

Lectura y relectura de la reforma laboral de 2021

«La política no debería aspirar a lo sublime. (...)

En política (...) se trata de compromisos para que algo se logre: se trata de un reordenamiento inteligente de lo existente. Un compromiso puede ser bello, pero no sublime»

RICHARD RORTY, *Cuidar la libertad*, 2005

No son pocos los avatares a los que se ha visto sometida la aprobación de la reforma laboral de 2021. Empezando por su larga y difícil negociación en el ámbito del diálogo social tripartito, que alumbraría el esperado acuerdo apurando en extremo los plazos marcados por los compromisos asumidos por el Gobierno frente a la Unión Europea. Una negociación, ardua como pocas, máxime cuando en ella intervinieron diversos agentes incluso al interior de la propia representación gubernamental, que se vería sucedida por un proceso no menos dificultoso de búsqueda del consenso político necesario para la convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, a través del cual se procedió a recoger con carácter urgente el contenido de lo pactado. Hasta llegar a la tormentosa sesión del Congreso de los Diputados de 3 de febrero de 2022, en la que este acordó su convalidación por una ajustada mayoría de 175 votos frente a 174, en medio de acusaciones de diverso tipo, todas dirigidas a poner en cuestión la legitimidad de la decisión adoptada.

Más allá de este debate, sin duda de gran trascendencia, pero que se inscribe dentro del espacio del Derecho Parlamentario antes que del Derecho del Trabajo, lo que el proceso al que hemos asistido pone de manifiesto, visto desde la perspectiva de este último, es la existencia de una evidente tensión entre los dos tipos de legitimidad reconocidos de manera paralela dentro de nuestra Constitución para la ordenación de las relaciones laborales. De un lado, la legitimidad social, expresada a través de la acción de los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, a los que el artículo 7 asigna la misión de contribuir a la «defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios», legitimando así su participación en el intercambio político con los Poderes Públicos para el cumplimiento de su misión. Del otro, legitimidad política, manifestada por medio de la actuación de los partidos, expresión del pluralismo político e «instrumento fundamental para la participación política» de los ciudadanos, de acuerdo con su artículo 6. Esta es una tensión que se había puesto de manifiesto tratándose de reformas anteriores a través de la negación de todo papel a los agentes sociales en la elaboración de las normas que las recogieron, e incluso mediante el desconocimiento de los acuerdos adoptados de forma autónoma por estos, como ocurriría singularmente en 2012. Ahora alcanzará un escalón superior, al cuestionarse, desde ambos lados del espectro parlamentario además, los resultados del intercambio político alcanzado entre los mismos y el Gobierno, con la consiguiente negación de la validez de los equilibrios conseguidos.

Al margen de todo ello, lo cierto es que la reforma laboral de 2021 ha visto confirmada su vigencia. Y empieza a

surtir efectos sobre nuestras relaciones laborales, como puede deducirse de la evolución de las cifras en materia de contratación registradas a lo largo de sus dos primeros meses de andadura. Es hora, por ello, de dar un paso adelante respecto de los debates que jalonaron su aprobación, y en particular la discusión en torno a si ha recogido o no el objetivo político de «derogar» su precedente de 2012, para centrarse en el análisis detenido y crítico de sus contenidos, su coherencia interna y las opciones de política del Derecho que expresan. El fin del proceso de elaboración y aprobación de la norma abre, así pues, un nuevo tiempo, que ha sido calificado como el momento del intérprete, aunque en materia laboral tiene una dimensión más amplia. Un tiempo en el que la misma será objeto de un proceso de lectura y relectura, de interpretación y reinterpretación, de construcción y reconstrucción, tanto por los juristas del trabajo y los jueces de lo social, como por la negociación colectiva, que serán los que terminarán marcando los derroteros de la aplicación de la operación reformadora. Algo que ya ocurrió con la reforma de 2012, varias de cuyas aristas más incisivas fueron en buena medida limadas en la fase de su aplicación. Y que sin duda sucederá también en este caso.

