país para salir de la crisis económica, lo que sí parece un consenso aceptado (SÁEZ LARA, 2022: 348) es que el marco normativo surgido de la reforma de 2012 “multiplicó la creación de empresas multiservicios (EMS en adelante) con el fin de eludir la aplicación del convenio colectivo sectorial de referencia, para prestar servicios en otras empresas a precios más competitivos a costa de la precarización de las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras” (SANCHEZ TORRALBO, 2023).

Para hacer frente a esta importante problemática, el RD-L 32/2021 procederá a intervenir, por un lado, sobre el mencionado art. 84.2 LET, y, por otro lado, en el art. 42.6 LET en lo relativo al convenio aplicable a las empresas (sub)contratistas. El objetivo esencial de tales actuaciones en conjunto, en nuestra opinión, es servir al principio de «neutralidad» (en términos de costes salariales) en cuanto a la opción empresarial de organizar su actividad productiva (externalizarla o desarrollarla con su personal), o al menos, procurar evitar las situaciones más alarmantes de externalización precarizadora de condiciones de trabajo como factor de competitividad, y con

³⁷ Por todas, SSTs de 31/03/2022 (rec. 59/2020) y de 15/12/2022 (rec. 6557/2020). Se trata de una jurisprudencia ampliamente consolidada, *vid.* STS 29/10/1996 (rec. 566/1996) y 23/07/2003 (rec. 75/2002).

La experiencia comparada permite constatar que son la peculiaridades de ordenación negocial de nuestro país las que dificultan la efectividad de tales cláusulas; ERIKSSON/LI, 2009.

³⁸ No obstante, en aras a limitar ciertos abusos, la jurisprudencia tuvo que aclarar que tal excepción a la regla general de concurrencia -art. 84.1 LET: *prior in tempore*- solo correspondía al ámbito empresarial, no el centro de trabajo; PALOMO BALDA, 2022: 482-483. En extenso, sobre el tema, SÁEZ LARA, 2022: 342 y sgs.

ello, no solo favorecer unas mejores condiciones de trabajo de los empleados en las empresas auxiliares y evitar situaciones de trato desigual en las condiciones laborales de todo el personal que presta servicios en la empresa principal cuando realizan iguales funciones (*ex art. 14 CE y art. 10 CE*, en el sentido del art. 23 DUDH -‘a igual trabajo igual salario’-)³⁹, sino también contener el fenómeno de competencia (*desleal*) entre las empresas del sector, restringiendo la posibilidad de eludir los costes previstos en el convenio de la contratante y, con ello, desincentivando una externalización basada, no ya en la especialización, sino en el mero ahorro de costes vía precarización de las condiciones laborales.

Sin embargo, la intervención reformadora en relación con el art. 42 LET merecerá nuestra crítica por la ambigüedad de su redacción y porque, en la práctica, presenta importantes problemas interpretativos y, en todo caso, no parece la más acertada para aquel objetivo, ya que no impide que las personas empleadas en la empresa auxiliar-contratista se les aplique unas condiciones laborales distintas a las de la empresa principal (en nuestro caso, del sector turístico). En cambio, sí debe reconocerse lo acertado de las modificaciones introducidas en el art. 84.2 LET, por cuanto que, sin cuestionar la preferencia del ámbito negocial empresarial en ciertas materias, las limita exclusivamente a aquellas que sí guardan relación con los aspectos organizativos propios de ese nivel, entre las que no están las que, como el *quantum* salario, nada parece que tengan que ver con la peculiaridad de la concreta empresa (SÁEZ LARA, 2022). Recuérdesse que para ajuste en este tipo de materias se cuenta con medidas de flexibilidad para las situaciones de crisis o dificultad, como las previstas para el descuelgue del convenio de aplicación (art. 82.3 LET).

Así, si bien se elimina la prioridad aplicativa absoluta del convenio de empresa para fijar el importe salarial (al eliminarse tal condición de las contempladas en el art. 84.4 LET), lo cierto es que (*ex art. 84.1 LET*) ello no excluirá la preferencia aplicativa de la cuantía prevista en el convenio propio de la contratista cuando éste sea anterior en el tiempo al sectorial aplicable. Y, en todo caso, porque el nuevo art. 42.6 LET, si bien es de aplicación general a cualesquiera supuestos de contrata (no solo las de *propia actividad*)⁴⁰, en ningún momento equipara las condiciones a aplicar a las previstas en el convenio sectorial de la empresa principal y, mucho menos, al propio que tuviera ésta (cuestión no menor para nosotros, debido a la relevancia que este ámbito negocial tiene en el sector del turismo -*v.gr.*, en hostelería-).

