

A REFORMA LABORAL DE 2021 EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL. UNHA VISIÓN CRÍTICA*

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de A Coruña
jmg@udc.es

ALBERTO ARUFE VARELA

Catedrático de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de A Coruña
titof@udc.es

RESUMO

Neste traballo analízase a flagrante inconstitucionalidade (sexa directa, sexa per relationem) da regulación da contratación individual laboral efectuada polo Real Decreto-Lei 32/2021. Un dos seus puntos críticos refírese á aparente desaparición do contrato de obra ou servizo determinado, razoando que se trata dunha aparencia que engana. Conclúe, con cita de autoridades, mantendo que unha reforma deste tipo esixiría sumar os máis amplos consensos políticos e sociais, o que só se pode acadar en sede parlamentaria.

Palabras chave: Contratación laboral individual; Inconstitucionalidade; Falso TRADE; Obra ou servizo determinado; Reforma laboral de 2021.

RESUMEN

Este trabazo analiza la flagrante inconstitucionalidad (bien directa, bien per relationem) de la regulación de la contratación laboral individual efectuada por el Real Decreto-ley 32/2021. Uno de sus puntos críticos se refiere a la aparente desaparición del contrato de obra o servicio

determinado, razonando que se trata de una apariencia que engaña. Concluye, con cita de autoridades, sosteniendo que una reforma de este tipo exigiría sumar los más amplios consensos políticos y sociales, lo que sólo puede lograrse en sede parlamentaria.

Palabras clave: Contratación laboral individual; Inconstitucionalidad; Falso TRADE; Obra o servicio determinado; Reforma laboral de 2021.

ABSTRACT

This work analyzes the flagrant unconstitutionality (either direct or per relationem) of the ruling of employment hiring made by the Royal Decree-Law 32/2021. One of its critical points is that of the apparent disappearance of the contract for determined work or service, arguing that it is an outward appearance. It concludes, with quoting of authorities, affirming that such a kind of reform should require to join the widest political and social consensus, what can be got only in the parliament.

Keywords: Employment hiring; Unconstitutionality; Fake TRADE; Determined work or service; 2021 labor reform.

SUMARIO

1. A FIXACIÓN DO CONXUNTO NORMATIVO A TRATAR; 2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL; 3. AS RESULTAS XURÍDICAS DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL; 4. A SUPOSTA DESAPARICIÓN DO CONTRATO DE OBRA OU SERVIZO DETERMINADO; 5. A DESCONTEXTUALIZACIÓN DA REFORMA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL, AO FACER ABSTRACCIÓN DO FALSO TRADE; 6. O PECADO ORIXINAL DA REFORMA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL; 7. EPÍLOGO; 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. A FIXACIÓN DO CONXUNTO NORMATIVO A TRATAR

En materia de contratación laboral individual —tomando esta expresión nun sentido relativamente estrito—, a reforma laboral operada polo Real decreto-lei 32/2021 impactou non só sobre o articulado do Estatuto dos traballadores (emendando os seus artigos 11, 12, 15, 16 e 49), senón tamén sobre as súas disposicións extravagantes (emendando a súa disposición adicional vixésima, derogando a súa disposición adicional vixesimoprimeira, así como engadíndolle unha nova disposición adicional vixesimocuarta), aínda que tamén hai que ter en conta que o Real decreto-lei 32/2021 contén a súa propia regulación autónoma e extravagante do tema en cuestión (formalizada, no esencial, nas súas disposicións adicionais cuarta e quinta, así como nas súas disposicións transitorias primeira, terceira, cuarta e quinta). Agora ben, só vinte días despois da súa publicación no *Boletín Oficial del Estado* a dita norma de excepción foi modificada por outra de idéntico carácter. Trátase do Real decreto-lei 1/2022, que procedeu a emendar —en materia de contratación laboral individual— a recentemente citada disposición adicional cuarta do Real decreto-lei 32/2021¹. A inconstitucionalidade desta segunda quenda de emendas é, con claridade, flagrante. Dun lado, por causa do feito de que o Real decreto-lei 1/2022 nada ten que ver con asuntos laborais, ao referirse a entidades de crédito, empresas de servizos de investimento, sociedades de xestión de activos e asuntos similares. Doutro lado, por causa de que a dita norma nada razoa acerca do porqué do carácter extraordinario e urxente da nova reforma laboral extravagante que operaba. Por iso, resoan aquí os ecos da Sentenza recente do Tribunal Constitucional, confirmando a inconstitucionalidade do Real decreto-lei 15/2020, no relativo á nova regulación extravagante que efectuaba da xestión do réxime de clases pasivas². En todo caso, a pesar da inconstitucionalidade do Real decreto-lei 1/2022 no concreto punto indicado,

¹ Cfr. o seu artigo 4, apartado 2.

