

La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Autónoma de Barcelona (España)

erojotorrecilla@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-7840-6532>

Extracto

La reforma laboral operada por el Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, ha introducido importantes modificaciones en la normativa antes vigente, en especial en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Ley general de la Seguridad Social y Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, para regular los derechos de las personas trabajadoras. En el presente artículo son objeto de análisis tres de los contenidos más importantes: la negociación colectiva, las medidas de flexibilidad interna (reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo) y la subcontratación. En cada apartado se destacan aquellos aspectos de mayor interés para comprender la importancia real del cambio legislativo y se incorporan las valoraciones propias y las más recientes aportaciones doctrinales.

Palabras clave: reforma laboral; derechos; acuerdo social; real decreto-ley; Gobierno; negociación; flexibilidad; sindicatos; empleadores.

Fecha de entrada: 30-01-2022 / Fecha de aceptación: 31-01-2022

Cómo citar: Rojo Torrecilla, E. (2022). La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 77-117.



The labour reform of 2021. Collective bargaining, internal flexibility and subcontracting

Eduardo Rojo Torrecilla

Abstract

The labour reform introduced by Royal Decree-Law 32/2021, of 28 December, has introduced important amendments to the legislation previously in force, in particular to the Workers' Statute Law, the General Social Security Law and the Law on Offences and Penalties in the Social Order, in order to regulate the rights of workers. This article analyses three of the most important aspects: collective bargaining, internal flexibility measures (reduction of working hours and suspension of employment contracts) and subcontracting. In each section we highlight those aspects of greatest interest for understanding the real importance of the legislative change and incorporate our own assessments and the most recent doctrinal contributions.

Keywords: labour reform; rights; social agreement; royal decree-law; Government; negotiation; flexibility; unions; employers.

Citation: Rojo Torrecilla, E. (2022). The labour reform of 2021. Collective bargaining, internal flexibility and subcontracting. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 467, 77-117.



Sumario

1. Introducción
 - 1.1. Reflexiones generales previas
 - 1.2. Distintas valoraciones de la reforma
 - 1.3. Análisis de la exposición de motivos
 - 1.4. Las omisiones
 2. Examen de las disposiciones adicionales, derogatoria, transitorias y finales
 3. Subcontratación
 - 3.1. Las propuestas anteriores a la reforma
 - 3.2. La nueva redacción del artículo 42.6 del ET
 4. La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. ERTE y nuevo Mecanismo RED
 - 4.1. La tipología de la flexibilidad
 - 4.2. Una visión conjunta de la reforma de los mecanismos de flexibilidad interna
 - 4.3. El renovado artículo 47 del ET
 - 4.4. El Mecanismo RED
 5. La restricción de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad
 - 5.1. El marco general de la modificación
 - 5.2. La desaparición de la rebaja salarial
 - 5.3. La recuperación de la ultraactividad
 6. Recapitulación final
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

1.1. Reflexiones generales previas

Los agentes sociales (CC. OO., UGT, CEOE y CEPYME) alcanzaron un importante acuerdo el 22 de diciembre en la mesa del diálogo social sobre la reforma del mercado de trabajo. En el tránsito de dicho acuerdo a la aprobación por el Consejo de Ministros el 28 de diciembre del Real Decreto-Ley (RDL) 32/2021 y la publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 30, con entrada en vigor el 31, se incorporaron algunos preceptos, de especial importancia para el sector público, y se produjo una modificación de la entrada en vigor de algunos de sus preceptos que no se contemplaba en el texto del acuerdo, y que se refiere fundamentalmente a una *vacatio legis* de 3 meses para la entrada en vigor de las modificaciones operadas en el nuevo contrato formativo y en la contratación temporal estructural, así como también de la derogación de las disposiciones adicionales decimoquinta, decimosexta y vigésima primera de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se justifica esta *vacatio legis*, algo que demuestra el buen conocimiento que el legislador tiene del tiempo que es necesario para el conocimiento de la norma, y no solo de su mera lectura, por la necesidad de posibilitar «junto con el conocimiento material de la norma, la adopción de las medidas de gestión imprescindibles para su aplicación, además de constituir una exigencia básica del principio de seguridad jurídica».

Toca ponerse manos a la obra, es decir, delante del ordenador y proceder al estudio de la norma aprobada por el Consejo de Ministros, que lleva por título «Medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo», centrandó este estudio en cuestiones tan importantes como la regulación de la subcontratación, las medidas de flexibilidad interna de reducción de la jornada de trabajo y suspensión de la relación contractual, y la ordenación y articulación de la negociación colectiva y la vigencia de los convenios denunciados. Todo ello, tras unas reflexiones introductorias y prestar atención a las disposiciones adicionales, derogatoria, transitorias y finales. Es decir, el eje central de la reforma es el ET, pero todas las reformas y modificaciones están estrechamente vinculadas con las que se llevan a cabo en diversos preceptos de otras normas especialmente importantes, como son la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) y la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISOS).

Se trata, pues, de analizar la reforma de 2021, acordada por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas como primera, y muy importante,

seña de identidad que la diferencia de las dos anteriores¹. Ahora bien, un estudio, examen, análisis y crítica, en su caso, de la reforma, tanto de su contenido como de sus omisiones, requiere previamente, así me lo parece, de una reflexión general previa, en la que el autor manifieste su punto de vista global sobre esta y apunte cuáles son sus fortalezas y, en su caso, también las debilidades. Tarea que debe ser realizada a partir de la lectura de la exposición de motivos y de todo el texto articulado, prestando especial atención, como ya es habitual en toda norma de contenido laboral, a las disposiciones adicionales, transitorias, derogatoria y finales.

Dicho de otra forma, es una valoración que se hace partiendo del texto publicado en el BOE, si bien no conviene olvidar en modo alguno el conocimiento que se pueda tener de cómo han ido desarrollándose las negociaciones y de los distintos documentos o borradores de trabajo con los que las partes negociadoras han ido trabajando durante el proceso negociador.

Mi valoración es globalmente positiva por lo que supone de mirar hacia un futuro laboral en el que la flexibilidad interna y las políticas formativas puedan, deban, ser el eje central del cambio productivo tan necesario para nuestra economía, con puestos de trabajo estables y con salarios dignos, y todo ello logrado a través de una negociación colectiva que sitúe a los agentes sociales como piezas básicas de ese nuevo modelo, algo para lo que, dicho sea con toda claridad, se requerirá un especial proceso formativo de los cuadros y dirigentes sindicales para conducir la negociación hacia cuestiones relevantes de la organización de trabajo basada en el cambio tecnológico y su repercusión cada vez más impactante en el ámbito laboral². Si bien no puede faltar tampoco lamentar que algunas temáticas relevantes

¹ Así lo ha destacado el que fuera ministro de Trabajo y Seguridad Social durante la última etapa del segundo Gobierno socialista presidido por José Luis Rodríguez Zapatero, Valeriano Gómez:

Lo importante en la reforma laboral actual no es cuánto permanece de la reforma laboral de 2012 y cuánto resulta transformado. Desde el momento en que el Gobierno abrió la posibilidad de someter al diálogo social su agenda laboral, estaba anunciando en realidad su voluntad de diseñar un nuevo marco fruto del acuerdo en el que era evidente que podrían permanecer algunas de las materias que configuraron la reforma de 2012. Sin embargo, la diferencia es que ahora el resultado es fruto del acuerdo, y ese resultado resuelve una situación que en 2012 había alterado profundamente el equilibrio en las relaciones laborales (Gómez Sánchez, 2022).

² La misma valoración positiva, con independencia de los distintos matices que se encuentran en cada aportación, ha sido la realizada por la mayor parte de la doctrina laboralista (textos consultados el 27 de enero).

Antonio Baylos realiza muy especialmente la importancia de la negociación colectiva como eje vertebrador de las relaciones laborales, sin olvidar, pero tampoco sin elevar a los altares, la regulación legal y las aportaciones jurisprudenciales (Baylos Grau, 2022).

Wilfredo Sanguinetti, que no desconoce ciertamente los problemas de índole interpretativa y aplicativa que plantean algunos preceptos del texto, y que no olvida tampoco que se han quedado por el camino

para el logro de una mayor estabilidad en el empleo se hayan quedado fuera de la reforma, aun cuando es cierto que la potenciación de la flexibilidad interna puede indudablemente devaluar en la práctica la importancia de tales lagunas u omisiones.

materias necesarias de actualización/revisión, destaca la recuperación de derechos y la voluntad de las partes negociadoras, muy especialmente del Ministerio de Trabajo y Economía Social (MITES), de aprobar reformas garantistas (Sanguinetti Raymond, 2022).