De manera muy resumida⁴¹, podemos señalar que, conforme al referido art. 43.6 LET, el convenio de aplicación a la empresa (sub)contratista será, primero, y como “regla”, el sectorial propio de la actividad contratada, con independencia del objeto social o forma jurídica de la empresa (sub)contratista⁴². De lo cual se deduce:

- a) Ni tan siquiera tiene que ser el del sector de la empresa principal, por cuanto es posible que la actividad externalizada (*v.gr.*, jardinería, construcción, etc.) no sea la propia de aquella (*v.gr.*, hostelería).
- b) Con esta fórmula legal, se resuelve de manera más segura la situación de las EMS, por cuanto que, frente al criterio general para identificar el convenio sectorial aplicable (el principio de “unidad de empresa”, complementado con el principio de “actividad preponderante”,

³⁹ Bajo tal fundamentación, algunas sentencias de suplicación admitieron la posibilidad de que el convenio sectorial de la empresa principal pudiera exigir la aplicación de sus condiciones salariales al personal empleado en ella por la contratista; STSJ de Cataluña 11/2019. Anteriormente, también, SSTSJ Las Palmas, 1642/2013 y 610/2017.

⁴⁰ Por todos, CRUZ VILLALÓN, 2022: 141, GÁRATE CASTRO, 2022 (AAVV): 65; y THIBOUT ARANDA, 2022: 119 y 120. De opinión contraria, reservando la previsión para las contrata de propia actividad, SÁEZ LARA, 2022: 354

⁴¹ En extenso, ESTEVE SEGARRA, 2023.

⁴² A excepción de los CEE, DA 27ª LET confirmando así legalmente cierta jurisprudencia contraria a la asimilación salarial en este tipo de empresas (COSTA REYES, 2021b) sobre la base el principio de especialidad, SÁEZ LARA, 2022: 359.

aplicable a aquellos casos en los que la actividad en la que es empleado el trabajador puede incardinarse en más de un convenio)⁴³, se señala ahora de manera clara que se aplica como regla el convenio de la actividad contratada⁴⁴.

- c) En todo caso, el principal problema acontece cuando la actividad desempeñada (“contratada”) pueda ser incluida en diversos sectores (v.gr., limpieza y arreglo de pisos y zonas comunes del hotel: al sector de la limpieza o al de la hostelería). En mi opinión, en tales casos, habría de estarse al conjunto de tareas que implica la contrata y su posible especialidad en atención a su adecuación a la empresa principal, para lo cual puede ser de interés (no concluyente) tanto si tal encomienda (sub)contratada pertenece a su *propia actividad* (ex art 42.1 LET), como si dicha prestación encuentra acomodo en el concreto sistema de clasificación aplicable a ésta⁴⁵.

Y *segundo*, la “excepción” a la referida “regla” se dará cuando exista un convenio colectivo aplicable a la empresa contratista, sea sectorial y/o de empresa. Como criticábamos *supra*, la ambigüedad en la redacción nos impide responder de forma rotunda y simple algunas importantes preguntas que esta “excepción” plantea, de modo que será preciso distinguir diversas situaciones:

Por un lado, para identificar cuál pueda ser ese “**otro convenio sectorial** aplicable conforme a lo dispuesto en el título III” al que hace referencia el art. 42.6 LET, debemos tener en cuenta las reglas y principios que lo condicionan (el ya referido art. 82.3 LET en relación con el principio de *unidad de empresa* -y el *actividad preponderante*- y la excepción que implica el principio de *especificidad*⁴⁶).