Como es sabido, la reforma laboral de 2012, aunque algo similar puede decirse, bien que con menor contundencia, de su precedente de 2010, respondió a una línea de política legislativa muy precisa, detrás de la cual se situaba una determinada manera de concebir la vía por la que debía discurrir la recuperación de la economía española tras la crisis iniciada en 2008. Esta fue una línea de intervención que tuvo como herramientas fundamentales, como ha habido ocasión de destacar en estas mismas páginas, el reforzamiento del poder unilateral del empresario en la gestión de las condiciones laborales, la erosión de la estabilidad de las relaciones de trabajo y la limitación del poder contractual colectivo de los trabajadores. Todo ello con el objetivo último de promover la generalización del trabajo inseguro o precario y la devaluación salarial como fórmulas de crecimiento del empleo y recuperación de la economía española. O, dicho sin eufemismos, como se ha hecho también aquí, de recuperación de la tasa de ganancia empresarial. Los cambios introducidos con tal fin fueron muchos y muy profundos, llegando a afectar a prácticamente todas las instituciones nucleares del Título I del Estatuto de los Trabajadores. Se trate del diseño de las modalidades de contratación laboral y las consecuencias económicas de los despidos individuales sin causa, de la regulación del trabajo a tiempo parcial y la distribución de la jornada laboral, del tratamiento de los mecanismos de flexibilidad interna y el despido colectivo o de los regímenes de la inaplicación, la concurrencia y la vigencia ultraactiva de los convenios colectivos.

Los propósitos de la reforma de 2021 son más modestos. Desde luego no coincidentes con la pretensión de una completa reversión de los cambios impuestos por la que la antecedió, a la que alentó el debate precedente. Estos propósitos han venido marcados por el contenido del *Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia*, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021 y valorado positivamente por la Comisión Europea el 16 de junio de ese año. Y en particular por su *Componente 23*, titulado «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», dentro del cual las autoridades gubernamentales optaron por priorizar cuatro reformas dirigidas a conseguir una «modernización del Estatuto de los Trabajadores», llevándolas a la mesa del diálogo social tripartito con el fin de concertar su materialización con los agentes sociales. Estas reformas, que representan otros tantos objetivos de política social perseguidos por la operación reformadora son, presentadas en el orden en el que aparecen citados en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 32/2021, las siguientes: a) simplificación de los contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad de la contratación temporal y adecuada regulación del contrato de formación (*reforma 4*), modernización de la negociación colectiva (*reforma 8*), modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales (*reforma 9*) y establecimiento de un mecanismo de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y apoyo a la transición (*reforma 6*). Fuera del proceso quedaron, así pues, ya desde el inicio, algunos temas clave afectados por la reforma de 2012, cuya relación con los sí incluidos era evidente, como el tratamiento del despido individual desprovisto de causa y sus consecuencias, el régimen procedimental y la fundamentación causal de la movilidad geográfica, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y el despido colectivo o incluso, si se repasa el contenido de las propuestas incluidas en el referido plan en relación con la negociación colectiva, la regulación de la inaplicación parcial del contenido normativo de los convenios colectivos. De allí que se haya llegado a deslizar la

opinión de que la reforma de 2021 ha venido en realidad a consolidar, ya que no su contenido íntegro, al menos sí esos cambios fundamentales puestos en marcha nueve años antes.

No parece, sin embargo, que el juicio sobre la nueva operación reformadora deba ser hecho en función de lo que esa no dice, por notable o revelador que pueda parecer. Antes bien, como es evidente, lo fundamental es lo que esta dice. O más bien regula. Es decir, su contenido. Desde este punto de vista, lo que resulta verdaderamente relevante dentro de ella es la orientación de los cambios que introduce y la nueva línea de política del Derecho que a través de ellos se expresa. Desde este punto de vista, la gran novedad de la reforma de 2021 es que, por primera vez desde la aprobación en 1980 del Estatuto de los Trabajadores, estamos ante una reforma que no se propone afrontar los problemas de nuestro mercado de trabajo, y en particular sus acusados índices de desempleo y dualidad, mediante el incremento de los poderes unilaterales de gestión empresarial y la reducción de la tutela reconocida a los trabajadores a nivel individual y colectivo, como ocurrió de una forma u otra con todas las reformas laborales impulsadas antes, tanto por los gobiernos socialistas como por los populares. Por el contrario, como apunta en su parte inicial la exposición de motivos de la norma que la recoge, se trata de «una reforma laboral que camina en dirección contraria a la que ha sido habitual», en la medida en que tiene en «la recuperación de los derechos laborales y su garantía, junto con el impulso a las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones», sus «principales aportaciones». Por primera vez, pues, los derechos laborales y los límites y condicionamientos que estos introducen a la libertad de gestión de la relación de trabajo por el empresario no son vistos como una traba para la eficiencia de nuestro mercado de trabajo o como una rémora que no hay más remedio que tolerar tratando de limitar lo más posible su impacto sobre dicha libertad, sino con un elemento favorable para la mejora de nuestras relaciones laborales. Y no solamente desde la perspectiva de la tutela de las personas que trabajan, sino de la promoción de un funcionamiento más eficiente de nuestro sistema productivo, como se acierta a apuntar en otros pasajes del texto de fundamentación de la norma. Un auténtico giro copernicano, donde los haya.

