

EL RDL 32/2021, DE 28 DE DICIEMBRE. UNA REFORMA LABORAL CARGADA DE FUTURO

Ana de la Puebla Pinilla
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

La necesidad de abordar una modificación de la normativa laboral para revertir los perniciosos efectos que había generado la reforma de 2012 en la estabilidad en el empleo y en las condiciones laborales de las personas trabajadoras aparecía ya en el programa electoral de los partidos políticos que en enero de 2020 constituyeron el gobierno de coalición PSOE/UNIDAS PODEMOS. El Acuerdo para un gobierno progresista recogía esos compromisos y presentaba los mismos como un objetivo prioritario e inmediato. La inesperada pandemia de la COVID-19 modificó la agenda legislativa para atender, como debía hacerse, a las necesidades inmediatas y urgentes que la situación imponía. Sin embargo, la voluntad del gobierno de no renunciar a aquellos propósitos determinó que, en cuanto la situación lo permitió, se constituyera la mesa de diálogo para la reforma laboral. La apertura del diálogo social dejó claro que el objetivo prioritario del gobierno era conseguir una reforma consensuada con los agentes sociales, aunque ello supusiera, como efectivamente ha ocurrido, renunciar a llegar hasta el final de la reforma que pretendía hacerse. La negociación y el acuerdo implican renunciaciones para todas las partes negociadoras, pero garantiza, y ahí reside el valor del consenso, soluciones equilibradas a la vez que favorece su efectiva aplicación.

Los contenidos y objetivos que se plantearon en la mesa de diálogo para la reforma laboral se anunciaban ya en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que, en su Componente 23, referido a las “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, contemplaba las reformas necesarias para modernizar y mejorar la eficiencia del mercado de trabajo laboral abordando un conjunto de deficiencias estructurales y ofreciendo soluciones a las mismas. Se preveía, en particular, la simplificación de los contratos temporales, la generalización de los contratos indefinidos y del principio de causalidad en la contratación, así como una más adecuada regulación de los contratos formativos. La modernización de la contratación y subcontratación era otra de las líneas de reforma, como también la regulación de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y de recualificación de los trabajadores en transición. Finalmente, la modernización de la negociación colectiva se contemplaba también como una reforma imprescindible.

La mesa de diálogo abordó estos temas y sobre todos ellos se alcanzó, in extremis, un acuerdo a finales de diciembre de 2021, que fue íntegramente trasladado al RDL 32/2021,

de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, RDL 32/2021). Por suerte, el lamentable episodio de la tramitación de su ratificación en el Congreso, donde intereses políticos, en su mayoría ajenos a una honesta valoración de los contenidos del acuerdo laboral, estuvieron a punto de dar al traste con la reforma, concluyó con la ratificación del RDL 32/2022.

Transcurridos apenas dos meses desde su entrada en vigor, las primeras e inmediatas valoraciones sobre la reforma laboral, que de forma unánime pusieron en valor el mérito del acuerdo, han dado paso a numerosos comentarios sobre el contenido y alcance de las novedades que, en las instituciones y materias señaladas, se han incorporado en la normativa laboral. La valoración del contenido de la reforma es desigual, tanto por lo que se refiere al alcance de las novedades incorporadas como respecto a la inmediatez de su eficacia.

Una valoración positiva y sin objeciones merece, desde luego, la reforma de los procedimientos temporales de regulación de empleo y el diseño del Mecanismo RED. Aunque la modificación del artículo 47 ET no estaba contemplada en los primeros borradores de la reforma, la experiencia acumulada durante la gestión de la pandemia aconsejaba incorporar a la regulación de los ERTE algunas de las medidas que se han aplicado a los ERTE COVID y cuyo éxito ha sido indiscutible: la agilidad en su tramitación, la flexibilidad en su gestión, la reducción de costes empresariales mediante la posibilidad de acceder a exoneraciones en la cotización, y la apuesta por la formación de las personas trabajadoras, acompañan ahora a los ERTE como elementos básicos de su regulación, tanto cuando se trata de ERTE por causas ETOP como cuando responden a causas de fuerza mayor. El RDL 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, ha completado esa regulación garantizando, mediante la técnica del contador a cero y la no exigencia de cotizaciones previas, el acceso a la protección de las personas trabajadoras afectadas por las medidas temporales de reducción de jornada y suspensión de contratos por fuerza mayor.