Pero antes de apuntar cuál pueda ser ese *otro convenio sectorial* queremos advertir que, en nuestra opinión, de existir este *otro*, no sería necesario que deba darse la concurrencia a la que se refiere el art. 84 LET respecto al sectorial de la actividad contratada (“regla”). En efecto, de los términos utilizados en la norma en este supuesto (“excepción”, art. 42.6,1º LET), en comparación con los referidos en la salvedad del convenio de empresa (42.6, 2º LET), podemos concluir lo que venimos de afirmar, porque mientras que para la aplicabilidad de éste se remite al art. 84 LET, no ocurre así en el caso del *otro sectorial* (distinto al de la actividad contratada)⁴⁷. En definitiva, y en otros términos, lo que el art. 42.6 LET ha establecido ha sido una regla específica subsidiaria de determinación del convenio sectorial aplicable en los casos de (sub)contratas (y no de resolución de concurrencia), pero la misma sede si, en el caso concreto, a la empresa contratista le es aplicable otro convenio sectorial *ex* Tít. III.

En cualquier caso, y al objeto de aclarar la excepción relativa a ese *otro convenio sectorial* aplicable de conformidad con el Tít. III, se han planteado las siguientes opciones (ESTEVE SEGARRA, 2023b):

⁴³ Por todas, STS 10/10/2023 (rec. 4202/2020).

⁴⁴ Recuérdese que esta conclusión respondía a una criterio (subsidiario) jurisprudencial aplicable a la EMS carente de convenio propio, cuando la misma presta servicios en una contrata con una actividad concreta -no múltiple o de *gestión integral*, en cuyo caso aplica el convenio de la actividad preponderante en dicha EMS; por todas, STS 11/06/2020 (rec. 9/2019), en relación/contraste a la de 17/03/2015 (rec. 1464/2014).

⁴⁵ De similar opinión, SANCHEZ TORRALBO, 2023. Frente a esta posición que mantenemos, *vid.* STS 12/02/2021 (rec. 2839/2019) -reiterada en STS 11/11/2021 (rec. 3330/2019)-. En ella se afirma que la actividad de gestión, supervisión y control del servicio de “limpieza de las habitaciones” del hotel desarrollada por la contratista debe ser incluida en el convenio de la limpieza a ella aplicable y no en el correspondiente a la hostelería, y sin que esta conclusión se vea condicionada porque las tareas de las denominadas camareras de piso se correspondan con el núcleo central o propia actividad del hotel.

⁴⁶ El llamado *principio de especificidad* permite excepcionar el *principio de unidad de empresa* (y el de *actividad preponderante*), permitiendo aplicar un convenio distinto al que correspondería a la empleadora cuando la actividad desarrollada por el trabajador de manera general es distinta a la que es objeto de su empresa y la misma se desarrolla con propia organización y en centros de trabajo diferentes al de su empleadora; *vid.* CCNCC, Expediente 070/2013, de 18/12/2013. Por reciente, STS 23/03/2023 (rec. 933/2020).

⁴⁷ Nuestra opinión difiere de la planteada por GRAU PINEDA/MERINO SEGOVIA, 2022: 40 y ss.

- a) Cuando un *Acuerdo Marco* (art. 83.2 ET) fije una regla distinta al de la actividad contratada para la determinación del convenio aplicable a los supuestos de (sub)contratas.
- b) Que exista un convenio sectorial aplicable a la empresa contratista (ex art. 82.3 LET), distinto -se entiende- al de la actividad contratada.

Sobre el particular queremos advertir, de un lado, que debe recordarse una vez más que, en caso de que dicha actividad pudiera dar lugar a su inclusión en diversos convenios sectoriales, nuestra jurisprudencia ha admitido la posible excepción al principio de *unidad de empresa* sobre la base del referido *principio de especificidad*. Y, de otro, que para el caso de que ese *otro* pretendiera ser un hipotético convenio sectorial de EMS, coincidimos con la idea de que, salvo muy contadas excepciones, “desde una perspectiva jurídico-formal, cabe argüir que el de multiservicios es un sector artificioso, configurado a partir de un criterio que no aporta sustantividad funcional, sino que se basa solo en el contenido múltiple de la actividad productiva de la empresa” (CABEZA PEREIRO, 2020: 225).