² Véxase Sentenza do Tribunal Constitucional núm. 111/2021, de (*Boletín Oficial del Estado* do 15 xuño 2021).

pensamos que a emenda por el operada ten un interese doutrinal moi grande. En efecto, proba que o Real decreto-lei 32/2021 non trae causa dun único pacto entre o Goberno e os interlocutores sociais estatais, senón de dous pactos distintos. Un é o pacto entre o Goberno, a patronal estatal e os sindicatos UXT e CCOO, relativo á reforma laboral no sector privado. O outro, en cambio, é un pacto entre o Goberno e os sindicatos UXT e CCOO, relativo á reforma laboral no sector público, no que —como é lóxico— a falta de lexitimación de CEOE e CEPYME resulta evidente e incuestionable. Neste segundo pacto bipartito, ao non existir condicionamento ningún da patronal privada, produciuse unha derogación integral da reforma laboral de 2012, que era —dígase o que se diga— perfectamente posible, dende un punto de vista técnico, aínda cando non se fixese do todo ben. De aí a necesidade dos retoques operados polo Real decreto-lei 1/2022 na reforma laboral do sector público, realizada polo Real decreto-lei 32/2021, co completo aquietamento da patronal máis representativa a nivel estatal do sector privado.

2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL

Sobre a base de que o artigo 86 da Constitución vincula a promulgación dun Real decreto-lei á existencia de razóns «de extraordinaria e urxente necesidade», a inconstitucionalidade das emendas realizadas polo Real decreto-lei 32/2021 nos artigos 11, 15 e 16 do Estatuto dos traballadores, así como a das derogacións operadas polos apartados 2 e 3 da disposición derogatoria única do propio Real decreto-lei, resultan así mesmo flagrantes. Débese a que todas esas novidades operadas pola devandita norma de excepción non entraron en vigor inmediatamente, ao día seguinte da súa publicación oficial, senón que «entrarán en vigor aos tres meses da súa publicación no “Boletín Oficial del Estado”»³, evidenciándose así que neses concretos puntos a promulgación do Real decreto-lei en cuestión non resultaba

³ Cfr. disposición final oitava, apartado 2.

urxente. Case nin faría falta dicir que en casos como este non cabe falar de *vacatio legis* da norma de excepción, pois o Título Preliminar do Código civil cingue a dita «vacación», literalmente, a «as leis»⁴, podendo ser estas últimas leis orgánicas, leis ordinarias, incluso un Real decreto legislativo, pero en absoluto —por imperativo constitucional— un Real decreto-lei. Ao parecer, no momento en que isto escribimos, o decaimento do Real decreto-lei 32/2021 podería chegar a acceder ao Tribunal Constitucional por catro vías distintas. Dous delas son recursos de amparo, que teñen que ver co accidentado proceso de convalidación nas Cortes do Real decreto-lei. As outras dúas son recursos de inconstitucionalidade, expostos por senllos partidos políticos que contan no Congreso cos cincuenta deputados requiridos a ese concreto efecto, aínda que —sempre no momento en que isto escribimos— non se publicaron aínda no *Boletín Oficial del Estado* as providencias de admisión a trámite de tales recursos de inconstitucionalidade.

Evidentemente, este conxunto normativo suxeito a *vacatio legis* é só unha parte da reforma operada polo Real decreto-lei 32/2021 en materia de contratación laboral individual, existindo outra parte que si entrou en vigor, como constitucionalmente debía, o día seguinte ao da publicación no *Boletín Oficial del Estado* do Real decreto-lei e, consecuentemente, sen ningunha inconstitucional *vacatio legis*. É claro, con todo, que a inconstitucionalidade destouta porción do novo conxunto normativo resulta igualmente flagrante, aínda que se trate dunha inconstitucionalidade *per relationem*. Hai que ter en conta que o accesorio segue necesaria e inexorablemente a sorte do principal. E na nosa opinión, o principal en materia de nova contratación laboral individual non son as novidades relativas aos contratos de traballo que o Real decreto-lei 32/2021 permite estipular, tanto no sector privado como no sector público, senón a novidade —que o contamina todo— relativa ao contrato de obra ou servizo determinado, que supostamente xa non cabe estipular (iso si, cando transcorran tres meses da publicación no *Boletín Oficial del Estado* do Real decreto-lei 32/2021).

⁴ Cfr. artigo 2, apartado 1.

Acerca desta desaparición en diferido do contrato de obra ou servizo determinado, absolutamente insólita, e á que non queda máis remedio que asignar o rango de categoría —ao redor da cal orbitan múltiples anécdotas—, teremos que referirnos con relativa profundidade logo. Antes diso, con todo, queremos contextualizar a gravidade das afirmacións que acabamos de realizar, relativas á inconstitucionalidade da reforma de 2021 en materia de contratación laboral individual, poñendo de relevo o estado de cousas en que poderíamos chegar a vernos inmersos cando se produza, quizá dentro dun ano ou de ano e medio, o peche do asunto por parte do Tribunal Constitucional.

3. AS RESULTAS XURÍDICAS DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA REGULACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL

Tras a súa entrada en vigor o próximo 31 marzo, a nova regulación da contratación laboral individual contida no Real decreto-lei 32/2021 (emendada polo Real decreto-lei 1/2022) comezará a despregar plenos efectos xurídicos, vinculando non só ás partes dos novos contratos de traballo, senón tamén a todos os operadores xurídicos (e especialmente, a inspectores de traballo e xuíces do social), ata que se produza a comentada declaración de inconstitucionalidade das normas en cuestión, abríndose a partir deste intre un escenario que xa foi dalgún modo anticipado pola Sentenza do Tribunal Constitucional núm. 148/2021⁵, alí onde relata cales son as consecuencias xurídicas que levaba aparellada a declaración de inconstitucionalidade do Real decreto 463/2020, polo que se declarou no seu día o estado de alarma para a xestión da situación de crise sanitaria ocasionada pola COVID-19⁶. Segundo esta sentenza, as ditas consecuencias xurídicas aparecen reguladas no artigo 40, apartado 1, da Lei orgánica 2/1979, do Tribunal Constitucional. Na nosa opinión, con todo, trátase dunha previsión meramente parcial, cuxa

⁵ *Boletín Oficial del Estado* de 31 xullo 2021.