Joaquín Aparicio enfatiza que:

[...] es un auténtico cambio de dirección en la dinámica histórica por la que desde hace años venía discurriendo nuestra legislación laboral. Ahora hay avances reales en la posición de las personas trabajadoras en la relación de trabajo que adquieren derechos que las protegen, lo que es ir a lo que es la esencia del derecho del trabajo, desdibujada en los últimos tiempos (Aparicio Tovar, 2022).

Jesús Cruz expone que esta nueva reforma:

[...] actuando sobre unas pocas piezas claves, puede tener suficiente impacto como para eliminar ciertas desviaciones perversas y al tiempo construir un modelo más equilibrado. Ello, además, se produce en un contexto favorecedor de su impacto real, siendo determinante cómo se implemente por sus actores principales. Un importante consenso respecto de los efectos perniciosos de ciertas prácticas laborales, una jurisprudencia que últimamente ha corregido algunos efectos negativos, un acuerdo de concertación que facilita su aplicación, así como una posición favorable desde Europa, se presentan como elementos decisivos para que esta reforma pueda tener efecto real y estabilidad temporal (Cruz Villalón, 2021).

Jesús Mercader y Ana de la Puebla destacan que el que se haya conseguido un punto de equilibrio entre los responsables políticos, el Gobierno en suma y los agentes sociales, «en un contexto tan difícil como el actual, es un mérito incuestionable que no solo ayuda a nuestro debilitado mercado de trabajo, sino que fortalece nuestro entero sistema democrático» (Mercader Uguina y De la Puebla Pinilla, 2021).

María Emilia Casas resalta que la importancia de la reforma radica en primer lugar en que es fruto de un acuerdo en el marco del diálogo social, que siempre es una garantía de una mayor efectividad en su aplicación, y por lo que respecta a cuestiones más concretas, subraya que la reforma «fortalece y amplía los mecanismos de flexibilidad interna como alternativa al despido», así como también que la reforma avanza en «la lucha contra el excesivo uso de la temporalidad y la mejora de la calidad del empleo» (Casas Baamonde, 2021).

Tomás Sala hace constar que el éxito de la reforma «consiste precisamente en haber sido fruto del acuerdo en el marco del diálogo social, en una situación política y económica ciertamente bastante difícil para el logro de acuerdos», y que su real importancia «no reside solamente en la ley sino, sobre todo, en la negociación colectiva, matizando donde haya que matizar en función de los sectores y subsectores de actividad y de las empresas, mediante su efectivo enriquecimiento» (Sala Franco, 2021).

Miguel Rodríguez-Piñero Royo considera «un gran éxito para estos [los agentes sociales], para el Gobierno y para el país en su conjunto», entrando en el debate de si hay derogación o no de la reforma de 2012 para concluir que la famosa «derogación» solo es cierta en parte, y que el resultado final es el resultado lógico de un complejo proceso negociador con cesiones por todas las partes (Rodríguez-Piñero Royo, 2021b).

1.2. Distintas valoraciones de la reforma

Hay diferentes formas de acercarse a una reforma laboral, y ello es claramente perceptible en los muchos y variados análisis y comentarios que se han efectuado desde que se conociera el texto del acuerdo alcanzado el 22 de diciembre y más adelante del RDL 32/2021.

La primera manera de acercarse es la de efectuar una valoración global de su contenido, poniendo el acento en lo que puede implicar de cara al futuro, y subrayando sus aspectos positivos o negativos, obviamente desde la perspectiva de aquella persona que la realiza. Valoración que debe efectuarse partiendo lógicamente del nuevo marco normativo, si bien, insisto, desde una perspectiva global.

Una segunda forma de acercarse a la reforma es la más propiamente jurídica y que, sin ser en modo alguno incompatible con la anterior sino lo contrario, consiste en el examen detallado de las modificaciones operadas en las distintas normas y de la importancia que se les conceda con respecto a qué implican de cara al futuro de las relaciones de trabajo. Método de análisis que lógicamente hay que seguir cuando se analicen las modificaciones concretas operadas.

Hay una tercera, y esta no es en puridad de valoración de la reforma, aunque ciertamente también se proceda a esta durante la explicación: es la de efectuar una valoración muy positiva y dejando de lado todo aquello que no interesa recordar que se ha dejado en el camino, o bien de contrario una valoración muy negativa por todo aquello que no ha recogido y que olvida, justamente, todo aquello que se ha conseguido.

Aunque, a fuer de ser sinceros, hay una más, y tiene una finalidad claramente destructiva, a mi parecer: la basada en «titulares de impacto» en los que ya queda muy claro, según el parecer del autor o la autora, que no hay reforma alguna y que para los cambios que se han introducido no era necesario ni el acuerdo ni los meses de negociación, despreciando deliberadamente todo aquello que se ha gestado en la mesa negociadora y el esfuerzo de las partes, desde posiciones inicialmente muy contrapuestas, para llegar a un acuerdo.

¿Qué es lo que procede en esta introducción? Pues ciertamente una valoración global, efectuada a partir de la lectura de la exposición de motivos y del texto articulado. Y para comparar la importancia de esta reforma desde la perspectiva de fortalecimiento de la vía negociada y de la mejora/recuperación de algunos derechos sobre estabilidad en el empleo, y por supuesto de cuál es el objetivo de cara a la transformación de las relaciones de trabajo, sugiero que se compare con exhaustividad el texto de la exposición de motivos de la reforma de 2012 y de la operada en 2021, antes de pasar al examen del texto articulado, y se comprobará la disparidad radical de planteamiento en una y otra.

1.3. Análisis de la exposición de motivos

La exposición de motivos del RDL 32/2021 es un excelente *mix* de artículo doctrinal sobre los problemas de las relaciones de trabajo en España y las medidas que se han adoptado para hacer frente a los mismos, sustentándose en gran medida en los compromisos adquiridos por España de cara a las instituciones comunitarias en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y más concretamente en su componente 23 dedicado a «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo».

No sorprende, por consiguiente, encontrar una amplia explicación inicial sobre los problemas de la temporalidad y precariedad que existen en nuestro mercado de trabajo y la necesidad de encararlos desde un planteamiento que contribuya a su gradual reducción hasta equipararnos a la media europea, por lo que respecta a la temporalidad, y de una severa corrección por la mejora de la estabilidad en el empleo, por lo que respecta a la precariedad. No se anda con tapujos el legislador al afirmar que la seña de identidad de esta reforma es la de caminar «en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos», subrayando, y así también lo he manifestado por mi parte con anterioridad, la importancia de las medidas (no cosméticas o de mera fachada, sino reales y que interesan a ambas partes de las relaciones laborales) de flexibilidad interna, además de la recuperación de derechos que la reforma de 2012 había devaluado, como mínimo, considerablemente.

Una reforma que apuesta, al igual que se pide por las instituciones y organismos europeos, por un nuevo contrato social que permita hacer compatible «la estabilidad en el empleo con las necesidades de una economía en plena evolución marcadas por las transiciones ecológica y digital»; compatibilidad que trata de conseguirse a través de las modificaciones operadas en cuatro grandes bloques de reforma y que ya habían sido anunciados en el plan remitido a la Comisión Europea, aunque ciertamente la importancia de tales modificaciones es distinta en cuanto a su trascendencia real en función de los cambios incorporados a la normativa anteriormente vigente.

Prestando atención únicamente a la temática abordada en el presente artículo, cabe reseñar en primer lugar la modernización de la contratación y subcontratación de actividades, apostando, con matices, por la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada. A continuación, la regulación de la flexibilidad interna mediante tanto la nueva regulación de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), que incorporan buena parte de las normas dictadas durante la situación de crisis sanitaria y que han permitido el mantenimiento de un importante número de puestos de trabajo, como con la incorporación de un nuevo mecanismo permanente que permita adaptarse a las empresas a los requerimientos que suscite la realidad económica en cada momento, combinando el mantenimiento del empleo con políticas de formación y readaptación del personal, y las exenciones y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social como medida de apoyo para aquel mantenimiento, ya sea mediante la técnica de la reducción de la jornada de trabajo o bien mediante la de

suspensión de la relación contractual por una causa debidamente justificada. Por último, la modernización de la negociación colectiva, con el reequilibrio de la posición negocial y la corrección de algún aspecto importante de la reforma de 2012 cual era la posibilidad de modificar (obviamente a la baja) los salarios pactados en convenios sectoriales por un convenio de empresa³.