- c) Finalmente, cabe plantearse la posibilidad de que ese *otro* convenio sectorial sea el de la empresa principal. A nuestro parecer, así podría ocurrir cuando, como suele acontecer en diversos convenios del sector de la hostelería, en éste se prevea que, para ciertas condiciones de trabajo (salario, etc.), la contratista aplique a su personal empleado en la empresa principal -y durante el tiempo que dure la contrata- el de la empresa contratante. Igualmente, dentro de esta posibilidad, estarían aquellos convenios sectoriales que extienden su ámbito de aplicación a cualesquiera empresas -sea cual sea su objeto- que desarrollen una actividad-contrata correspondiente a su ámbito funcional y territorial, y aunque dicho convenio no se corresponda a la actividad propia de la contratista⁴⁸.

En esta cuestión parece de interés recordar la jurisprudencia en la materia anterior a la reforma, pues puede darnos algunos elementos para comprender el alcance que pudiera jugar la nueva regulación y, en particular, esta última opción ahora mencionada⁴⁹. Así, ya con la anterior normativa era admisible que, a las EMS, al no estar adscritas a un concreto sector, se les pudiera exigir aplicar las condiciones del convenio sectorial de la actividad contratada o de la principal, si en el mismo así se preveía⁵⁰... y por ello mismo, no ocurrirá así cuando a la empresa contratista le fuera aplicable otro convenio sectorial (v.gr., el de limpieza). Ahora bien, esta imposibilidad de alcanzar a las contratistas con convenio sectorial propio no excluyó la validez de las cláusulas convencionales de protección del trabajo en contratas a empresas auxiliares que desarrollen una actividad incluida en el ámbito funcional de la contratante, porque nuestros tribunales consideran que el destinatario de estas cláusulas serían las empresas principales que externalizan (y no tanto la contratista)⁵¹.

En este último supuesto, la cuestión a resolver será precisar las consecuencias que para la empresa principal tiene la negativa de la contratista a cumplir con tal cláusula. Y en nuestra opinión, sí “podrá dar lugar, en su caso, a solicitar una reparación de daños y perjuicios” a la principal⁵².

Y, por otro lado, como adelantábamos, la “excepción” a la supuesta “regla” también viene referida para el caso de que la empresa contratista tenga un convenio propio. En este sentido, señala el art. 42.6 LET que, de existir este último en concurrencia con el sectorial aplicable, se aplicará aquel que corresponda conforme al referido art. 84 LET. En consecuencia, habrá que

⁴⁸ Vid., por ejemplo, el art. 4 del ALEH VI respecto al servicio *delibery* dispensado por plataformas.

⁴⁹ SSTs de 12/03/2020 (rec. 209/2018), de 12/02/2021 (rec. 2839/2019), de 13/07/2022 (rec. 161/2020), o de 13/09/2022 (rec. 10/2021).

⁵⁰ Expresamente, STSJ de Andalucía/Málaga 204//2020.

⁵¹ Con todo, en alguna ocasión se ha afirmado que la obligación pesa sobre la empleadora-contratista (ex art. 6.2 C.Civ.), en particular cuando del negocio de la contrata se infiera que ella conoce las normas aplicables a la empresa principal-contratante y de algún modo se compromete a prestar los servicios atendiendo a dichas circunstancias; SSTSJ Andalucía/Málaga, 7212017 y 791/2018.

⁵² STSJ C. Valenciana, 928/2000. En extenso, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, 2009: 70 y sgs.

estar, en primer lugar, a las reglas que, *ex art.* 83.2 LET, haya podido prever el convenio marco o sectorial (*impropio*) y, en su defecto y en principio, se resolverá conforme a la referida regla del *prior in tempore*. En todo caso, el convenio empresarial de la contratista tendrá preferencia absoluta en las materias del 84.2 LET (donde, recordémoslo una vez más, no está la cuantía retributiva), pero, en sentido contrario, la perderá en aquellas contenidas en el 84.4 LET.