⁶ A Sentenza do Tribunal Constitucional núm. 183/2021 (*Boletín Oficial del Estado* do 25 novembro 2021), relativa á inconstitucionalidade do Real decreto 926/2020, carece de interese a estes concretos efectos.

análise cumprida obriga a distinguir dous tipos distintos de consecuencias xurídicas aparelladas á declaración de inconstitucionalidade dunha norma que viñese sendo obxecto de aplicación por parte dos citados operadores xurídicos, así como dos particulares interesados ou afectados.

O primeiro tipo de consecuencias xurídicas está integrado polas de natureza extracontractual. Neste apartado, encaixarían non só as multas que a autoridade laboral poda impoñer aplicando o novo artigo 7, apartado 2, da Lei de Infraccións na Orde Social, senón tamén as sentenzas que puidesen recaer en procesos laborais (por exemplo, de fixeza ou de despedimento) aplicando a nova regulación da contratación laboral individual. Aínda que o citado artigo 40, apartado 1, da Lei orgánica 2/1979 só se refira expresamente a sentenzas penais e a sentenzas contencioso-administrativas, é claro —na nosa opinión—, dun lado, que todas as multas (firmes e non firmes) impostas pola autoridade laboral decaerían, aínda que fosen xudicialmente impugnadas, do mesmo xeito que ocorreu co millón longo de multas administrativas impostas por autoridades dependentes do Ministerio do Interior (ou os seus equivalentes autonómicos) mentres estiveron vixentes os reais decretos sobre o estado de alarma provocado pola pandemia, logo declarados inconstitucionais⁷; e doutro lado, respecto das sentenzas ditadas polos órganos da xurisdición laboral, que resultaría preceptivo ter en conta que se se tratase de sentenzas non firmes, necesariamente decaerían en vía de recurso, mentres que se se tratase de sentenzas firmes, non cabería máis remedio que respectar a súa santidad de cousa xulgada formal (abrindo esta última posibilidade interrogantes xurídicos relativos á posible responsabilidade patrimonial do Estado por funcionamento anormal do servizo público de legislar, a ventilarse ante os órganos da xurisdición contencioso-administrativa, como é lóxico)⁸, aínda que co importante matiz, lémbrese, de que se

⁷ Respecto diso, por todos, véxase <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2021/10/22/gobierno-ordena-devolver-multas-estado-alarma/00031634919011823781288.htm>.

⁸ Segundo a Sentenza do Tribunal Constitucional núm. 148/2021, «por último, ao tratarse de medidas que os cidadáns tiñan o deber xurídico de

se tratase de sentenzas laborais firmes confirmando a imposición de multas impostas pola autoridade laboral, tamén poderían revisarse como consecuencia da declaración de inconstitucionalidade da normativa que amparou no seu día a imposición das multas en cuestión⁹.

Xunto a estas consecuencias xurídicas extracontractuais, tamén existe o plano das resultas xurídicas de carácter contractual, tan importante para traballadores e empresarios, e sobre o que cremos que aínda non tivo ocasión de pronunciarse o Tribunal Constitucional, polo menos en asuntos laborais. Na nosa opinión, resultaría imprudente celebrar un novo contrato de traballo (ben fixo, ben de duración determinada), sen incluír no mesmo unha condición resolutoria estipulada ao amparo do artigo 49, apartado 1, letra b), do Estatuto dos traballadores, que non foi tocado pola reforma. Parécenos claro que non podería considerarse manifesto abuso de dereito por parte do empresario o feito de que se previse a resolución do novo contrato de traballo estipulado, se a norma amparadora da súa estipulación fose logo declarada inconstitucional (un clarísimo *incertus an, incertus quando* e, consecuentemente, unha condición resolutoria do contrato que aparenta ser de libro). E todo iso, por razóns de seguridade xurídica, e para previr futuros e posibles preitos ante os tribunais laborais (especialmente, preitos por despedimento). Pareceríanos heroico ou, mesmo, sublime (e consecuentemente, xuridicamente inexigible) impedir ao empresario afectado que non se blindase dalgún modo fronte á inseguridade xurídica provocada pola promulgación dun Real decreto-lei

soportar, a inconstitucionalidade apreciada nesta sentenza non será por si mesma título para fundar reclamacións de responsabilidade patrimonial das administracións públicas, *sen prexuízo do disposto no art. 3.2 da Lei Orgánica 4/1981, do 1 de xuño, dos estados de alarma, excepción e sitio*» (cfr. Fundamento Xurídico 11, parágrafo último).

⁹ Téñase en conta que o citado artigo 40 da Lei orgánica 2/1979 acabou converténdose co paso do tempo nun precepto parcialmente anacrónico, pois non informa o feito de que, tras a promulgación da Lei 36/2011, reguladora da xurisdición social, a impugnación das multas administrativas impostas ao empresario pola autoridade laboral pasou a ser de competencia exclusiva dos tribunais laborais.

que é flagrantemente inconstitucional. En canto ao molde xurídico deste tema, contamos entre nós con doutrina científica de extraordinaria calidade. Referímonos á tese doutoral internacional de VILLALBA SÁNCHEZ (2018, pp. 35 e ss.), sobre o suposto de feito regulado no citado artigo 49, apartado 1, letra b), do Estatuto dos traballadores.

