

La nueva Reforma Laboral 2021

Incluye



Papel

Digital

■ CISS



Director

Eduardo Ortega Figueiral

La nueva Reforma Laboral 2021

Director

Eduardo Ortega Figueiral

© Autores, 2022

© Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Wolters Kluwer Legal & Regulatory España

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Abril 2022

Depósito Legal: M-8122-2022

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-9954-751-0

ISBN versión electrónica: 978-84-9954-752-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER LEGAL & REGULATORY ESPAÑA se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

I. INTRODUCCIÓN

«Flexiguridad»

*Flexibilidad: Del latín *flexibilitas*, -atis.*

*Seguridad: Del latín *securitas*, -atis.*

El concepto de «flexiguridad» o «flexiseguridad» fue debatido por vez primera a principios del año 2006, en Austria y en la actualidad se encuentra ampliamente instaurado en los países nórdicos. Este concepto puede definirse como una estrategia integrada destinada a mejorar, al mismo tiempo, (i) la flexibilidad del mercado laboral, de la organización del trabajo y de las relaciones laborales, y; (ii) la seguridad del empleo y de los ingresos de las personas trabajadoras.

El principio de flexiguridad se articula en torno a cuatro componentes básicos o principales, que forman un conjunto equilibrado. Concretamente:

— Disposiciones/modalidades contractuales flexibles y fiables (desde la perspectiva del empleador y del empleado), a través de una legislación laboral, convenios colectivos y organización del trabajo moderna.

— Estrategias globales de aprendizaje permanente, con el objetivo de garantizar la adaptabilidad y la empleabilidad continuas de las personas trabajadoras, en particular de los más vulnerables.

— Políticas activas del mercado del trabajo eficaces que ayuden a las personas trabajadoras a hacer frente a los rápidos cambios, a reducir los períodos de desempleo y a facilitar la transición a nuevos puestos de trabajo.

— Sistemas de Seguridad Social modernos que ofrezcan ayudas económicas adecuadas, fomenten el empleo y faciliten la movilidad del mercado de trabajo⁽¹⁾.

(1) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones – Hacia los principios comunes de la

Así las cosas, y aunque la flexiguridad ya figuraba en anteriores reformas laborales en nuestro país —por ejemplo, la derivada del Real Decreto-Ley 3/2012—, lo cierto es que este concepto resume perfectamente cuál es la intención del legislador con la denominada «*reforma 6*» —tal y como se establece en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre de 2021, en relación con «... *el establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización del empleo...*»— o, como abordaba la nota de prensa del propio Gobierno de presentación de esta norma, la «... *puesta en marcha de los nuevos mecanismos para favorecer la flexibilidad interna en las empresas, fomentando la continuidad de las relaciones laborales estables, evitando el tránsito por el desempleo, lo que beneficia a trabajadores y empresas.*»

Y es que entiende, el legislador, y lo comparte quien suscribe, que existen en el mercado laboral español, importantes «... *distorsiones relativas a un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización...*» y, por lo que aquí nos interesa, debido a una insuficiente utilización de los mecanismos de flexibilidad interna como medidas de adaptación; alternativas —que entiende y entendemos— más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal. En definitiva, lo que se pretende es potenciar los mecanismos de flexibilidad interna *versus* —o en detrimento de— los mecanismos de flexibilidad externa, en otras palabras; fomentar las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (en adelante, ERTE) o los novedosos Mecanismos RED, frente a los ERE (Expedientes de Regulación de Empleo, despidos colectivos o despidos objetivos individuales).

¿Y, cómo pretende, el legislador, potenciar estos mecanismos de flexibilidad interna? Pues, precisamente, aprovechando los mecanismos ya utilizados en la reciente experiencia vivida por la crisis sanitaria y económica derivada de la pandemia ocasionada por la COVID-19. Es decir, a través de los ya citados Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y con un nuevo *Mecanismo RED* que, ya avanzamos, otorga las mismas posibilidades que los ERTE «tradicionales» (reducir la jornada o suspender el contrato).

Ciertamente, se tiene que reconocer que los ERTE han mostrado su eficacia a la hora de evitar la destrucción masiva de empleo que ha caracterizado anteriores crisis —por ejemplo, la económica del 2008—, revelándose

flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad [SEC(2007) 861] {SEC(2007) 862}.

como un instrumento muy positivo, tal y como se desarrolla en la Exposición de Motivos del propio Real Decreto-Ley 32/2021, tanto en términos de «... *desacoplamiento de la evolución del PIB con el empleo, como en la estabilidad de las relaciones laborales, en el mantenimiento del tejido productivo y del capital humano y, finalmente, también en las inferiores tasas de desempleo...*» (aunque, como veremos, con algo de «trampa» —si se nos permite la expresión— en lo que respecta esta última afirmación⁽²⁾).