Dicho esto, conviene observar que dentro de la reforma de 2021 los cuatro objetivos que han sido mencionados no se sitúan en condiciones de igualdad. Antes bien, tanto desde el punto de vista cuantitativo, que mira al número de medidas introducidas, como cualitativo, que apunta a la importancia de los cambios de los que son portadoras, ocupa un lugar principalísimo el primero de ellos, que aunque presidido dentro del Componente 23 por la eufemística denominación de «simplificación de contratos», se dirige a promover la «generalización del contrato indefinido» y a reforzar la «causalidad de la contratación temporal», como este indica a continuación. Como se ha apuntado en un comentario reciente, el Real Decreto-ley 32/2021 es, esencialmente, una norma dirigida a cambiar las pautas de contratación tradicionalmente aplicadas en España. Es decir, a conseguir que los empresarios españoles contraten a sus trabajadores de otra manera, alejada de la consideración de los contratos de duración determinada como la fórmula ordinaria de vinculación. Este es un «cambio en las prácticas y la propia cultura de las relaciones laborales» que el legislador trata de conseguir, dicho con sus propias palabras, «cambiando las normas que favorecen (la) temporalidad por otras que impulsen la estabilidad en el empleo». En concreto, recuperando la presunción a favor del contrato de trabajo por tiempo indefinido, incrementando las exigencias formales de identificación causal de la temporalidad, suprimiendo el contrato temporal para obra o servicio determinado, rediseñando y ampliando las restantes modalidades contractuales, que comparecen ahora bajo las denominaciones de contrato por circunstancias de la producción y contrato para la sustitución, reduciendo los módulos temporales exigidos la adquisición de fijeza como consecuencia del encadenamiento contractual y extendiendo su aplicación a los supuestos en que este afecta a un mismo puesto de trabajo aunque haya sido ocupado por personas distintas, atribuyendo un rol más incisivo a los convenios colectivos en la reducción de la temporalidad, ampliando y reformulando el papel del contrato fijo-discontinuo y canalizando hacia él la gestión de los problemas relacionados con la falta de continuidad de las contrataciones y subcontratas, ofreciendo una regulación diferenciada a la extinción de los contratos indefinidos adscritos a obra del sector de la construcción, a la que viene asociada una nueva fórmula de cómputo estadístico, incrementando las sanciones administrativas para los casos de fraude en la contratación, creando una cotización adicional para los contratos temporales de duración inferior a 30 días o, por último, reformulando el régimen jurídico de los contratos temporales caracterizados por la

simultánea presencia de una causa formativa, que ahora conforman un único contrato formativo que se subdivide en dos modalidades.