Y todas estas medidas, obviamente junto con las restantes que son objeto de estudio en otros artículos de este número de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, de llegar a buen puerto en su aplicación práctica, y no hay duda de que encontrarán muchas piedras y obstáculos en su camino, deberían servir, lo dice con toda claridad el legislador con una manifestación que suscribo plenamente, no solo para proceder a un cambio en las normas, sino también «en las prácticas y la propia cultura de las relaciones laborales», tendentes a corregir los elevados niveles de temporalidad, la escasa apuesta por la formación del personal, unos niveles salariales bajos y un tejido empresarial muy basado en pymes y

³ Margarita Ramos ha puesto en valor la importancia de la modificación operada en dos artículos del ET, y no solo de ellos ciertamente, con una reflexión previa al análisis concreto que me parece de especial interés, cual es que la reforma implica numerosos cambios, que unos son más visibles que otros, y que «algunos de ellos que pueden llegar a tener mayor entidad difícilmente resultan apreciables a primera vista con la sola lectura y contraste formal de los preceptos modificados en la LET en relación con la anterior redacción que presentaban» (Ramos Quintana, 2021).

Ignasi Beltrán de Heredia, en sus valoraciones críticas sobre su impacto en la negociación colectiva (prioridad aplicativa y ultraactividad), pone el acento en la importancia del impacto macroeconómico que puede tener la reforma, ya que «rompe la espiral de devaluación salarial como instrumento para obtener una ventaja competitiva (especialmente, en aquellos sectores de escasa productividad)», siendo su tesis que tal modificación «es probablemente la más relevante de la reforma. Especialmente porque [...] es la que podría tener una proyección macroeconómica más importante» (Beltrán de Heredia Ruiz, 2022).

Francisco Vila pone de relieve que la modificación del artículo 84.2 implica la supresión «del elemento de mayor interés en esta opción que puede seguir realizándose como medida de flexibilidad interna en las empresas para las materias recogidas en el art. 84.2 ET», al mismo tiempo que señala que otros preceptos (arts. 84.1, 82.3, 41 ET) podrían acabar llevando a esa reducción salarial, siempre, a mi parecer, repito, en los márgenes de causalidad fijados por la normativa al respecto (Vila Tierno, 2022).

María del Carmen López Anierte valora positivamente la reforma, poniendo de manifiesto que:

Es loable que el diálogo social haya hecho posible cambiar la tendencia de regresión continua de los derechos laborales producida durante décadas, y que, entre otros logros, haya conseguido restablecer la correlación de fuerzas entre el poder sindical y empresarial existente antes de la reforma de 2012, eliminando la prioridad aplicativa absoluta del convenio de empresa en materia salarial, restableciendo el equilibrio tradicionalmente existente entre la ley y el convenio en la fijación de la estructura negocial, suprimiendo el límite temporal de la ultraactividad, y poniendo fin a la precarización extrema de las condiciones de trabajo en las empresas multiservicios (López Anierte, 2022).

Una valoración bastante más crítica de la reforma en Morales Ortega (2022), sin perjuicio de subrayar por el autor los aspectos que considera positivos de la misma.

micropymes que hace necesario aún más si cabe «asegurar la eficiencia y productividad de las mismas a través de mejoras tecnológicas no asociadas al tamaño de las empresas»⁴.

Estabilidad, mejora de la productividad, avance tecnológico, incremento de los salarios son piezas de un mismo puzzle que necesitan encajar y que se pretenden con la reforma de 2021, y todo ello se concreta de forma muy detallada en el texto de la exposición de motivos como, obviamente, del texto articulado, quedándome la duda en alguna ocasión de si la redacción de aquella se ajusta totalmente al texto articulado al proceder a su explicación; aunque, de lo que no tengo duda alguna es de que la reforma trata de corregir la situación laboral desfavorable que afecta a muchas personas trabajadoras, especialmente jóvenes, y que no sirve precisamente para lograr su inserción estable en el ámbito laboral, además de provocar, y no solo por lo que se refiera a las personas jóvenes, sino a todas las personas trabajadoras afectadas por una elevada temporalidad, un coste económico importante para el erario público por el pago de prestaciones por desempleo.

Por decirlo con las propias palabras del legislador, la reforma laboral trata de corregir, entre otros factores de distorsión de nuestro mercado de trabajo:

Un nivel de rotación laboral muy elevado, con muchas personas, especialmente jóvenes, que están en un flujo continuo entre el desempleo y el trabajo temporal, lo cual resulta ineficiente para las personas trabajadoras, pero también para las empresas, que tienen que pagar indemnizaciones por fin de contrato; y para el sector público, que financia con prestaciones por desempleo este proceso de rotación continua [...],

contribuyendo de esta forma, apostando por la estabilidad en el empleo y la mejora de la formación del personal como premisas previas, a que las empresas «compitan sobre la base de factores como la productividad, la eficiencia y el nivel de formación y de capacitación de la mano de obra, así como de la calidad de sus bienes y servicios y su grado de innovación», conociendo muy bien el legislador que ese es también el objetivo enunciado por la Comisión Europea en su propuesta de Directiva sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.

⁴ Para Jesús Lahera, el éxito de la reforma dependerá de muchos y variados factores, no siendo ni mucho menos poco importantes los que enumera:

[...] la ruptura empresarial con prácticas de rotación laboral, la digitalización de los medios de la Inspección en la lucha contra el fraude, la transformación de las ETT con fijos discontinuos, la capacidad de la negociación colectiva de vincular salarios con productividad, la mejora de los sistemas de formación de los trabajadores o en la mayor utilización por las pymes de herramientas de flexibilidad interna más propicias en las grandes plantillas, sin obviar el factor esencial del crecimiento del empleo (Lahera Forteza, 2021).

Una vez efectuadas las consideraciones generales sobre los objetivos de la reforma, la exposición de motivos va desgranando y concretando las modificaciones que más adelante se recogen en el texto articulado. Baste ahora destacar el intento de evitar que la reducción de los derechos de las personas trabajadoras sea consecuencia de un proceso de externalización de servicios a través de la subcontratación⁵; que los anteriores, renovados ahora, y los nuevos mecanismos de flexibilidad interna se conviertan en un mecanismo permanente que garantice 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, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo, así, en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social⁶; y que la recuperación de la ultraactividad permita un

⁵ Una valoración positiva de la reforma se efectúa por Laurentino J. Dueñas, ya que pretende eliminar la devaluación salarial de la subcontratación (nuevo art. 42.6 ET en relación con el art. 84.2 ET), pudiendo afirmarse que:

[...] una de las modificaciones clave de esta reforma ha sido la subcontratación, que no asume la propuesta radical de irradiar las garantías del art. 42 ET a toda actividad, no solo la propia, pero sí afronta una cuestión de calado: establecer que las condiciones de los trabajadores empleados en contrata y subcontratas serán las fijadas en el convenio sectorial aplicable a la actividad efectivamente desarrollada, que garantizará la igualdad de los trabajadores que presten servicios en la empresa, con independencia de que formen o no parte de la plantilla, sin olvidar que el convenio de la empresa contratista bien pudiera mejorar el sectorial (Dueñas Herrero, 2022).

⁶ Faustino Cavas ha puesto énfasis en la búsqueda y refuerzo de la estabilidad en el empleo que persigue la regulación de los ERTE, calificando la reforma como una «regulación promocional moderna», con combinación adecuada de medidas económicas y formativas que ponen el acento «en la viabilidad de las empresas y en la protección del empleo y del capital humano» (Cavas Martínez, 2022).

María de los Reyes Martínez pone de manifiesto que la reforma pretende «introducir una mayor agilidad en su tramitación y flexibilidad en su aplicación [de los ERTE], afectando a dimensiones de naturaleza procedimental y sancionadora», sin alterar la descripción de las causas que permiten acudir a esta figura jurídica. Y muy correcta considero su afirmación de que las medidas adoptadas pueden ser de mucha utilidad tanto para las empresas como para las personas trabajadoras, y más concretamente para estas «porque no pierden el vínculo con la empresa y permanecen activas y formándose, evitando la incertidumbre y descapitalización que supone el desempleo de larga duración» (Martínez Barroso, 2022).

Un exhaustivo análisis de la renovada flexibilidad interna es el realizado por Juan Carlos Álvarez, que subraya que:

[...] los ERTE pese a la complicación inicial en la gestión, que ha traído de cabeza a los profesionales, se han demostrado eficaces medidas de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo (lo que había sido característica de crisis anteriores, por ejemplo, en la de 2009) (Álvarez Cortés, 2022).

Atención específica al nuevo artículo 47 bis del ET es la que le dedica Jesús Cruz, siendo destacable, a mi parecer, su caracterización de dicho precepto, que a diferencia del artículo 47 que actúa sobre situaciones concretas que afectan a una empresa:

[...] parte de actuar sobre cada empresa a partir de una previa situación más generalizada, global en el ámbito de un sector productivo o general del conjunto de la actividad económica, que es, a la postre, la determinante de la necesidad de adoptar medidas de reestructuración en cada

equilibrio en el proceso negociador⁷, a la par que se evite que el convenio de empresa pueda modificar a la baja los salarios pactados en el ámbito negocial sectorial.