Una importante puntualización a lo señalado y que ya adelantamos: para poder aplicar las reglas del art. 84 LET entre el sectorial y el de empresa (contratista), debemos estar ante convenios estatutarios vigentes y territorial (, personal) y funcionalmente concurrentes. Ahora bien, la cuestión es qué ocurrirá cuando la empresa contratista no esté sujeta a ninguno *otro* convenio sectorial aplicable conforme al Tít. III LET. En este caso, pueden acontecer dos situaciones: bien que la empresa contratista esté incluida dentro del ámbito de aplicación correspondiente a la actividad contratada-externalizada o a ese *otro* sectorial distinto, en cuyo caso, podría tratarse de un supuesto de concurrencia *ex art.* 84 LET y, conforme a dicha normativa, proceder a resolver tal y como hemos señalado *supra*. O bien que, simplemente, no perteneciendo al sector de la actividad contratada o externalizada, tampoco exista ningún *otro* convenio sectorial que le sea de aplicación *ex Tít. III* (*v.gr.*, porque la actividad de la contratista no se encuentra dentro el ámbito de ninguno en concreto: *v.gr.*, EMS-), pues en este caso, aunque la empresa contratista tuviera un convenio empresarial propio, no queda claro que pueda aplicarse éste en lugar del sectorial correspondiente a la actividad contratada, pues en ese supuesto no es de aplicación el art. 84 LET ya que técnicamente no existe concurrencia (al carecer de la debida identidad concurrente) y, en consecuencia, se mantendría la aplicación de la referida “regla” *ex art.* 42.6, 1º LET. En resumen, debemos concluir que para aplicar la última excepción y, por ende, el convenio de empresa (contratista), debiera existir un convenio sectorial aplicable concurrente *ex art.* 84 LET, sea el de la actividad contratada -cuando la empresa pertenece a dicho sector- o bien *otro* convenio sectorial aplicable *ex Tít. III* que fuera técnicamente concurrente.

IV.- BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

ÁLVAREZ ALONSO, D., “La reforma laboral de 2021 y las transformaciones del mercado de trabajo tras su primer año de vigencia”; REDT, 266/2023 (BIB 2023\2119).

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “¿Qué diferencia hay entre un contrato fijo-discontinuo y un contrato a tiempo parcial tras la reforma del RDLey 32/2021?”; blog Una mirada crítica a las relaciones laborales, mayo 2022.

BENAVENTE TORRES, EL trabajo a tiempo parcial, CES-A, 2005.

BENTOLILA/SEGURA/TOHARIA, “La contratación temporal en España”; Documentos de Trabajo (Working Paper) CEMFI, 11/1991

CABEZA PEREIRO, J., “Empresas multiservicios y negociación colectiva: Balance en tiempos de cambio”, RDS, 90/2020.

CALVO VÉRGEZ, J., “El papel de la formación en el mercado laboral español. La proyección de la llamada FP Dual”; Revista Aranzadi Doctrinal 3/2020. (BIB 2020\8834)

CASAS BAAMONDE, “La contratación temporal: problemas y soluciones. Un debate necesario”; Derecho de las relaciones laborales, 11/2017 (EDC 2017/512969).

CCOO (Gabinete de Técnico Federal de Servicios) Informe “Análisis de la actividad turística 2022 y previsiones 2023”; 2023.

Comisión Europea. (2020). Informe sobre España 2020. SWD (2020) 508 final.

CONDE RUIZ/LAHERA FORTEZA, “Contra la dualidad laboral”; Fedea Policy Papers, 07/2021.

CONDE-RUIZ/GARCÍA/PUCH/RUIZ, “Reforming Dual Labor Markets: ‘Empirical’ or ‘Contractual’ Temporary Rates?”; FEDEA, Diciembre, 2023.