El objetivo es que los ERTE actúen, como ha ocurrido durante la pandemia, como un eficaz sistema de reacción frente a crisis o situaciones temporales y coyunturales, modificando la tendencia instalada en nuestras organizaciones productivas que optaba en estos contextos por el recurso a medidas extintivas. La garantía del éxito de esta fórmula requeriría probablemente una cláusula de cierre como la limitación al despido que ha operado durante la pandemia y cuya incorporación al régimen común de los ERTE no ha

llegado a plantearse, probablemente porque habría contado con la férrea oposición de la patronal. Pero la doctrina judicial que viene exigiendo un agravamiento o cambio significativo en las circunstancias para justificar el despido cuando está en vigor un ERTE y la preferencia que el artículo 47 ET incluye a favor de estas medidas como alternativa al despido, aunque resulten menos eficaces, pueden actuar como palanca del cambio que el legislador propone.

El Mecanismo RED incorporado en el nuevo artículo 47 bis ET no puede sino merecer también una valoración positiva. En la práctica, se trata de una fórmula de contenido similar a los ERTE -en cuanto que las medidas a adoptar por las empresas afectadas remiten también a la reducción de jornada y a la suspensión de los contratos de trabajo- pero que cuenta con significativas ventajas tanto para las empresas como para las personas trabajadoras. Para aquellas, la necesaria previa activación del Mecanismo por parte del Consejo de Ministros facilita el acceso por las empresas incluidas en el sector afectado a las medidas de reestructuración y posibilita la aplicación de reducciones en la cotización más generosas que las previstas en los ERTE ordinarios. Para las personas trabajadoras, el Mecanismo RED garantiza el acceso universal a la protección social e incorpora fórmulas que favorecen la empleabilidad de las afectadas y facilita su transición a nuevos sectores productivos. El anuncio de la inminente activación del Mecanismo para el sector de las agencias de viaje ha puesto de manifiesto que, lejos de lo que inicialmente pudiera pensarse, no se trata de una fórmula reservada para un futuro más o menos lejano, sino que constituye una fórmula eficaz para afrontar de inmediato la que, confiamos, será última etapa de la pandemia. Lamentablemente, la situación que actualmente atraviesa Europa, cuya estabilidad económica resulta de nuevo amenazada por las consecuencias que pueden derivar de la invasión rusa de Ucrania, puede generar un contexto en que la activación del Mecanismo RED resulte de nuevo necesaria.

Por lo que se refiere a la negociación colectiva, las reformas incorporadas en el Estatuto de los Trabajadores ponen de manifiesto que, en ocasiones, bastan pocas palabras para poner en marcha grandes cambios. Además de la modificación en el régimen de ultraactividad de los convenios, la mera eliminación del apartado a) del artículo 84.2 ET -que reconocía la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en la fijación de la cuantía del salario base y de los complementos salariales- tiene un gran potencial para alterar significativamente la fórmula de devaluación salarial que, acogiéndose a esta posibilidad, habían aprovechado unidades de negociación empresarial creadas estratégicamente con esa finalidad. El efecto inmediato de la supresión de la prioridad aplicativa en esta materia es evidente: se cierra el paso a nuevos convenios de empresa que actúen en esta materia. Pero, a medio plazo, sus efectos también se dejarán notar, conforme a lo previsto en la DT 6ª RDL 32/2021, en los convenios de empresa ya vigentes que, necesariamente deberán ajustarse a las nuevas previsiones legales en el plazo

máximo de un año. Con todo, el alcance de esta reforma vale más por lo que calla que por lo que dice. La eliminación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en materia salarial no supone el reconocimiento de tal prioridad para los convenios sectoriales, pero sí brinda la oportunidad de que los convenios sectoriales recuperen progresivamente ese espacio y que, cuando lo hagan, gocen de preferencia aplicativa, si así lo establecen, sobre todos los convenios de empresa, y no solo los negociados en concurrencia con un convenio sectorial, imponiendo a estos sus contenidos de regulación en materia salarial.