Por todo lo anterior, con esta nueva reforma de nuestro ordenamiento, el legislador quiere avanzar —y avanza— en la implementación y consolidación de estos ERTE, hasta ahora extraordinarios —reiteramos, utilizado por la crisis vinculada a la pandemia ocasionada por la COVID-19—, hacía unos mecanismos más estables y de utilización recurrente, con la adición de un nuevo Mecanismo RED. Su objetivo fundamental es que puedan *garantizar un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica*. Para ello, estos ERTE y/o Mecanismo RED se apoyarán, fundamentalmente, en dos axiomas:

— Por un lado, en la formación y en la recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo así, en el capital humano del país. Y es que, ciertamente, con el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico en muchos de los sectores, es necesario invertir en formación y recualificación para que las personas trabajadoras puedan disponer de las capacidades necesarias para poder ocupar los puestos de trabajo de calidad que se están creando en nuestro ámbito (y más que se crearán en el futuro con teniendo en cuenta la sociedad tan —rápidamente— cambiante), todo en aras de intentar mantener una mayor empleabilidad de todas las personas trabajadoras.

(2) Y es que hay que señalar que la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-Ley 32/2021 dispone que las personas afectadas por los ERTE y/o Mecanismo RED computaran como ocupadas a efectos estadísticos, ergo, claro está, así sí que se reducirá —estadísticamente— la tasa de desempleo. Aun así, a su favor, cabe indicar que el Instituto Nacional de Estadística justificaba tal inclusión ya en su presentación de la «Encuesta de Población Activa – tercer trimestre de 2021», defendiendo que «La consideración de los trabajadores afectados por ERTE en la EPA es acorde con las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de la Oficina Estadística de la Unión Europea (EUROSTAT). En concreto, según las especificaciones de Eurostat para el caso de los ERTE en 2020, los suspendidos de empleo se clasifican como ocupados cuando existe una garantía de reincorporación al puesto de trabajo, una vez finalizado el periodo de suspensión. Una serie de Reales Decretos publicados durante la pandemia establece dicha garantía. Por su parte, los trabajadores afectados por un ERTE con reducción de jornada son ocupados, reflejándose dicha reducción en las horas de trabajo realizadas».

— Por otro lado, en lo que respecta a las empresas, apoyándose sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social, esto es, incentivándose o fomentándose el uso de estos mecanismos de flexibilidad interna en base a las bonificaciones a la seguridad social⁽³⁾.

Nada que no conozcamos de los ERTE vividos por y como consecuencia de la COVID-19.

Junto con estos ERTE, además, como decíamos, se crea un nuevo mecanismo; el Mecanismo RED, que pretende *atender a las necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial que justifiquen la adopción de medidas de ajuste y protección temporal, así como inversiones de carácter público*⁽⁴⁾.

Expuesto lo precedente, a modo de introducción, prólogo o preámbulo de este capítulo, antes de entrar a analizar a fondo la reforma del artículo 47 y el novedoso artículo 47 bis, es necesario valorar un artículo del Estatuto de los Trabajadores que, a pesar de que no se ha modificado con el Real Decreto-Ley 32/2021, es de vital importancia en relación con esta flexibilidad interna que venimos comentando. Efectivamente, nos estamos refiriendo al artículo 41 del vigente Estatuto de los Trabajadores, que pasamos a comentar a continuación.

II. ARTÍCULO 41 ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES. MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: EN QUÉ TÉRMINOS SE MANTIENE Y ASPECTOS A DESTACAR

Ya de entrada debemos indicar que el artículo 41 del Estatuto se mantiene intacto con respecto a la previa redacción otorgada por la reforma de 2012. Esta sería la idea fundamental con la que nos deberíamos quedar. Por lo tanto, no sufre variación alguna en lo que respecta a la redacción precedente.

Y es que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo fue uno de los aspectos capitales de la reforma laboral del 2012 —la impuesta por el Gobierno del PP vía Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero—, que otorgó, a la parte empresarial, la última palabra en la negociación y decisión

(3) Disposición Trigésima novena se establecen estos beneficios en la cotización a la Seguridad Social, que serán analizados más adelante (*d. Normas comunes a los ERTE y Mecanismo RED*).

(4) Ya avanzamos que la adopción y aplicación del Mecanismo Red vendrá necesariamente precedida por la declaración de tal circunstancia mediante acuerdo del Consejo de Ministros.

de tales modificaciones, esto es, en otras palabras, fue aquella reforma la que desequilibró la balanza negociadora —en lo que respecta las MSCT— a favor de las empresas. Obviamente con posterior revisión jurisdiccional, en caso de reclamación por parte de la persona trabajadora, de la medida propuesta o impuesta. Y es que las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo afectan a todas las empresas en nuestro país, ya sean pequeñas, medianas o grandes. Cambios en los horarios, en el sistema de turnos, en el régimen retributivo y variaciones análogas son, por así decirlo, el día a día de nuestras relaciones laborales y todo ello con el fin u objetivo de adaptarse a las circunstancias concurrentes de la misma.

Pues bien, a tenor de lo expuesto, como decíamos, es importante tomar conciencia de la importancia de que este artículo permanezca inalterado, pues garantiza, de este modo, una salida para las empresas para que puedan adaptarse —o tratar de adaptarse— a las situaciones o contingencias económicas, técnicas, organizativas y/o productivas que atraviesen en un momento determinado y que requieren de una adaptación o de una variación. «Oxígeno puro», si nos lo permiten, vista la —quizás— demasiada rigidez de algunos aspectos de la reforma que venimos comentando en esta obra.