COSTA REYES

- (2022a) “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.
 - (2022b) “Contratos temporales causales. Análisis del art. 15 LET para un contexto de posible (y necesaria) reforma”, AA.VV. (Garrido Pérez, Coord.), Análisis actual de la contratación laboral. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales; Monografías de Temas Laborales, CARL, 2022.
 - (2021a) “Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado. A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020 (nº 1137, rec. 240/2018)”; Trabajo y Derecho, nº 3/2021
 - (2021b) “Contratación laboral y temporalidad: modalidades y problemáticas a la luz de la doctrina judicial”, AA.VV. (Navarro Nieto/Costa Reyes, Corrds.), Presente y futuro de las políticas de empleo en España; Bomarzo.
 - (2020) “La negociación colectiva y el empleo. Límites y eficacia de las cláusulas de empleo, un problema no resuelto”; AA.VV. (Sáez Lara/Navarro Nieto, Coords.) La negociación colectiva ante los retos sociolaborales del siglo XXI. Libro en Memoria de la profesora María José Rodríguez Crespo; Bomarzo.
 - (2018) “El modelo español de formación profesional Dual”; RDS, 80.
- COSTA REYES/BENAVENTE TORRES, “Experiencias de negociación colectiva articulada en Andalucía de la madera y hostelería”; TL, 100/2009.
- CRUZ VILLALÓN, J.
- (2016) “La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual”; Derecho de las Relaciones Laborales, nº 3.
 - (2022) “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Vol. 3, nº 1.
- ERIKSSON/LI, “En la frontera entre mercado y «flexiseguridad». El trabajo en los hoteles de Dinamarca”; Revista Internacional del Trabajo, 4-128/ 2009.
- ESTEVE SEGARRA, A., El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación; Tirant lo Blanch, 2023 (TOL9.705.178 / .177 / .176).
- Eurofirms, “Percepción sobre el empleo en el sector de la hostelería y restauración”; 2022
- EXCELTUR
- (2019) Estudio sobre el empleo en el sector turístico español; abril.
 - (2023) Informe “Perspectivas Turísticas”, 86/2023 (Valoración turística empresarial del verano (IIItr) de 2023 y perspectivas para el IVtr y cierre de 2023).
 - (2022) Informe “Perspectivas Turísticas”, 83/2022 (Valoración turística empresarial de 2022 y perspectivas para 2023).
- GÁRATE CASTRO, J., “Sobre la pretendida y no conseguida modernización del régimen laboral de la subcontratación”, en AAVV. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al profesor Santiago González Ortega, Monografías Temas Laborales (64); CARL, 2022.
- GOERLICH PESET, J.M., “Algunas tendencias del sistema de fuentes. Manifestaciones recientes en el ámbito jurídico-laboral”; Labos, Vol. 3, 1/2022.
- GÓMEZ RUFIÁN/ PÉREZ DEL PRADO.: «Temporalidad, costes de extinción y fijos discontinuos ¿El fin de la teoría de la dualidad?». Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 35 (2023).
- GRAU PINEDA/MERINO SEGOVIA, “Las “kellys” y la feminización de la precariedad”; DL, 125/2022.
- HEYMANN, D.C., “Fortaleza del sector turístico español”; CaixaBank Research; 27/07/2023.
- HOTREC, “Labour shortages in the hospitality sector: forward-thinking and practices sharing”; 2022.

LÓPEZ AHUMADA, J. E., “Formación Profesional y Políticas Activas de Empleo”, Ponencia General invitada, XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales '40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía'.

OFP (Observatorio de la Formación Profesional), FPA análisis 28/2023 (“El sector turístico en España”) y 23/2023 (“La FP en hostelería y turismo”); CaixaBank Dualiza/Orkestra-Instituto Vasco de Competitividad.

OJEDA AVILÉS/GORELLI HERNÁNDEZ, Los contratos de trabajo temporales; Iustel, 2006.

ORDÓÑEZ PASCUA, N., “El contrato fijo-discontinuo: presupuestos, revisión y balance un año después de la reforma laboral”; Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, 7/2023.

PALOMO BALDA, E., “Legitimación de la representación unitaria para negociar convenios colectivos en empresa y principio de correspondencia”, AA.VV. (Cruz/Remedios/Nogueira, Coords.) Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez; Bomarzo, 2017

ROQUETA BUJ, R., “La contratación laboral en los convenios colectivos sectoriales de hostelería”; Aranzadi Social, 9/2004 (BIB 2004\899).

SÁEZ LARA, C., “Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva”; TL 161/2022.

SALA FRANCO, T., Los contratos indefinidos fijos discontinuos; Tirant lo Blanch, 2022.

SÁNCHEZ TORRADO, J.M., “El alcance de las reglas de determinación del convenio colectivo en las contrataciones tras la reforma 32/2021”; Ponencia Específica (segundo Panel), XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales '40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía'; Granada, 8-10/11/2023.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., Las cláusulas de empleo en los convenios colectivos de Baleares en tiempo de crisis. Problemas de legalidad; CESB, 2009.

THIBOUT ARANDA, J., “Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contrataciones”, AA.VV. (Pérez de los Cobos, Dir.) La regulación laboral de las contrataciones y subcontratas: puntos críticos; Tirant lo Blanch, 2022.