Este potencial de la negociación colectiva sectorial se revela también esencial en otro de los ámbitos afectados por la reforma laboral, el de la subcontratación. En lo que a esta materia se refiere, la reforma se ha limitado finalmente a la incorporación de un nuevo apartado 6 en el artículo 42 ET. Un precepto cuya interpretación se ha convertido en un auténtico enigma. La finalidad perseguida es evidente y queda expresada con claridad en el Preámbulo del RDL 32/2021 que, al respecto, señala que el objetivo es la equiparación de las condiciones laborales de las personas trabajadoras subcontratadas, así como impedir *“que se utilice la externalización de servicios, a través de la subcontratación, como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas”*. Pero tal claridad no se ha trasladado al texto del Estatuto de los Trabajadores, de modo que la aplicación a las personas trabajadoras de la contrata del Convenio colectivo de la empresa principal no deja de ser una posibilidad remota y que ha quedado condicionada a la conjunción improbable de diversos factores.

La redacción, alambicada y compleja, del artículo 42.6 ET permite entender que el orden a seguir para identificar el convenio aplicable a las personas trabajadoras de las contratas y subcontratas es precisamente el inverso al que sigue el propio precepto en su redacción. Así, si la empresa contratista dispone de convenio propio, entiéndase por tal convenio de empresa o de centro de trabajo, este será el de preferente aplicación. Por eso, la eliminación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia de cuantía salarial adquiere aquí una importancia capital para evitar que, a través de la negociación en la empresa, se devalúen los niveles salariales garantizados en el sector. Pero que tal garantía se extienda a todos los convenios de empresa depende, de nuevo, de que los convenios sectoriales se reserven esta materia, imponiendo sus contenidos como un mínimo para la negociación del salario en todas las unidades empresariales. A falta de convenio propio de la empresa contratista, entrará en juego la aplicación del convenio sectorial. El artículo 42.6 ET da preferencia al convenio de sector que resulte aplicable y, en su defecto, al de la actividad desarrollada en la contrata -de nuevo, el orden inverso al que sigue la letra del citado precepto-. La referencia a la actividad desarrollada en la contrata no puede sino entenderse como remisión al convenio del sector de la actividad que prestan las personas trabajadoras de la contratista. Pero no deja de resultar misteriosa

e indescifrable la referencia al “*convenio sectorial aplicable conforme a lo previsto en el título III*”. Quizás la clave para resolver el enigma remita, una vez más, a las posibilidades que el artículo 83.2 ET ofrece a los acuerdos interprofesionales para ordenar la estructura de la negociación colectiva, incorporando reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

Finalmente, el núcleo de la reforma mira a la contratación laboral. La reforma de los contratos formativos era necesaria y se inscribe en un proceso de búsqueda constante de las claves que permitan generalizar estas modalidades de contratación, esenciales para favorecer la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo y para incentivar la formación y cualificación profesional. La eliminación de límites como los referidos a la edad en el contrato para la formación en alternancia, o la apertura de este contrato a los estudios universitarios -ya anticipada con el contrato para la formación dual universitaria, incorporado por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para el año 2021- ejemplifican la voluntad de ofrecer, como apunta el Preámbulo del RDL 32/2021, una regulación eficaz de estos contratos. Queda pendiente, no obstante, aclarar algunos aspectos, como los referidos a la delimitación entre el contrato en alternancia para estudios universitarios o de formación profesional con las prácticas no laborales de estudiantes, cuya solución se delega en el futuro Estatuto del becario, al que se refiere la DA 2ª RDL 32/2021. Confiamos en que esta vez el impulso que estos contratos reciben en el nuevo artículo 11 ET se traslade al tejido productivo para que las organizaciones empresariales aprovechen las oportunidades que la modalidad formativa de contratación ofrece.