De hecho, lo cierto es que este artículo 41 o, mejor dicho, el mantenimiento del redactado de este artículo ha sido clave para alcanzar el consenso de esta reforma entre patronal y sindicatos —y Gobierno—. No nos equivocamos al destacar que la patronal cedió en lo que respecta a la prevalencia del convenio colectivo sectorial frente el convenio de empresa⁽⁵⁾, a cambio de que los sindicatos cedieran en su voluntad de modificar el indicado artículo 41, así como la movilidad geográfica o, incluso, como hemos comentado, en lo que respecta el descuelgue o inaplicación del convenio colectivo concurriendo causas justificativas como las apuntadas anteriormente.

Así las cosas, es fundamental que la patronal y, por ende, las empresas de nuestro país hayan conseguido mantener intacta la potestad de modificar la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial, el sistema de trabajo y rendimiento y/o las funciones, siempre y cuando, obviamente, claro está, se puedan acreditar causas justificativas —económicas, técnicas, organizativas y/o productivas— de tal decisión. Esta sí es una gran medida de flexibilidad interna que permite a las empresas «autoorganizarse»

(5) Según expuesto en el capítulo anterior (3), prevalencia del convenio colectivo sectorial únicamente en materia salarial y de jornada.

en caso de necesidad real y objetiva. Esta es la verdadera flexibilidad interna necesaria.

Finalmente, siguiendo en esta misma línea y no menos importante, se mantiene también un aspecto relevante en este ámbito que se pretendía modificar por parte del Gobierno y sindicatos. Nos estamos refiriendo a los legitimados, en representación de los trabajadores, para negociar en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo colectivas. Efectivamente, y como es sabido, en caso de modificación colectiva, se exige una negociación/período de consultas con la representación legal de los trabajadores y, en el caso de que no existiera, se pretendía —por el Gobierno y sindicatos— que fueran los sindicatos más representativos los que tuvieran esa legitimación para negociar estas cuestiones de tal modo que, a partir de esta inclusión, pudieran penetrar y, posteriormente, permanecer en estas pequeñas y medianas empresas donde, habitualmente, la existencia de comités de empresa o delegados de personal es residual o menor en comparación con las grandes empresas. Pues bien, como apuntábamos, finalmente esta pretensión no ha prosperado y la empresa, en caso de no contar con representación legal de los trabajadores en el centro o centros de trabajo donde pretende aplicar esas modificaciones, podrá —seguir— negociando tales variaciones sustanciales de condiciones de trabajo colectivas con una comisión «*ad hoc*»⁽⁶⁾ elegida entre sus propios empleados.

A modo de conclusión, pues: una evidente y significativa «victoria» para las empresas que mantienen intacta no únicamente la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo según las circunstancias concretas de cada momento —flexibilidad interna—, sino también la posibilidad de seguir negociando —en caso de modificación colectiva— con las personas trabajadoras de la empresa que son las que, realmente, se verán afectadas por estos cambios sustanciales y las que, realmente, conocen, de primera mano, la situación y contexto de sus empresas.

III. POTENCIACIÓN DE LA FIGURA DE LOS ERTE (EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO) FRENTE A LOS ERE (EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO)

Como veníamos indicando en el preámbulo de este capítulo, el legislador pretende impulsar la creación del empleo —preferiblemente indefinido— y,

(6) Según la Real Academia Española, *ad hoc*: Loc. lat.; literalmente 'para esto'. (1) Expresión utilizada para referirse a lo que se dice o hace solo para un fin determinado. (2) Adecuado, apropiado, dispuesto especialmente para un fin.

Acceso online a Biblioteca Digital smarteca:
consulte página inicial de esta obra



Papel

Digital

El pasado 30 de diciembre de 2021 se publicó en el BOE el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Esta monografía analiza los aspectos más importantes de esta nueva y relevante modificación de nuestro ordenamiento laboral, desde una vertiente eminentemente práctica y ágil.

Del tan manido eslogan «derogaremos la reforma laboral de 2012», se pasó al «eliminaremos los aspectos más lesivos de la anterior reforma del Partido Popular» para, finalmente, terminar acometiendo una reforma «de ajustes» que podríamos calificar en algunos aspectos —p.ej.: contratación temporal— como sustancial pero en absoluto de máximos como parecía querer plantearse desde su inicio. Es lo que tiene buscar y encontrar un consenso. Y eso siempre es positivo.

Si tuviéramos que destacar los tres ejes básicos sobre los que pivota el Real Decreto-Ley que es objeto de análisis en esta monografía, serían los siguientes:

- Reordenación de las modalidades contractuales: generalización de la relación indefinida y simplificación de la contratación temporal.
- Modificaciones en el ámbito de la negociación colectiva: retorna la prevalencia del convenio sectorial, frente al de empresa, en el ámbito salarial.
- Medidas de flexibilidad interna: potenciación de los ERTE frente a medidas de carácter extintivo.

ISBN: 978-84-9954-751-0



9

788499

547510



3652K61473



ER-0280/2005



GA-3005/0100