4. A SUPOSTA DESAPARICIÓN DO CONTRATO DE OBRA OU SERVIZO DETERMINADO

Na nosa opinión, ata que se declare a inconstitucionalidade do Real decreto-lei 32/2021 (emendado polo Real decreto-lei 1/2022), todo en materia de contratación laboral individual atópase condicionado pola suposta desaparición do contrato para obra ou servizo determinado, cuxa eliminación pretende certificarse —ao modo dun certificado de defunción— de dous modos distintos. Implicitamente, mediante a emenda do vello artigo 15, apartado 1, letra a), do Estatuto dos traballadores, así como mediante a do artigo 49, apartado 1, letra c), do propio Estatuto, que eran preceptos nos que aparecía expresamente mencionado o dito tipo de contrato de duración determinada incerta (*certus an, incertus quando*; Martínez Girón e Arufe Varela, 2016, pp. 73 e ss.), as referencias ao cal esvaecéronse agora, tanto no novo artigo 15 como no novo artigo 49. Explicitamente, mediante unha apodíctica afirmación contida na exposición de motivos do Real decreto-lei 32/2021. Segundo ela, literalmente, «desaparece a posibilidade de celebrar contratos para obra ou servizo determinado, modalidade contractual fortemente cuestionada polas xurisprudencias interna e comunitaria (STS 1137/2020, do 29 de decembro de 2020 e STXUE do 24 de xuño de 2021 –C 550/19–)»¹⁰. Como é lóxico, dada a transcendencia desta afirmación, non queda máis remedio que poñer o foco de atención doutrinal sobre ela, merecendo —ao noso xuízo— polo menos tres observacións críticas, relativas ao carácter insólito da novidade, ao defecto inadmisíbel de técnica xurídica que acredita e, por último, á rigorosa falsidade da afirmación en cuestión.

¹⁰ Apartado IV, parágrafo sétimo.

Ante todo, o seu carácter insólito no contexto xurídico cultural a que pertencemos, resulta evidente. A celebración de contrato para obra ou servizo determinado é lícita en Portugal («execución de tarefa ocasional ou servizo determinado [*execução de tarefa ocasional ou serviço determinado*]»¹¹; «execución de obra, proxecto ou outra actividade definida e temporal [*execução de obra, projecto ou outra actividade definida e temporária*]»¹²) e en Francia («un convenio ou un acordo colectivo de sector estendido fixa as condicións nas que é posible recorrer a un contrato concluído para a duración dunha obra ou dunha operación [*une convention ou un accord collectif de branche étendu fixe les conditions dans lesquelles il est possible de recourir à un contrat conclu pour la durée d'un chantier ou d'une opération*]»¹³, tendo en conta que «en defecto de tal acordo, este contrato pode concluírse nos sectores en que o seu uso é habitual e conforme ao exercicio regular da profesión [*a défaut d'un tel accord, ce contrat peut être conclu dans les secteurs où son usage est habituel et conforme à l'exercice régulier de la profession*]»¹⁴), así como —un pouco máis lonxe, pero non moito— tamén en Alemaña (onde cabe o contrato de traballo con termo resolutorio incerto [*«zweckbefristeter Arbeitsvertrag*»])¹⁵. Suposta a súa desaparición, o vello reclamo turístico «*Spain is different*», que nos identificaba tradicionalmente á españois fronte ao resto de cidadáns europeos, pasaría a estar máis vixente que nunca, pois a partir da promulgación do Real decreto-lei 32/2021 tamén pasaría a singularizarnos como españois o feito de que carezamos, segundo a exposición de motivos do devandito Real decreto-lei, do contrato para obra ou servizo determinado.

Isto despexado, o defecto de técnica xurídica que acredita a afirmación en cuestión é así mesmo evidente. Lémbrese que a exposición de motivos cita dúas sentenzas, a efectos de

¹¹ Cfr. artigo 140, apartado 2, letra g), do Código portugués do Traballo.

¹² *Ibidem*, letra h).

¹³ Cfr. artigo L1223-8, parágrafo primeiro, do Código francés do Traballo.

¹⁴ *Ibidem*, parágrafo segundo.

¹⁵ Cfr. parágrafo 3, apartado 1, e parágrafo 15, apartado 2, da Lei sobre traballo a tempo parcial e contratos de traballo a prazo (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* ou, no seu acrónimo oficial, TzBfG) de 21 decembro 2000.