Por lo que se refiere a la contratación temporal, la eliminación del contrato de obra o servicio -cuyo potencial había quedado ya severamente restringido por la doctrina jurisprudencial que ha rechazado su uso en el marco de las contrata y subcontratas- es una de las novedades más significativas. El objetivo es que la contratación laboral se reconduzca al contrato indefinido en cualquiera de sus modalidades: indefinido fijo o indefinido fijo discontinuo, modalidad esta última por la que el RDL 32/2021 apuesta sin tapujos. Dejando a salvo el contrato de sustitución, trasunto del anterior contrato de interinidad, en el nuevo contrato por circunstancias de la producción recalcan buena parte de las causas que justificaban la contratación eventual. Pero con cambios significativos que derivan de la limitación de su duración -aunque ampliable por la negociación colectiva sectorial- y de una delimitación más estricta de su causalidad. Esta aparece, -tanto en la versión corta de este contrato, la referida a los 90 días, como en su versión larga-, necesariamente vinculada a la “ocasionalidad” del incremento de la actividad o de las situaciones que requieren contratación de trabajadores. El empleo de este adjetivo, -que remite a lo que se hace en alguna ocasión, pero no de forma habitual-, está cargado de intención, pues lo opuesto a lo ocasional es precisamente lo que se repite. Y estas

actividades, las que se reiteran en la organización empresarial de forma cíclica, estacional o intermitente, encuentran acomodo precisamente en el contrato fijo discontinuo regulado en el artículo 16 ET. La apuesta por la contratación indefinida se complementa con medidas que limitan el encadenamiento de los contratos temporales, con la conversión en contratos indefinidos en caso de incumplimiento de las normas sobre contratación temporal y, en fin, con el encarecimiento de los contratos de corta duración.

La apuesta del legislador por la contratación indefinida es evidente. Pero la compleja delimitación de las circunstancias de la producción, los espacios inciertos que se abren con las previsiones legales sobre el contrato por circunstancias de la producción de corta duración, las posibilidades que puede ofrecer la contratación por oscilaciones en la actividad o, en fin, la identificación de los límites precisos entre la contratación temporal y el contrato fijo discontinuo, suscitan numerosas incertidumbres. A ello debe añadirse que la mera calificación de los trabajadores como indefinidos o como fijos discontinuos no es necesariamente garantía de estabilidad en el empleo ni de superación de la precariedad laboral. Si el coste del despido se mide exclusivamente en función de la antigüedad de la persona trabajadora, el riesgo de trasladar ese coste a otros componentes económicos de la relación laboral es una posibilidad real. Y con ello, buena parte de los objetivos de la reforma quedarían en entredicho. Pero ese factor, el incremento de la indemnización por despido improcedente, en ningún momento ha estado sobre la mesa del diálogo social de la reforma, sin duda porque constituía una línea roja para las asociaciones patronales que irremediablemente impediría cualquier acuerdo. Por eso resulta especialmente importante el nuevo régimen de las sanciones administrativas por contratación irregular, unas sanciones que se han incrementado sustancialmente y en cuya aplicación puede residir una de las claves del éxito de la reforma en la contratación temporal.

Lo que está claro es que el papel de los tribunales en la aplicación e interpretación del nuevo marco normativo va a resultar esencial para delimitar hasta qué punto la apuesta del legislador ha acertado en la elección de las medidas adoptadas. Una interpretación que, en todo caso, deberá estar presidida por un conocido principio, el de la presunción de indefinición, que había desaparecido del artículo 15 ET y que, no en vano, recupera ahora todo su valor como criterio hermenéutico en la materia.

La reforma laboral de 2021 no es, desde luego, la contrarreforma que se había prometido. No supone una derogación integral de las medidas incorporadas en 2012. Probablemente porque no era el momento para acometer una transformación tan profunda. Y porque, muy acertadamente en mi opinión, se ha preferido una reforma consensuada antes que una contrarreforma impuesta sin el aval de una buena parte de los actores sociales que, a la postre, son quienes deben aplicarla. Pero lo que también resulta innegable es que las

medidas incorporadas suponen un significativo avance en la estabilidad en el empleo y una mejora en las condiciones laborales de las plantillas. La posibilidad de que la negociación colectiva recupere espacios frente a los convenios de empresa en una materia tan sensible como la salarial, la implicación de los representantes de las personas trabajadoras en la adopción de medidas temporales de reestructuración de empleo, las medidas de contención y sanción de la contratación temporal son instrumentos cuya plena eficacia requiere abrir nuevos ámbitos de negociación y actuación. Pero, a su vez, contienen un gran potencial de cambio. La sensatez que trabajadores y empresas han demostrado a lo largo de la negociación y la búsqueda de un acuerdo con renunciaciones recíprocas se merece sin duda un voto de confianza.