Todo lo que pueda decirse para ponderar la importancia de este cambio de rumbo es poco. Por primera vez de forma clara, al menos desde mediados de los años setenta del pasado siglo, cuando empezó la política de promoción de los contratos de duración determinada no causales como medida de fomento del empleo, la permanencia de la relación de trabajo no es vista como un factor de rigidez que penaliza y desincentiva las decisiones empresariales de creación de empleo, sino como un componente necesario del funcionamiento sano y equilibrado de nuestras relaciones laborales, además de promotor de la eficiencia del tejido empresarial y la mejora del sistema económico en su conjunto. Flexibilidad laboral y estabilidad en el empleo dejan de esta manera, cinco lustros después, de ser consideradas opciones incompatibles, proponiéndose ahora el legislador «hacer compatible la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución», sin que vea en esta afirmación atisbo alguno de contradicción. Esto no tiene por qué llamar la atención. Por lo que se refiere a la determinación de la duración del contrato de trabajo, el principio de estabilidad en el empleo posee una doble alma. De favorecimiento de la permanencia del contrato de trabajo, sin duda. Pero también, aunque esto se ponga de relieve con menos frecuencia, de adecuación de su duración a las necesidades de personal de las empresas, que son las que sirven de fundamento a la existencia de las modalidades de contratación temporal legalmente admitidas. De allí que, en contra de lo que se ha venido sosteniendo machaconamente en las décadas pasadas, no pueda ser considerado un principio rígido, incapaz de ofrecer una respuesta adecuada a esas necesidades. Por el contrario, como he tenido ocasión de destacar en estas mismas páginas, se trata de un principio esencialmente flexible, diseñado precisamente en clave de adaptación de la gestión de personal a los requerimientos del desarrollo de las actividades productivas de las empresas. Por más que, como sucede con la mayor parte de las soluciones postuladas por el Derecho del Trabajo, recurra para conseguir ese resultado a la introducción de una regulación de naturaleza causal, dirigida a contemplar de manera objetiva la atención de esas necesidades, en vez de abandonar la cuestión a la voluntad unilateral del empresario o bilateral de las partes del contrato de trabajo.

Frente a lo anterior, los demás objetivos perseguidos por el Real Decreto-ley 32/2021, así como las medidas adoptadas para ponerlos en práctica, poseen una relevancia menor, tanto desde el punto de cualitativo como cuantitativo. Sin que esto suponga, por supuesto, negar su importancia y potencial impacto. Así, el objetivo de «modernización de la negociación colectiva» con el fin de conseguir la «vertebración de un sistema de relaciones laborales equilibrado» y que «la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos», en palabras de la exposición de motivos, se trata de alcanzar mediante la eliminación de la preferencia aplicativa de los convenios de empresa sobre los de sector en lo relativo al salario base y los complementos salariales, dejándola vigente para las restantes materias previstas por la norma, y la recuperación la regla que aseguraba la vigencia ultraactiva de todos los convenios denunciados y vencidos salvo pacto en contrario, ya recogida por un volumen importante de estos últimos. Otro tanto ocurre con el objetivo de «modernización de la contratación y subcontratación de obras y servicios», «evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales», siempre de acuerdo con lo indicado por el propio legislador, que se concreta en la consideración del convenio colectivo del «sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata» como el «convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas», recogiendo con este propósito las más recientes tesis jurisprudenciales y la experiencia de la legislación sobre contratación del sector público. Mientras que, por último, el objetivo de «establecimiento un mecanismo de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y apoyo a la transición», que se encamina a la creación de un instrumento permanente «que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo», encuentra plasmación por dos vías complementarias, ambas inspiradas en la exitosa experiencia de preservación del empleo y evitación de los despidos y las extinciones contractuales durante la crisis sanitaria, como son la reforma de la regulación de los expedientes de regulación temporal de empleo, con el fin de hacerla más ágil, flexible y adaptada a las nuevas

situaciones que la experiencia demostrado que pueden producirse, y la creación del denominado «Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo», susceptible de ser activado por el Consejo de Ministros ante situaciones excepcionales de crisis económica o cambios que generen necesidades de recualificación y procesos de transición profesional a nivel sectorial.

Todos los apuntados son objetivos plausibles, claramente en coherencia con la orientación general neoguarantista que inspira la reforma. No pudiendo, además, ninguna de las medidas enunciadas ser calificada como regresiva o promotora de una minoración de la tutela reconocida a los trabajadores por la normativa precedente. Antes bien al contrario. No puede dejar de observarse en este balance, de todas formas, que el método de elaboración de la reforma, con todas sus ventajas desde otras perspectivas, no solo ha situado su contenido dentro del espacio de lo tolerado por la concertación social tripartita, y en particular por el sector empresarial, cuya anuencia era el objetivo político de fondo a alcanzar, como dejó apuntado en estas páginas nuestro Director, sino que lo ha hecho a través de textos normativos de muy compleja construcción y aún más difícil interpretación, fruto de la consecución de un difícil equilibrio entre posiciones contrapuestas a través de la realización de concesiones recíprocas antes que de una búsqueda racional de soluciones coherentes con una idea de partida o un determinado modelo de regulación. De allí que los cambios introducidos, en especial en Título I del Estatuto de los Trabajadores, no siempre reflejen con toda la fidelidad, intensidad y claridad que hubieran sido deseables los propósitos perseguidos por la reforma, así como las intenciones iniciales impulsores. Y se vean acompañados, además, de excepciones y contrapartidas que matizan en más de un caso su potencial efectividad o llegan incluso a ponerla en cuestión. Además de dificultar su interpretación y aplicación, claro está.