poñer de relevo que o contrato de obra ou servizo determinado foi cuestionado pola xurisprudencia. Pero isto non é certo, pois o que cuestiona a xurisprudencia alí invocada é o abuso na utilización da figura do contrato para obra ou servizo determinado e, consecuentemente, non o dereito para utilizalo. A este respecto, a sentenza interna española citada, que é do Pleno da Sala do social do Tribunal Supremo, o que facía era segar unha práctica empresarial abusiva, pero deixando incólume a regulación do tema do contrato para obra ou servizo determinado entón contida no Estatuto dos traballadores. Pola súa banda, a sentenza comunitaria invocada do ano 2021 declarou que o abuso traía causa dun convenio colectivo sectorial de eficacia xeral, negociado pola patronal da construción e os sindicatos UXT e CCOO, concluíndo a sentenza que o que resultaba incompatible co Dereito da Unión Europea era o citado convenio colectivo, pero non a regulación do contrato para obra ou servizo determinado contida no noso Estatuto dos traballadores. Non queda máis remedio que concluír que o que afirma a exposición de motivos é, en realidade, que como hai abusos na utilización deste concreto tipo de contrato, resulta obrigado laminar, con carácter xeral, a posibilidade de celebralo. E disto, nós apartámonos. Estamos firmemente convencidos de que o abuso de dereito combátese atacando o abuso, pero non eliminando o dereito. Por esta vía, a cualificar de autoritaria, é claro —suposto que se segue profundando en ela— que non quedarían abusos de dereito, pero tamén que se eliminarían todos os dereitos eventualmente susceptibles de ser abusados.

Non é o único defecto de técnica xurídica atribuíble, neste concreto punto, á reforma. Aínda que se retocaron algúns preceptos do Estatuto dos traballadores para, supostamente, certificar a desaparición do contrato de obra ou servizo determinado [por exemplo, o artigo 15, apartado 1, letra a), do Estatuto dos traballadores; ou tamén, o artigo 49, apartado 1, letra c), do propio Estatuto], algún outro precepto estatutario estrutural segue aínda referíndose a aquel, como no caso claro e ben importante, do artigo 8, apartado 2, do Estatuto dos traballadores, segundo o cal

«deberán constar por escrito»¹⁶, entre outros varios, «os contratos para a realización dunha obra ou servizo determinado»¹⁷. Agora ben, para nós, o que é rigorosamente falso nas tres liñas citadas da exposición de motivos do Real decreto-lei 32/2021, que vimos comentando, é a súa afirmación de que o próximo día 30 de marzo desaparecerá este concreto tipo de contrato de duración determinada (literalmente, lémbrese, «desaparece a posibilidade de celebrar contratos para obra ou servizo determinado»). Isto, tal e como está redactado —sen ningún tipo de matiz—, é rigorosamente falso. Non desapareceu en absoluto a posibilidade de celebrar en España este tipo de contrato, nin sequera despois da data recentemente aludida, como imos poñer de relevo inmediatamente a continuación.

Para certificar que é falsa a afirmación de que desaparece en España a posibilidade de celebrar o contrato de obra ou servizo determinado, non fai falta remontarse aos afastados tempos da promulgación do Código civil, cuxo artigo 1586 segue referíndose expresamente aínda, lémbrese, a esa concreta modalidade de contrato («os criados de labranza, traballadores manuais, artesáns e demais traballadores asalariados por certo termo *para certa obra*, non poden despedirse nin ser despedidos antes do cumprimento do contrato, sen xusta causa»). Basta con acudir á Lei 20/2007, do Estatuto do traballo autónomo, cuxo artigo 7, apartado 2, afirma que o contrato de prestación de traballo autónomo, literalmente, «poderá celebrarse para a execución dunha obra ou serie delas, ou para a prestación dun ou máis servizos». E o que é aínda moito máis inquietante. Esta mesma posibilidade aparece expresamente prevista na devandita Lei, pero agora á propósito do híbrido entre traballador asalariado e traballador autónomo, verdadeiro monstro xurídico, que é o traballador autónomo economicamente dependente ou TRADE (Martínez Girón e Arufe Varela, 2016, pp. e ss.), respecto do cal o Estatuto do traballo autónomo afirma expresamente, no seu artigo 12, apartado 4, que pode ser contratado para «unha duración ou

¹⁶ Parágrafo primeiro, medio-inciso primeiro.

¹⁷ *Ibidem*.

un servizo determinado». Para nós, aquí está o *quid* dos defectos xurídicos da reforma en materia de contrato individual de traballo. Trátase dunha reforma completamente descontextualizada, que non ten en conta que o TRADE é non só un mecanismo de flexibilidade patronal infinita, senón tamén que se trata do mecanismo a través do cal se está desangrando a día de hoxe o mercado español de traballo. Nada toca a reforma de 2021 a regulación dos traballadores autónomos e, consecuentemente, deixa incólume o réxime xurídico do TRADE. E na nosa opinión, quizá puidese ser este un dos factores condicionantes de que a patronal asinase o acordo tripartito (lémbrese, como antes se dixo, que hai outro bipartito), do que parcialmente trae causa o Real decreto-lei 32/2021. Para nós, o falso TRADE é a realidade que terían que combater os poderes públicos, ao que renuncia esta reforma laboral de 2021, a pesar de que a través do devandito monstro xurídico estase desangrando, repetimos, o mercado español de traballo, o que nos obriga a ter que insistir neste inquietante asunto.