Decía con anterioridad que la reforma no es solo de diversos preceptos del ET, ya que la modificación de estos arrastra necesariamente la de algunos de la LGSS, no siendo desde luego poco importante la que establece un incremento en la cotización respecto a los contratos de duración determinada inferior a 30 días, duración superior a la de 7 días fijada en la normativa anterior. Y, desde luego, no menos importante me parece la reforma de la LISOS, muy en especial por lo que se refiere a la individualización de la infracción y el incremento de la cuantía de la sanción.

1.4. Las omisiones

En fin, aquí quedan estas reflexiones previas e introductorias al examen detenido de las concretas modificaciones operadas por la reforma, desde una valoración globalmente positiva de la misma por plantear una visión de largo alcance sobre la regulación de las relaciones laborales, no siendo casualidad desde luego que el legislador haya titulado el nuevo RDL como uno de medidas urgentes «para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo».

¿Existen omisiones en esta reforma desde la perspectiva de real recuperación de derechos de las personas trabajadoras y de la estabilidad en el empleo? Respondo: sí existen, en efecto, esas omisiones, al menos, a mi parecer, una relevante, cual es la relativa a la modificación sustancial de condiciones de trabajo y el mantenimiento de la última palabra a cargo de la parte empresarial, sin haber introducido un mecanismo de flexibilidad negociada que obligara a la adopción de un acuerdo para que tal modificación fuera posible; también, que siga manteniéndose que no se abonen salarios de tramitación si el despido se declara improcedente, lo que limita considerablemente la posibilidad de accionar contra aquel; o el mantenimiento de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en amplios aspectos del contenido de la relación de trabajo.

empresa, [...] [lo que lleva en definitiva a establecer que el elemento determinante del sobredimensionamiento del empleo empresarial] no se debe a circunstancias intrínsecas y propias de cada empresa, sino [al] contexto general (sectorial o macroeconómico) en el que se desenvuelven estas (Cruz Villalón, 2022b).

⁷ Amparo Merino, tras poner de manifiesto algunas dudas e interrogantes que plantea la redacción del artículo 86.3 del ET, no duda en manifestar que ya habrá tiempo de «analizar con mayor rigor las reglas del art. 86 ET», una norma cuya reforma «debe ser aplaudida por recuperar, con carácter indefinido, la vigencia ultraactiva del convenio colectivo de eficacia general, reequilibrando el poder contractual de las partes que participan en los procesos de negociación, que había resultado claramente descompensado con la reforma 2012» (Merino Segovia, 2022).

¿Son suficientes estas omisiones, o por la imposibilidad de plantearlas en la mesa negociadora por parte sindical para llegar a un acuerdo, o ante la dureza empresarial para no cuestionar el marco jurídico vigente? No, a mi parecer, porque la negociación en la vida laboral es permanente y continua, y porque el fortalecimiento de la negociación colectiva puede llevar a conseguir, junto con la potenciación de los mecanismos antes referenciados de flexibilidad interna, que la fuerza colectiva contribuya a reducir las desigualdades existentes en el ámbito de la relación individual de trabajo. Hay ciertamente algo de esperanza y convicción en este planteamiento que debe pasar la prueba del nueve, es decir, consolidarse en la práctica, y ello ciertamente llevará tiempo.

2. Examen de las disposiciones adicionales, derogatoria, transitorias y finales

En toda norma, y desde luego las de contenido laboral no son una excepción ni mucho menos, hay que prestar especial atención a las disposiciones finales que regulan su entrada en vigor, ya sea de forma inmediata o diferida, total o parcialmente, a una fecha posterior.

Igualmente, y dado que la normativa que se deroga ha generado ya situaciones jurídicas que perviven en el momento del cambio legal, hay que regular cómo afecta este, si es que así se regula, a aquellas, o bien si se mantiene el marco normativo anterior hasta la finalización de sus efectos, es decir, del plazo pactado o regulado.

En estrecha relación con las disposiciones anteriores, se encuentran las derogatorias, ya que la derogación puede producirse de inmediato o bien quedar diferida en el tiempo.

Y qué voy a contar, en especial al mundo jurídico laboralista, de la importancia de las disposiciones adicionales, en las que en muchas ocasiones se encuentra algún añadido jurídico de indudable importancia y que suscita dudas de la razón de ser de no haber sido incorporado su contenido en el texto articulado.

Me refiero a continuación únicamente a las disposiciones que tienen relación con los contenidos de mi exposición.

El apartado 1 de la disposición derogatoria única contiene una fórmula clásica en todo texto normativo, en aplicación de los principios de jerarquía normativa y de modernidad. Se derogan «cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en este real decreto-ley».

La disposición final octava regula las medidas de protección para quienes se vean afectados/as por la aplicación del Mecanismo RED regulado en el nuevo artículo 47 bis del ET (apdo. 7, art. 3, que introduce una nueva disposición adicional cuadragésima primera en la LGSS), en coherencia con la previsión de la puesta en marcha gradual de dicho mecanismo.

Una temática siempre compleja en su aplicación es la regulación de las disposiciones transitorias. Pues bien, el RDL 32/2021 consta de nueve disposiciones transitorias, de las que deseo destacar dos.

Las disposiciones transitorias sexta y séptima versan sobre la negociación colectiva, con una regulación que, a mi parecer, trata de potenciarla y colocar a la parte trabajadora en una situación de igualdad con la contraparte empresarial, algo que no deja de ser, recordemos una vez más, uno de los objetivos de la reforma⁸.

En efecto, la sexta aplica la modificación efectuada en el artículo 84.2 del ET, es decir, la supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre cualquier convenio sectorial respecto a «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa», a los convenios suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 32/2021, una vez que pierda su vigencia expresa «y como máximo en el plazo de 1 año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley». Se establece además una cláusula de no regresión, en virtud de la cual las modificaciones operadas en el artículo 84 del ET no podrán tener como consecuencia «la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras».

En estrecha relación con lo dispuesto respecto al plazo máximo de vigencia referenciado con anterioridad, y suscitándome nuevamente dudas de cómo debe interpretarse, el apartado 3 concede un plazo de 6 meses a las normas convencionales para que se adapten a las modificaciones operadas en el artículo 84, «desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto».

Mucho más importante sin duda, a mi parecer, es la disposición transitoria séptima, que aplica ya el trascendental cambio introducido en la regla sobre la ultraactividad de los convenios colectivos regulada en el artículo 86 del ET, es decir, el mantenimiento de su vigencia mientras se negocia el nuevo convenio y hasta que se llegue a un acuerdo, a aquellos convenios que se hayan denunciado con anterioridad al 31 de diciembre de 2021 y que, por consiguiente, las partes empresarial y trabajadora se encuentren en proceso de negociación del nuevo convenio. Dicho de forma clara y contundente, a todos los convenios que se estén

⁸ Justamente sobre las reglas de transitoriedad recogidas en el texto ha reflexionado Jaime Cabeza, que pone previamente de manifiesto que la reforma «persigue eliminar la preferencia aplicativa incondicionada del convenio de empresa en cuanto al monto salarial», y que otorga un amplio margen de actuación a los agentes sociales, o lo que es lo mismo, «está dotada de perfiles menos dirigistas que las anteriores reformas», y destaca positivamente los plazos que se fijan para proceder a la adaptación del texto convencional vigente (Cabeza Pereiro, 2022).

También ha abordado esta temática Crespí Ferrior (2022), juntamente con una valoración más general de las modificaciones operadas por la reforma en materia de negociación colectiva.

negociando en la actualidad, por haber sido denunciado el anterior en tiempo y forma, se les aplica la regla del mantenimiento de su vigencia hasta que se alcance un nuevo acuerdo.

3. Subcontratación

Son objeto de atención las modificaciones, en plural porque son dos, aun cuando la importancia más relevante se encuentra en una, a mi parecer, de la política normativa de contratación y subcontratación empresariales.

Ya adelanto que se procede a la introducción de una nueva regla en el también nuevo apartado 6 del artículo 42 del ET, a la par que se exceptúa de su cumplimiento cuando se trate de contrataciones y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo (disp. adic. vigesimoséptima incorporada al ET), que son «empresas cuyo objetivo principal es el de proporcionar a los trabajadores con discapacidad la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite la integración laboral de estos en el mercado ordinario de trabajo».