Piénsese, por ejemplo, en la inclusión de las necesidades ocasionales pero previsibles de personal que tengan una duración de hasta noventa días no continuados dentro de los supuestos habilitantes de la celebración de un contrato temporal por circunstancias de la producción, que no solo suscita dudas en torno a su carácter causal, sino que está en condiciones de circunscribir el nuevo contrato fijo-discontinuo a la atención de los trabajos intermitentes o estacionales que tengan una duración superior, abriendo un peligroso espacio para que el recién suprimido contrato temporal para obra o servicio determinado, cual nuevo Cid Campeador, pueda continuar ganando batallas después de muerto. Algo parecido puede decirse en relación con la retirada del salario base y los complementos salariales del listado de materias sobre las que se reconoce prioridad aplicativa a los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales, con el consiguiente mantenimiento de las demás, incluyendo algunas de indudable repercusión salarial, que no parece suficiente por sí misma para evitar en toda su dimensión la devaluación salarial asociada al empleo de esos convenios, máxime cuando se mantiene la regla general que conduce a la aplicación preferente de los convenios de empresa, incluso cuando incluyan salarios inferiores a los previstos por el convenio de sector, siempre que sean anteriores a este. Lo propio puede afirmarse, en fin, por no extender este listado, respecto de la aplicación a los trabajadores de las contratadas y subcontratadas del convenio sectorial de la actividad desarrollada por estas últimas, que no solo deja de lado la pretendida aplicación a estos del convenio de la empresa principal, como recogían propuestas anteriores y resultaría necesario para prevenir el uso en clave degradatoria de las condiciones de trabajo de estas fórmulas de organización empresarial, sino que lo hace sin garantizar de manera plena la aplicación de dicho convenio, en la medida en que la regla que la consagra es una subsidiaria de segundo grado, capaz de ceder tanto ante la existencia de otro convenio de sector que resulte aplicable conforme al Título III del Estatuto de los Trabajadores como cuando la contratista o subcontratista cuenten con un convenio propio. En realidad, solo las regulaciones del contrato formativo, de los expedientes de regulación temporal de empleo y del Mecanismo RED parecen reflejar en toda su amplitud una visión compartida y un convencimiento pleno de sus ventajas por parte de todos los participantes en el proceso de negociación. Lo cual les ha permitido dotarlas de una claridad y una coherencia interna que no se aprecia con la misma intensidad en los demás elementos de la reforma.

Llegados a este punto, la cuestión es, por supuesto, cómo dotar de estos mismos atributos a los sin duda valiosos, pero también contradictorios y susceptibles de dar lugar a múltiples dudas interpretativas y conflictos de aplicación, materiales normativos aportados por la reforma de 2021, con el fin de que esta pueda desplegar sus

efectos sobre el mercado de trabajo español de manera coherente con sus objetivos de fondo y con el menor grado de incertidumbre posible. Esta es una tarea que, como se dejó dicho al inicio, una vez aprobada la norma, se encuentra en manos de los intérpretes, los jueces y la negociación colectiva. Y que debe empezar por un debate doctrinal sosegado y profundo sobre sus alcances y sus límites. Este es el propósito que anima el presente número de *Trabajo y Derecho*, monográfico sobre la reforma laboral de 2021 desde el punto de vista material, en el que se dan cita muy destacados especialistas de nuestra doctrina para realizar un balance crítico de los cambios introducidos en las cuatro grandes áreas de impacto de la misma: la reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad (*Enrique Cabero Morán*), el impacto de la reforma en la prestación de trabajo en contratadas y subcontratadas (*Ana de la Puebla Pinilla*), el mecanismo RED como marco estable para preservar el empleo (*Juan José Fernández Domínguez*) y la reordenación de los salarios en la negociación colectiva (*Jesús Lahera Forteza*). Estamos convencidos de que este esfuerzo, por el que expresamos nuestra gratitud profunda a los autores, será de gran interés y utilidad para nuestros lectores.

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

Subdirector