5. A DESCONTEXTUALIZACIÓN DA REFORMA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL, AO FACER ABSTRACCIÓN DO FALSO TRADE

Lamentablemente, non contamos en España con cifras estatísticas oficiais relativas a cantos TRADE activos existen no noso país (as do Ministerio de Traballo refírense xenericamente a traballadores autónomos, sen distinguir se se trata ou non de TRADE), aínda que —segundo estimacións do Banco de España realizadas en 2019, antes do estalido da pandemia— debían roldar os «400.000» (García Perea e Román, 2019, p. 7). Agora ben, nós non necesitamos nin estatísticas nin estimacións sobre tropismos sociais para poñer de relevo a transcendencia e gravidade deste tema, pois cremos que podemos suplir a carencia en cuestión con sólidas probas académicas, as cales acreditan que o falso TRADE é unha realidade non soamente moi estendida en España, senón tamén mesmo tolerada por quen debería asumir o cumprimento do deber perentorio de extirpala. A este efecto, esgrimiremos tres probas doutriniais, estreitamente conectadas ao que nós facemos como

editorialistas e como publicistas, aínda que presumamos que non teñen por que ser necesariamente coñecidas ou manexadas, baseándonos na afirmación doutrinal, pronunciada fai agora case sesenta anos e na que cremos, relativa a que «en España, para manter no máis rigoroso secreto unha idea ou unha información non hai senón publicala nun libro técnico ou nunha revista profesional» (Murillo Ferrol, 1963, p. 11).

A primeira desas tres probas consta relatada e publicada nunha comunicación de VIZCAÍNO RAMOS (2018, pp. 1 e ss.), defendida en Santiago de Compostela, no XXVIII Congreso anual da Asociación Española de Dereito do Traballo e da Seguridade Social. Esta obra estuda, entre outras, unha Sentenza da Sala do social do Tribunal Superior de Xustiza de Asturias de 24 maio 2016¹⁸, relativa a un proceso laboral especial de oficio (tramitado a instancia da Tesourería Xeral da Seguridade Social, como consecuencia dunha actuación da Inspección de Traballo), na que se afirma —despois de poñer de relevo que os dous «peóns» do caso «subscriben contratos como traballadores autónomos dependentes para realizar traballos de albanería nunha obra ..., para cuxa construción a empresa realiza nada menos que 42 subcontratas, entre eles os citados señores»¹⁹— que «nin esa é a actividade dos autónomos ..., nin a súa actividade de albanería ten a precisión que esixe a figura do TRADE»²⁰. Por suposto, neste caso, o molde xurídico de Dereito común utilizado para a contratación dos falsos TRADE era o do contrato de obra ou servizo determinado, aínda que o máis sanguento é que se tratase de «peóns» (isto é, obreiros manuais típicos, para cuxa protección naceu no seu día o Dereito do Traballo), pero que tiñan a condición formal de TRADE (por suposto, falsos), cabendo preguntarse cantos máis destes peóns-TRADE existirán en obras de construción en toda España.

A segunda proba académica consta publicada no volume II do noso *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, e incide sobre a importancia cuantitativa do fenómeno, pero

¹⁸ *Aranzadi Westlaw*, referencia JUR 2016/162601.

¹⁹ Cfr. Fundamento de Dereito sexto.

²⁰ *Ibidem*.

tamén sobre a falta de vontade de loita contra el que temos en España. Trátase dun breve e agudo comentario de VÁZQUEZ FORNO (2010, p. 162), Director da Escola coruñesa de Relacións Laborais, relativo ao primeiro acordo de interese profesional de ámbito estatal celebrado en España ao amparo da Lei 20/2007, que foi o asinado no Ministerio de Traballo o día 14 abril de 2009 entre a empresa Panrico, dun lado, e ATA, CCOO e UXT, do outro. Pois ben, por virtude deste acordo, resulta que tres mil transportistas asalariados da empresa transformáronse en tres mil TRADE. Nós seguimos a peripecia do asunto, pero estudando a xurisprudencia suscitada por un ERE relativo á empresa Bimbo, tamén do sector da bolaría industrial, determinante de que setecentos sesenta e tres transportistas autónomos convertéranse igualmente en transportistas TRADE. E preguntabámonos, «á vista de semellante "ERE" (por certo, validado pola autoridade laboral e, supoñemos, cos parabéns da inspección de traballo, pois naquela época non se promulgara aínda a "reforma laboral Rajoy")» (Martínez Girón e Arufe Varela, 2017, p. 415), tamén acordado por CCOO e UXT, por que non se pasou «tanto de culpa ao Ministerio Fiscal ... para pescudar a posible comisión do delito tipificado no artigo 311 do Código penal» (*ibidem*).

En fin, a terceira proba académica aparece contida nun artigo de revista noso, sobre os socios traballadores de sociedades de capital unipersoais (Martínez Girón, 2012, p. 29). Este artigo estudaba, entre outros materiais xurídicos, unha Sentenza da Sala do social do Tribunal Superior de Xustiza de Castela-A Mancha de 6 maio 2011²¹, admitindo con toda naturalidade a existencia do que chama TRADE «pluriactivo», isto é, unha persoa que presta os seus servizos a tempo parcial a un empresario como traballador asalariado, pero que simultaneamente tamén prestaba eses mesmos servizos ao mesmo empresario e de novo a tempo parcial, aínda que agora en concepto de TRADE. E todo iso, segundo esta sentenza, porque «tal circunstancia non é descoñecida ou inusual no noso dereito, como o demostra o contido do parágrafo segundo do artigo 2.1 do Real decreto 197/2009,

²¹ Aranzadi Westlaw, referencia JUR 2011/195794.

do 23 de febreiro, referido ao traballador autónomo economicamente dependente..., precepto do que se desprende a posibilidade de que unha mesma persoa preste servizos para un mesmo cliente como traballador autónomo e como traballador por conta allea»²².