Ahora bien, el hecho de tratarse de una modificación muy reducida en el número de disposiciones afectadas no supone en modo alguno una minusvaloración de su importancia, tal como explicaré a continuación⁹, si bien, ciertamente, se queda algo lejos de las tesis inicialmente defendidas tanto por el Gobierno y los partidos políticos que la apoyan como por las organizaciones sindicales presentes en la mesa del diálogo social. Es además una reforma en la que existe, a mi parecer, un cierto desajuste entre aquello que se manifiesta en una parte de la exposición de motivos y la redacción del modificado artículo 42.

Procedo al examen de la exposición de motivos y posteriormente del texto articulado, previa breve exposición de propuestas normativas sobre la reforma del artículo 42 que fueron presentadas en anteriores y también en esta legislatura, así como de cuál era la tesis expuesta en el acuerdo de gobierno PSOE-UP suscrito el 30 de diciembre de 2019 y de algunos documentos que fueron puestos sobre la mesa del diálogo social tripartito sobre la

⁹ Por la importancia real en la vida laboral de esta temática, cabe referirse a cómo se han valorado los cambios por los agentes sociales presentes en la mesa del diálogo social. Para CC. OO. y UGT es relevante la modificación, ya que «supone un golpe a fenómenos precarizadores como las empresas multi-servicios» (<https://www.ugt.es/ahora-si-ganamos-derechos>). Desde la CEOE, en su primera valoración del acuerdo (<https://cepymenews.es/comunicado-ceoe-cepyme-reforma-laboral-diciembre/>), se afirmó que:

[...] la subcontratación mantiene vigente el actual modelo de colaboración empresarial, clave para asegurar la actividad económica de pymes y autónomos, fijando, como hasta ahora, que el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada.

temática de la contratación y subcontratación, sin olvidar algunas referencias a sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo (TS) que, al aplicar la reforma laboral de 2012, aceptaron la política de externalización empresarial, si bien con voto discrepante en el Alto Tribunal que ponía de manifiesto, alto y claro, cómo esas políticas implicaban una clara discriminación por razón de sexo¹⁰.

3.1. Las propuestas anteriores a la reforma

Recordemos en primer lugar algunos «momentos históricos» de la (no) reforma del artículo 42 del ET, que lleva por título (inalterado en la modificación operada por el RDL 32/2021) «Subcontratación de obras y servicios».

A) En la XII legislatura, durante el gobierno del Partido Popular, se presentó por el grupo socialista una proposición de ley de modificación del artículo 42.1 del ET, «para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados», que finalmente caducó, y que proponía añadir estos dos nuevos párrafos en el artículo 42.1 del ET:

Se entenderá que el objeto de contratación o subcontratación supone la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante cuando se corresponda con todas o alguna de las actividades principales o nucleares del mismo y suponga, por parte del contratista o subcontratista, la aportación de mano de obra que desarrolla funciones profesionales que tienen relación directa con dichas actividades principales o nucleares. En estos casos, las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal.

A estos efectos se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales.

B) En el acuerdo de gobierno suscrito el 30 de diciembre de 2019 por PSOE y UP, en el bloque dedicado a la consolidación del crecimiento y la creación de empleo de calidad, se

¹⁰ Para un análisis muy detallado de la problemática de la subcontratación y de la reforma introducida en el artículo 42 del ET, *vid.* Basterra Hernández (2021); Beltrán de Heredia Ruiz (2021); Dueñas Herrero (2022); García-Perrote Escartín (2019); López Anioarte (2021); Rodríguez-Piñero Royo (2021a).

incluía la modificación del artículo 42.1 del ET sobre contratación y subcontratación laboral, «a efectos de limitar la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa».

C) El 11 de marzo de 2021 se aprobó por la Comisión de Trabajo y de Economía Social del Congreso de los Diputados una nueva proposición no de ley presentada por el mismo grupo parlamentario socialista el 2 de diciembre de 2020 «para regular las condiciones salariales de los trabajadores subcontratados», con una transacción con ERC para que se regulara antes del 30 de junio, plazo que como es sabido no se cumplió, en cuyo texto se instaba al Gobierno a:

[...] adoptar las medidas normativas que permitan asegurar que las personas trabajadoras que sean contratadas para realizar servicios comprendidos dentro de la propia actividad del empresario principal tengan las mismas condiciones que tendrían de ser contratados directamente por este, tanto si dichas condiciones traen causa del convenio colectivo de la empresa principal como si son acordadas por dicha empresa en el momento de la contratación.

El texto fue aprobado por 20 votos a favor y 15 en contra. La proposición se justificaba en la necesidad de:

[...] adoptar medidas que permitan la igualdad de condiciones en la relación laboral, pues la inequidad en el salario y el resto de condiciones laborales también impide que personas trabajadoras ocupadas en el desarrollo de la actividad principal de una empresa se vean beneficiadas, entre otras, por las medidas puestas en marcha para paliar los efectos tan perniciosos de esta crisis, situándolas en una perspectiva de peor derecho.

D) En la proposición no de ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, «sobre medidas laborales a impulsar en el marco de los Planes de Recuperación, Transformación y Resiliencia», aprobada, con modificaciones, el 21 de septiembre del pasado año, se pidió al Congreso que instara al Gobierno a «la modificación del régimen de subcontratación laboral, para evitar que sea un mecanismo de precariedad y discriminación».

3.2. La nueva redacción del artículo 42.6 del ET

Llegamos al texto definitivamente acordado en la mesa del diálogo social el 22 de diciembre; bueno, no exactamente definitivo, ya que, como he indicado con anterioridad, se incorporaron varias modificaciones al acuerdo en el texto al que dio su visto bueno el Consejo de Ministros, si bien, ciertamente, sin alterar el contenido de aquel.

Una de esas novedades fue la incorporación de una nueva disposición adicional, vigesimoséptima, al ET, referida al régimen jurídico aplicable en los casos de contrata y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo regulados en el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, estipulando que «no será de aplicación el artículo 42.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

En la exposición de motivos se hace referencia a la necesidad de hacer efectivas cuatro de las reformas identificadas en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, siendo una de ellas «la modernización de la contratación y subcontratación de las actividades empresariales», tratando de corregir uno de los defectos más acusados en la realidad laboral española, y que ha sido puesto de manifiesto en muchísimas ocasiones, cual es la existencia, una realidad, a mi parecer, en la mayor parte de situaciones conocidas, de «un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización», siendo necesaria la adopción de medidas legales que impidan utilizar la estrategia de externalización de servicios, a través de la subcontratación, «como mecanismos de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas», con el objetivo de evitar tanto una estrategia productiva basada en la mera reducción de costes empresariales como en el de «avanzar hacia la equiparación de las condiciones de las personas trabajadoras contratadas y subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas».

Ya existe un marco que define esa línea a seguir en el sector público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y Ley –modificada– 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional), y la reforma del artículo 42 busca continuar por esta senda, «evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales».

La justificación detallada, a medio camino entre la explicación del contenido del posterior texto articulado y un artículo doctrinal en el que se plantean propuestas que no tienen, al menos, a mi parecer, completa acogida en el texto modificado, se encuentra en este párrafo que por su indudable interés reproduzco a continuación:

[...] la externalización debe justificarse en razones empresariales ajenas a la reducción de las condiciones laborales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas. Lo anterior no es solo un objetivo plausible y legítimo, sino que, además, existe una razón de fondo vinculada con el principio de no discriminación tal y como ocurre en el caso de puestos, profesiones o sectores con alta ocupación femenina (*v. gr.*, colectivo de camareras de piso), y donde resulta difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones

laborales diferentes, o incluso carezcan de marco sectorial de referencia, por razón exclusivamente del objeto social o forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista a la que se vinculan. Así, el principio de no discriminación e igualdad de trato se asegura mediante la garantía de un convenio colectivo sectorial aplicable sin perjuicio de los derechos de libertad de empresa y negociación colectiva¹¹.

En el texto articulado del artículo 42 hay, como ya he indicado, la incorporación de un nuevo apartado, 6, corriendo la numeración de los ya existentes.

La modificación incorporada en el nuevo apartado 6 implica acoger uno de los criterios jurisprudenciales por los que había optado el TS en los litigios en que ha debido abordar conflictos en los que la empresa contratista no tenía convenio colectivo propio, tesis ya sostenida por un sector doctrinal, y que quedó plasmado en la Sentencia de 11 de junio de 2020 (rec. 9/2019). Dicho criterio jurisprudencial, ahora acogido por la reforma laboral, se plasma en el apartado 1 del fundamento de derecho cuarto, por lo que considero del todo punto necesario su reproducción:

1. Ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicio demandada, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata tal como ha quedado configurada en los hechos probados. En efecto, al hacerse de esta forma las condiciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en los centros a que se refiere el presente conflicto se determinarán en función de la clase de trabajo prestado, que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto, que, por un lado, no se conoce; y, por otro, aunque fuese conocido y otro diferente, nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores.

En consecuencia, el criterio que debemos aplicar para establecer el convenio de aplicación es el de la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores en

¹¹ En la explicación de la reforma en la nota de prensa publicada por el MITES tras la aprobación del RDL 32/2021 por el Consejo de Ministros (<https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/4060>) se califica de «fundamental» la reforma en materia de contratación, por existir «siempre» un convenio colectivo sectorial aplicable, afirmando que esto será «una cuestión decisiva ya que permite cubrir vacíos legales existentes hasta ahora», y sintetiza la reforma en estos términos:

El convenio sectorial aplicable puede ser el de la actividad desarrollada en la empresa principal u otro si así lo determina la negociación colectiva sectorial dentro de sus normas generales.

El convenio de empresa solo podrá aplicarse por la contratista si determina mejores condiciones salariales que el sectorial que resulte de aplicación.

La nueva norma regula, por tanto, con base en la actividad propia de la empresa. En el caso de que realice actividades esenciales para el desarrollo de la empresa se aplica a las personas trabajadoras el convenio sectorial de la actividad que desarrolla la contrata o subcontrata.

relación con la prestación de servicios por la empresa multiservicios a la empresa cliente. Más aún, en un caso como el presente, en el que la actividad que presta la demandada en el ámbito del conflicto es una sola. Con esta solución se atiende a lo que dispone el convenio de referencia que, está penado, precisamente, para situaciones como la que contemplamos y, además, no se afecta a la competencia en el mercado de trabajo, pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios.

Por consiguiente, y volviendo sobre la literalidad del nuevo apartado 6 del artículo 42, tenemos una primera regla de aplicación, el convenio colectivo del «sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata», sin que tenga importancia alguna al efecto cuál sea su objeto social o forma jurídica.

Una segunda regla, y que ciertamente deja abiertas las dudas a cuál pueda ser, como ya se ha constatado por la doctrina laboralista en las primeras aportaciones doctrinales, es la aplicación, con prioridad sobre la primera, de «otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III» si existe.

La tercera es la aplicación del convenio propio de empresa, si bien la modificación introducida en el artículo 84.2 del ET es de una innegable importancia para desincentivar la ya apuntada como temida hipótesis por un sector doctrinal, cual es la proliferación de convenios colectivos de empresa o, incluso, de «franja». En efecto, la dicción del segundo párrafo del apartado 6 del artículo 42 es clara e indubitada: la aplicación del convenio colectivo propio se llevará a cabo «en los términos que resulten del artículo 84». Pues bien, recordemos que dicho precepto ha suprimido de la prioridad aplicativa de empresa respecto al sectorial todo aquello relativo a «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa», por lo que la devaluación de las condiciones salariales del personal que preste servicios para contratas o subcontratas no podrá aplicarse por esta vía, y más aún cuando el apartado 3 de la disposición transitoria sexta, rotulada «Aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma», dispone que:

Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de 6 meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición.

Dejo planteada una cuestión de no menor importancia que ya ha sido apuntada por la doctrina laboralista. En efecto, el profesor Beltrán de Heredia Ruiz (2021) plantea si el artículo 42.6 es aplicable solo si concurre «propia actividad» o bien se puede extender a todas las contratas, apostando prudentemente por la segunda opción ante la inexistencia

de cambios en los apartados 3 y 4 del artículo 42, y con mayor importancia, a mi parecer, y que demuestra que el legislador quiso excluir expresamente un supuesto concreto del nuevo marco protector, por la exclusión expresa de la aplicación del cambio a las contrataciones y subcontratas suscritas con centros especiales de empleo.

No debo finalizar este epígrafe sin dejar de recoger las críticas formuladas desde un sector del personal de hostelería, más exactamente de las «camareras de pisos», por no haber limitado la subcontratación a servicios especializados ajenos a la actividad principal de la empresa, si bien, a mi parecer, el problema principal no es tanto el normativo, sino la ubicación de dicho personal en convenios de limpieza y no de hostelería, una cuestión muy bien explicada por la profesora Carolina Moreno¹² en estos términos:

[...] [el nuevo artículo 42] indica que se debe aplicar el convenio de la actividad desarrollada en contrataciones y subcontratas. Es decir, en el caso de las Kellys sería el de limpieza, que ya es mejor que no tener convenio. Se les seguiría sin aplicar el convenio de la empresa matriz. En este caso, por ejemplo, aunque hay matices, en líneas generales podemos decir que el de hostelería es algo mejor que el de limpieza.

Es una cuestión que, sin duda, también generará no solo debates doctrinales, sino que nuevamente llegará a los tribunales, y no se olvide que debería incorporarse en sus resoluciones la perspectiva de género por el muy elevado número de trabajadoras que prestan tal actividad.

4. La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. ERTE y nuevo Mecanismo RED

4.1. La tipología de la flexibilidad

Existen tres tipos de flexibilidad:

A) En primer lugar, la de entrada, aquella que incluye tanto los mecanismos de selección para acceder a un empleo como muy especialmente las modalidades de contratación y el mayor o menor acento que se pone en la estabilidad en el empleo, que son objeto de atención en otro artículo.

¹² Así lo explica en el artículo de López Trujillo (2022).

B) En tercer lugar, se encuentra la flexibilidad de salida, es decir, la mayor o menor flexibilidad de los mecanismos legales existentes para dar por extinguida la relación contractual, por lo que son de interés las normas que regulan tanto las extinciones de las modalidades contractuales de duración determinada como otras causas de extinción, y señaladamente la de los despidos individuales y colectivos. No se encuentra explicación de esta flexibilidad en mi estudio, ya que no ha sido abordada en la mesa del diálogo social. Es por ello comprensible la crítica efectuada desde algunos sectores del mundo sindical y de colectivos laboristas sobre el no cuestionamiento de dicha flexibilidad, sin que ello impida en modo alguno mi valoración globalmente positiva de la reforma por las razones ya expuestas con anterioridad.

C) Y en el medio de la flexibilidad de entrada y de salida, se encuentra la «de paso» o «interna», aquella que se refiere a la regulación de las condiciones de trabajo y a la articulación de mecanismos que permitan, en las diversas situaciones de crisis, o de «precrisis», en que puede encontrarse una empresa (y ya veremos que en la nueva normativa también se extiende a toda la actividad empresarial o a un sector cuando concurren determinadas circunstancias), que se mantenga el empleo y no haya destrucción del mismo, apoyando a las empresas con medidas económicas y formativas para que ello sea posible.

Se trata, por una parte, de medidas relativas a aquello que hemos dado en llamar «modificación sustancial de condiciones de trabajo» y, por otra, de los «ERTE».

Las primeras tampoco han entrado en la reforma, y no hay duda, a mi parecer, de que se trató de uno de los aspectos más relevantes de la reforma laboral del Partido Popular de 2012, al desequilibrar la balanza negociadora a favor de la parte empresarial al atribuirle la última palabra en la decisión de tales modificaciones y no optar por la flexibilidad negociada o pactada. Sí han entrado, y con indudable vitalidad, las segundas, ya sea para regular las suspensiones de los contratos de trabajo, ya para las reducciones de jornada, con el indudable y loable objetivo de apostar fuertemente por la implantación permanente de medidas tendentes justamente a favorecer el mantenimiento del empleo y a formar a las personas trabajadoras para enfrentarse a los cambios que se produzcan en el tejido productivo, incorporando ya de forma permanente algunas de las medidas aprobadas durante la pandemia y que han demostrado su eficacia para evitar la pérdida de puestos de trabajo.

Es de dicha flexibilidad interna de la que me ocupo, considerada en la exposición de motivos, y con toda razón, a mi parecer, como, junto con la recuperación de los derechos laborales y su garantía, la principal aportación que se efectúa y con la que se busca «transformar nuestro mercado de trabajo para que pueda dejar definitivamente atrás sus anomalías, asegurando la calidad del empleo y el dinamismo de nuestro tejido productivo». Mantenimiento del empleo, mejora de la formación de las personas trabajadoras y modernización del tejido empresarial van estrechamente unidos y son pilares de la reforma, tal como ya se expuso en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia enviado por el Gobierno español a la Comisión Europea y que mereció una

valoración positiva, la misma que ha obtenido el acuerdo tripartito, uno de cuyos elementos de la, entonces futura, reforma laboral debía ser «el establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad y estabilización del empleo», que más adelante se convierte, en la exposición de motivos, en el «establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición».