6. O PECADO ORIXINAL DA REFORMA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INDIVIDUAL

Na nosa opinión, todo isto tería que corrixilo o Real decreto-lei 32/2021, pero non o fixo. E cremos mesmo que non podía facelo, pois o dito Real decreto-lei trae causa do diálogo social, que parece converterse ultimamente en España nunha especie de santo, ao que ao conxunto da cidadanía non lle queda máis remedio que adorar. A este efecto, a exposición de motivos da norma lembra que «os cambios están avalados polo diálogo social»²³, e que «as organizacións sindicais e patronais CCOO, UXT, CEOE e CEPYME, tras un longo proceso negociador, acordaron xunto co Goberno da Nación as medidas contidas neste Real decreto-lei, dando así lugar á primeira reforma laboral de gran calado da Democracia que conta co respaldo do diálogo social»²⁴. É certo que nós, aínda que a efectos meramente dialécticos, poderíamos chegar a admitir como factor lexitimador do que se legisla o acordo proveniente do diálogo social, aínda sendo certo que nos pareza unha forma de corporativismo, que podería cualificarse mesmo máis como corporativismo postmoderno, que como mero neocorporativismo. Pero tamén o é que só o admitiríamos a condición de que se tratase dun diálogo social inmaculado, carente de todo tipo de pecado orixinal, o que dende logo non é o caso do acordo entre os interlocutores sociais e o Goberno que precipitou no Real decreto-lei 32/2021, especialmente en materia de contratación laboral individual. Nel, existe unha mácula sobre a que temos que facer fincapé. É un defecto que quizá non resultaría relevante nunha xornada asturiana, nunha xornada murciana ou nunha xornada andaluza sobre a reforma laboral de 2021, pero que

²² Cfr. Fundamento de Dereito segundo, parágrafo sexto.

²³ Cfr. apartado I, parágrafo antepenúltimo, inciso segundo.

²⁴ *Ibidem*, inciso terceiro.

non pode pasar inadvertido nunha xornada galega, como esta que agora mesmo estamos aquí celebrando.

Galicia é diferente, tamén dende un punto de vista xurídico laboral, porque aquí temos a Confederación Intersindical Galega ou, no seu acrónimo, CIG. Trátase dun sindicato máis representativo (iso si, a nivel da nosa Comunidade Autónoma). E como sindicato máis representativo que é, posúe unha posición privilexiada no noso ordenamento xurídico laboral, blindada pola Lei orgánica 11/1985, de liberdade sindical, segundo a cal «a maior representatividade sindical recoñecida a determinados sindicatos confírelles unha singular posición xurídica a efectos, tanto de participación institucional como de acción sindical»²⁵, e resultando ocioso lembrar que o Tribunal Constitucional recoñeceu que o sindicalismo máis representativo a nivel estatal e o sindicalismo máis representativo a nivel autonómico atópanse en posición de igualdade en moi diversos tipos de asuntos, incluído algún tan importantes como, por exemplo, o da designación dos representantes sindicais españois ante a OIT²⁶. O feito de que o diálogo social que practica o Ministerio de Traballo, tanto tripartito como bipartito, exclúa tratar coa CIG, provoca resultados inxustos, aínda que tamén podería acabar carrexando consecuencias xurídicas negativas moi relevantes para o Goberno español. Destes dous aspectos procedemos a tratar seguidamente.

Acabamos de poñer de relevo que o Real decreto-lei 32/2021, que trae causa do diálogo social coa gran patronal estatal, así como cos sindicatos UXT e CCOO, está totalmente descontextualizado en materia de contratación laboral individual, pois fai abstracción da realidade do falso TRADE, a través da cal se está desangrando o mercado de traballo español. E neste punto, parécenos inxusto que non se dialogase coa CIG. Hai que ter en conta que esta central sindical é, entre outras moitas cousas, un sindicato «de clase» clásico. Nin asinou nin asinaría nunca un acordo de interese profesional, dos previstos na Lei 20/2007, do Estatuto do traballo autónomo. E iso, porque a CIG considera

²⁵ Cfr. artigo 6, apartado 1.

²⁶ Respecto diso, véxase Sentenza do Tribunal Constitucional núm. 65/1982 (*Boletín Oficial del Estado* do 10 decembro 1982).

que a figura do TRADE é unha fraude. A este respecto, entre os documentos aprobados no seu VIII Congreso Nacional, celebrado en Santiago de Compostela o 9 outubro 2021, hai un no que se propugna, literalmente, o seguinte: «Eliminación da figura legal da traballadora ou do traballador autónomo economicamente dependente, por ocultar fraudulentamente unha verdadeira relación laboral por conta allea»²⁷. A este concreto respecto, nós pensamos que puidese ter sido extraordinariamente frutuoso escoitar a opinión da CIG no seo do diálogo social estatal, aínda que só fose para alertar de que o mercado laboral español está distorsionado, por causa do falso TRADE.