El Mecanismo RED es el resultado, además de las negociaciones entre el Gobierno y los agentes sociales, también de las negociaciones en el seno del propio Gobierno y de los ministerios implicados en la reforma, ya que, por citar el ejemplo más significativo, el nuevo Mecanismo RED apareció en una fase avanzada de las negociaciones y a partir de propuestas surgidas desde el Ministerio de Economía y Competitividad. Está por ver cómo se concreta en la práctica, ya que se trata de una completa novedad en el panorama normativo español, aunque evidentemente tenga muchos puntos de conexión con el ERTE «clásico», es decir, el del artículo 47 del ET.

En la explicación pongo mi atención en la exposición de motivos y en los artículos y disposiciones que regulan los ERTE y el nuevo Mecanismo RED¹³.

En la exposición de motivos se valoran positivamente las medidas adoptadas para mantener el empleo durante la crisis sanitaria, los ERTE, y no le falta razón al legislador, ya que llegaron a afectar a más de 3 millones de personas trabajadoras en el momento

¹³ Desde el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (MISSMI), en la presentación de la reforma (<https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/ministro/detalle/4179>), se pone de manifiesto que esta «mejora el modelo de ERTE que se ha puesto en marcha con éxito en la pandemia, impulsando la formación y flexibilizando su utilización», y que el Mecanismo RED permitirá «proporcionar un marco estable de garantías a los trabajadores y las empresas ante fluctuaciones cíclicas de la demanda», y «desarrollar nuevos instrumentos que acompañen a las empresas en transición en los sectores más afectados por cambios estructurales».

Se explica, y fundamenta, que la reforma beneficia a todas las partes implicadas: para las trabajadoras y los trabajadores, porque «no pierden en ningún momento el vínculo con la empresa y permanecen activos y formándose, evitando la incertidumbre y el proceso de descapitalización que supone el desempleo de larga duración». Para las empresas, porque «evita despidos de trabajadores formados y seleccionados –la búsqueda de empleo es costosa también para las empresas– a cambio de pagar parte de sus cotizaciones y de formarlos durante los periodos de inactividad». En fin, para el Estado, porque «al evitar el tránsito por el desempleo, baja la tasa de paro estructural y, con ello, el gasto en prestaciones por desempleo».

Por el MITEs, al presentar el acuerdo alcanzado el 22 de diciembre (<https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/ministro/detalle/4059>), se manifestó que:

La norma propiciará instrumentos eficaces para proteger a las personas trabajadoras y dotar al tejido productivo de herramientas para mantener el empleo respetando los derechos laborales y de nuevos mecanismos como el ERTE de forma estructural que incorpora un Mecanismo RED para hacer frente a las crisis cíclicas o sectoriales con flexibilidad interna negociada, formación y recualificación de los trabajadores y evitando los despidos.

álgido de la crisis (abril de 2020), que estuvieron protegidas económicamente y sin perder su empleo, tal como ponen de manifiesto los datos periódicamente facilitados por el MISSMI y por el MITES¹⁴.

El mantenimiento del empleo, mejora de las capacidades de las personas trabajadoras o, lo que es lo mismo, su formación y recualificación tanto para mantenerse en sus actuales empleos como para poder acceder a los que se creen en el inmediato futuro, con especial atención a las medidas dirigidas a facilitar la transición, tanto del mundo laboral como del empresarial, al cambio tecnológico, se configuran como elementos esenciales de la reforma, tanto con la potenciación de los ERTE, con una mención expresa en el texto articulado a otorgar prioridad a las medidas de reducción de la jornada de trabajo sobre la suspensión de los contratos, de los que se subraya que habían sido muy poco utilizados en España con anterioridad. Los datos estadísticos así lo confirman, desmintiendo a quienes han relativizado o disminuido la relevancia de la modificación con la afirmación de que la reforma de 2012 los había potenciado¹⁵, cuando, a mi parecer, lo que hizo fue potenciar extraordinariamente la flexibilidad externa por medio de la modificación de diversos preceptos relativos tanto a los despidos individuales como a los colectivos.

Además, estamos en presencia de la puesta en funcionamiento del Mecanismo RED, calificado como:

¹⁴ Unas medidas que con la recuperación de la situación económica han ido disminuyendo de forma gradual y progresiva durante 2021, hasta llegar al mes de diciembre con afectación a 102.548 personas. Un descenso, subraya con evidente satisfacción la nota de prensa del MISSMI (<https://prensa.inclusion.gob.es/WebPrensaInclusion/noticias/seguridadsocial/detalle/4185>), de «casi 520.000 trabajadores respecto a los protegidos un año antes por los ERTES vinculados a la COVID», enfatizando, además, por la importancia que han adquirido las medidas formativas que irán vinculadas a exoneraciones en materia de cotización empresarial a la Seguridad Social, que «hasta ahora, 30.251 trabajadores se verán beneficiados por algunos de estos programas de formación».

¹⁵ Esa «relativización» de la reforma de 2021 se pone claramente de manifiesto, a mi parecer, en la valoración efectuada por el que fuera subsecretario de Empleo durante la etapa en que se aprobó la reforma laboral unilateral de 2012 (RDL 3/2012, de 10 de febrero, y Ley 3/2012, de 6 de julio), Pedro Chamorro, en la que enfatiza el mantenimiento de los pilares de la reforma de 2012, si bien reconoce que la de 2021 aborda «algunos aspectos claves de nuestro sistema de relaciones laborales», pero no le concede mayor importancia, ya que aquello que destaca, y creo que sus afirmaciones reflejan muy bien lo que era la reforma de 2012 y que mereció mis críticas en muchos artículos anteriores, es que:

[...] gran parte del marco regulador de la flexiseguridad contenido en la reforma de 2012 permanece intacto en materias como la regulación de la clasificación profesional por grupos, la distribución irregular de la jornada anual, la movilidad geográfica y funcional o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La irrenunciable opción del legislador de hace una década por la flexibilidad interna frente el recurso al despido –cuyo régimen tampoco se altera en la reforma de 2021– se mantiene en gran medida, en particular en lo que respecta al instrumento de flexibilidad interna por excelencia: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (MSCT) regulada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (Llorente, 2021).

[...] un nuevo mecanismo de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas, alternativo a la destrucción de empleo y a la alta temporalidad, que permita lograr un doble objetivo: (i) proteger el empleo ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y (ii) acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo del que resulte la pérdida del capital humano, del crecimiento potencial y del bienestar del conjunto de la sociedad. La finalidad del nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización –que también cuenta con importantes beneficios en la cotización a la Seguridad Social– consiste en proteger el empleo, primar el ajuste temporal de las horas de trabajo, impulsar la estabilidad de las relaciones laborales, de la inversión y del capital humano.

El hecho de tratarse de un mecanismo totalmente nuevo lleva al legislador a la introducción de una disposición adicional en la que se prevé un examen de su aplicación tras 1 año desde que se produzca su activación, con una redacción que deja las puertas totalmente abiertas a cualquier decisión que pueda adoptarse en el marco del diálogo social tripartito, ya que deberá analizarse la oportunidad de adoptar medidas «tendientes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro».

Que las medidas adoptadas incorporan buena parte del arsenal normativo puesto en marcha durante la crisis se manifiesta expresamente en la exposición de motivos con respecto a los ERTE aprobados por causa de fuerza mayor debido a impedimentos o limitaciones en la actividad ordinaria de la empresa que son decididos por las autoridades competentes, manifestándose que se incorporan «como mecanismo disponible, con un carácter permanente», ya que «han demostrado su eficacia para preservar empleo y tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis», si bien la modificación del artículo 47.6 del ET («La fuerza mayor temporal podrá estar determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública») se difiere en el tiempo hasta el 1 de marzo y se mantiene la aplicación del RDL 18/2021, de 28 de septiembre.

4.2. Una visión conjunta de la reforma de los mecanismos de flexibilidad interna

Del texto articulado, debe merecer mi atención, primeramente, el artículo 47, modificado, cuyo título ya es significativo, porque invierte los términos del vigente hasta el 31 de diciembre, ya que en este se hacía referencia a la «suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor», mientras que en el nuevo la mención es a «reducción de jornada o suspensión del contrato de trabajo [...]».

A continuación, el nuevo artículo 47 bis, rotulado como «Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo» y que es una variante del anterior por cuanto cuando se active dicho mecanismo las empresas podrán solicitar las mismas medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos que en aplicación de las causas del artículo 47, añadiéndose además que serán normas comunes a ambas modalidades las de prórroga del ERTE y, entre otras, las reglas sobre afectación y desafectación de trabajadoras y trabajadores según la evolución de la situación vivida por la empresa.

En ambos supuestos, las personas trabajadoras afectadas por ERTE se considerarán como ocupadas a efectos estadísticos (disp. adic. sexta), ya que la regulación de ambos preceptos «refuerza el vínculo con la empresa de las personas trabajadoras cubiertas»¹⁶.