Agora ben, tamén cremos que a exclusión da CIG non só provoca resultados inxustos, senón tamén que podería acabar carrexando consecuencias xurídicas moi relevantes e, mesmo, impactantes. Antes constatabamos que ao Real decreto-lei 32/2021 abríronselle catro frontes ante o Tribunal Constitucional. Podería ocorrer que á devandita norma acabáselle abrindo outra máis. Como é sabido, España ratificou o pasado verán a Carta Social Europea (revisada), comprometéndose a aceptar «a supervisión das súas obrigacións contraídas na Carta segundo o que establece o procedemento recollido no Protocolo Adicional á Carta Social Europea que desenvolve un sistema de reclamacións colectivas, feito en Estrasburgo, o 9 de novembro de 1995»²⁸. Trátase dunha vía de denuncia temible, bastando indicar para probalo que a través dela o Comité Europeo de Dereitos Sociais condenou ao Goberno portugués, por causa da corrupción existente no seo da Inspección portuguesa do Traballo, coa consecuencia xurídica de que houbo que refundar de arriba abaixo a Inspección de Traballo do país veciño, que mesmo tivo que cambiar de nome,

²⁷ Véxase o documento «Forza para avanzar. VIII Congreso. Estatutos e documentos aprobados», p. 98 (pode consultarse o seu texto no sitio oficial na internet do sindicato CIG, situado en <https://www.cig.gal>, con acceso directo en https://www.cig.gal/files/documentos/Doc_CIG/ProbaBaixa_Libro_VIII_Congreso_CIG.pdf).

²⁸ Véxase Instrumento de Ratificación da Carta Social Europea (revisada), feita en Estrasburgo o 3 de maio de 1996 (*Boletín Oficial del Estado* do 1 xullo 2021).

denominándose agora *Autoridade para as Condições de Trabalho* (Vázquez Vázquez, 2018, pp. 102 e ss.). Podería resultar unha bomba que esta vía se activase precisamente por causa da violación polo Goberno de España dos dereitos de liberdade sindical de que é titular a CIG, como sindicato máis representativo. E que o primeiro caso decidido polo Comité Europeo de Dereitos Sociais, precisamente ao seu través, fose *CIG v. Reino de España*.

7. EPÍLOGO

A crise económica e o traballo somerxido ou irregular ou negro, ou como queira chamárselle (Martínez Girón e Arufe Varela, 2007, pp. 37 e ss.), son fenómenos que camiñan collidos da man, pero que tamén se retroalimentan e interactúan reciprocamente entre si, ao acabar calando na cidadanía a percepción —fronte á suposta impotencia dos poderes públicos para atallar a primeira— de que non quedaría outro remedio que activar o segundo, como mecanismo de pura defensa social. Desfacer este erro esixe, con todo, sumar e sumar vontades de combatalo, creando consensos sociais e políticos moito máis amplos que os formalizados no Real decreto-lei 32/2021 (cuxa falta de vontade de loita contra a economía somerxida, encarnada no monstro xurídico do falso TRADE, parécenos evidente), e que só poden lograrse alí onde, como nas Cortes Xerais, todos —con independencia de particulares conviccións políticas— sentímonos máis e mellor representados. Púxoo de relevo a nosa presidenta, con toda rotundidade e con toda a súa autoridade, afirmando —antes de que estalase a brutal crise económica provocada polo intento de anexión ruso de Ucraína, a engadirse á crise económica provocada, á súa vez, pola pandemia— que «a recuperación da previsibilidade regulatoria e da lei é un obxectivo irrenunciábel en beneficio da calidade da democracia e da seguridade xurídica» (Casas Baamonde, 2021, p. 288), e lembrando mesmo —fronte a intentos regulatorios extravagantes— que o Estatuto dos traballadores, que «precisa da lexitimidade política do parlamento e da lexitimidade social dos interlocutores sociais» (*ibidem*), é «a norma epicéntrica do ordenamento laboral, que a Constitución previu que sexa regulado por

unha lei de Cortes e ao que designou un territorio constitucionalmente definido» (*ibidem*).

8. BIBLIOGRAFÍA

CASAS BAAMONDE, María Emilia. (2021). El Derecho del Trabajo en la emergencia de la pandemia de la COVID-19. ¿Y después? Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

GARCÍA PEREA, Pilar y ROMÁN, Concepción. (2019). Caracterización del empleo no asalariado en España desde una perspectiva europea. *Boletín Económico*, 2, pp. 1-14.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús. (2012). La legitimación del socio único de la sociedad de capital unipersonal en los procesos laborales. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 154, pp. 29-47.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. (2007). Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana. A Coruña: Netbiblo.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. (2016). Derecho del Trabajo. *Critical labor law*. 4ª ed. Barcelona: Atelier.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús y ARUFE VARELA, Alberto. (2017). Acuerdos de interés profesional», en José Luis MONEREO PÉREZ y Francisco VILA TIerno (Directores), *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. 405-425). Granada: Comares.

MURILLO FERROL, Francisco. (1963). *Estudios de Sociología Política*. Madrid: Tecnos.

VÁZQUEZ FORNO, Jesús. (2010). ¿Qué eficacia tiene el primer acuerdo de interés profesional, aplicable a trabajadores autónomos económicamente dependientes firmado en España? *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, II, pp. 162-163.

VÁZQUEZ VÁZQUEZ, Francisco. (2018). *La Carta Social Europea y la Inspección de Trabajo. Un estudio comparado de los ordenamientos español, portugués y francés por la vía del procedimiento de control de informes*. Barcelona: Atelier.

VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia. (2018). La condición resolutoria consignada en el contrato de trabajo. Granada: Comares.

VIZCAÍNO RAMOS, Iván. (2018). El subtrabajador autónomo económicamente dependiente. En el volumen *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial* (pp. 1-8). Madrid: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.