Las novedades del artículo 47 y la nueva regulación del Mecanismo RED tienen indudable impacto sobre la normativa en materia de Seguridad Social, de formación para el empleo y de infracciones y sanciones.

Con respecto a la primera, la LGSS incorpora un nuevo artículo 153 bis, que regula la cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato; una nueva disposición adicional cuadragésima cuarta, que versa sobre los «beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED»; y una nueva disposición adicional cuadragésima primera, sobre «medidas de protección social de las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED [...]».

Sobre el ámbito formativo, hay que prestar atención a la nueva disposición adicional vigesimoquinta del ET, que versa sobre las acciones formativas en los ERTE regulados tanto en el artículo 47 como en el 47 bis, y a la modificación introducida por el artículo cuarto del RDL 32/2021 en el artículo 9 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, con la adición de un apartado 7 que dispone un incremento de crédito para las acciones formativas que se lleven a cabo a personas afectadas por ERTE.

¹⁶ Tal como se explica por el Instituto Nacional de Estadística (INE, 2021) en la presentación de la Encuesta de población activa (EPA):

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 fin, con respecto a la LISOS, cabe destacar (art. quinto RDL 32/2021) la importancia de la modificación del artículo 8.3 y la introducción de un nuevo apartado 20 en el artículo 8. El artículo 8.3 califica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales:

Proceder al despido colectivo de trabajadores o a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor o del Mecanismo RED en cualquiera de sus modalidades, sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51, 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores.

El nuevo apartado 20 del artículo 8 cataloga como infracción muy grave: «Establecer nuevas externalizaciones de actividad incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7 d) del Estatuto de los Trabajadores».

En fin, se refuerza el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en el control del cumplimiento de la normativa laboral y de protección social en la materia. Ejemplo claro de ello es, en primer lugar, la introducción de una nueva disposición adicional vigesimosexta en el ET, que regula el acceso de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE) y la ITSS, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan, a todos los datos necesarios para la identificación y tipo del ERTE, de la empresa y de las personas trabajadoras incluidas en el expediente, el tipo de medida a aplicar, el periodo en el que se puede producir la reducción de jornada de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo y el porcentaje máximo de reducción de jornada o periodo máximo de suspensión de contrato previsto respecto de cada persona trabajadora. En la misma línea, se añade una nueva disposición adicional cuadragésima quinta a la LGSS, en la que se subraya que corresponde a la ITSS «la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones establecidas en relación a las exenciones en las cotizaciones de la Seguridad Social», para lo que «desarrollará acciones de control sobre la correcta aplicación de las exenciones en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, pudiendo iniciarse en caso de incumplimiento de la normativa los correspondientes expedientes sancionadores y liquidatarios de cuotas», con una concreción específica respecto a la vigilancia de:

[...] la veracidad, inexactitud u omisión de datos o declaraciones responsables proporcionadas por las empresas o por cualquier otra información que haya sido utilizada para el cálculo de las correspondientes liquidaciones de cuotas, y sobre la indebida existencia de actividad laboral durante los periodos comunicados por la empresa de suspensión de la relación laboral o reducción de la jornada de trabajo, en los que se hayan aplicado exenciones en la cotización.

Por otra parte, y desde la perspectiva de aligeramiento de las cargas administrativas, se incorpora una nueva disposición adicional cuadragésima segunda a la LGSS, que dispone que el SEPE y la TGSS establecerán:

[...] un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los periodos de suspensión temporal de contratos de trabajo y reducción temporal de jornada de trabajo de los trabajadores afectados por un expediente de regulación temporal de empleo, [...] [mediante el que las empresas] deberán poder comunicar esta información de tal forma que la misma surta efecto para el desarrollo de la totalidad de las competencias de ambas entidades.

4.3. El renovado artículo 47 del ET

¿Qué novedades introduce el renovado artículo 47 con respecto al texto derogado, además de la ya mencionada inversión de los términos del título?

- El periodo de consultas con la representación legal del personal, que con carácter general sigue siendo de 15 días, se reduce hasta un máximo de 7 días («no podrá ser superior») en las empresas que tengan menos de 50 personas de plantilla.
- Se reduce el plazo máximo para la constitución de la comisión desde la fecha de la comunicación empresarial de su intención de tramitar el ERTE, pasando de 7 a 5 días.
- Se concreta, a mi parecer, con mayor precisión que en la normativa derogada, que la decisión empresarial de aplicar el ERTE, que debe ser notificada a la autoridad laboral y a las personas trabajadoras, deberá incluir el periodo dentro del cual se llevará a cabo la aplicación de las medidas adoptadas.
- En los mismos términos que la normativa aprobada durante la crisis, se permite la prórroga del ERTE durante su vigencia, previa comunicación a la representación del personal para iniciar un periodo de consultas por un plazo no superior a 5 días. La decisión empresarial deberá ser comunicada a la autoridad laboral en un plazo de 7 días (entiendo que este plazo debe referirse al momento posterior a la finalización del periodo de consultas, si bien la redacción literal del precepto permitiría una interpretación de considerar el plazo aplicable desde el momento en que la empresa plantea la solicitud de prórroga), y surtirá efectos «desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral».
- Se ha incorporado, con carácter permanente tal como se explica en la exposición de motivos, la regulación de los ERTE por causa de fuerza mayor temporal, debiendo ser esta, a partir de la presentación por la empresa de «los medios de prueba que estime necesarios», constatada por la autoridad laboral, previo conocimiento del informe preceptivo que deberá emitir la ITSS sobre la concurrencia de la fuerza mayor. Una vez constatada su existencia, será entonces cuando

la empresa decida las medidas aplicables, surtiendo efectos la resolución administrativa «desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor y hasta la fecha determinada en la propia resolución», que debe dictarse en el plazo máximo de 5 días naturales desde la solicitud, considerándose como positivo el silencio administrativo, y con posibilidad de solicitar una nueva autorización si se mantiene la misma situación que provocó la anterior solicitud.

- La variante específica de la fuerza mayor temporal se contempla, tal como ya he apuntado, en el apartado 6 del artículo 47, referida a «impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública».

Las variantes con respecto a la regulación general se concretan en que no será preceptiva la petición de informe a la ITSS, en que la empresa deberá justificar en su solicitud la existencia de las «concretas limitaciones o del impedimento» que le suponen las decisiones de las autoridades competentes, y en que, como consecuencia directa de lo anterior, la autoridad laboral autorizará el ERTE si entiende justificadas tales limitaciones o impedimentos.

- Tanto para el ERTE «general» como para el ERTE por fuerza mayor temporal, se fijan unas reglas comunes, que en apretada síntesis son las siguientes:
 - La reducción de la jornada será preferente sobre la suspensión contractual «en la medida en que ello sea viable», y se situará entre un 10 y un 70 %, ofreciendo la norma diversas posibilidades de cómputo, ya que puede ser sobre la jornada diaria, semanal, mensual o anual.
 - La comunicación por parte empresarial, mediante procedimientos «preferentemente automatizados» de los periodos de reducción o suspensión, las personas trabajadoras afectadas y el tipo de medida, en su caso, aplicable a cada una de ellas, la posible afectación y desafectación en función de la evolución de la situación económica, la imposibilidad de realización de horas extras, de nuevas contrataciones o de nuevas externalizaciones de la actividad productiva, salvo que haya razones que puedan justificar una o más de tales posibilidades, que la norma concreta en que:

[...] en el supuesto en que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras.

Igualmente, se mencionan, con remisión a las normas que los regulan, el derecho al incremento de crédito para la realización de acciones formativas y los beneficios en materia de cotización a la Seguridad Social, así como la prestación por desempleo a percibir.

4.4. El Mecanismo RED

Mi explicación se centra a continuación en los contenidos más destacados del novedoso Mecanismo RED, el nuevo artículo 47 bis del ET en el que se encuentra, ya lo adelanto, una particularidad importante con respecto a los ERTE, cual es la intervención de la autoridad laboral competente como última instancia cuando no haya acuerdo entre las partes durante el periodo de consultas; o lo que es lo mismo, la última palabra, la decisión final, no está en manos de la empresa, sino que será aquella que dictará resolución «estimando o desestimando la solicitud empresarial».

Estamos hablando de un mecanismo de flexibilidad interna aún no existente, ya que para la aplicación de medidas de reducción de jornada o suspensión contractual por parte empresarial deberá primero procederse a su activación por el Consejo de Ministros, teniendo dos modalidades según la problemática sea de carácter general o bien solo de carácter sectorial, si bien la norma permite en este segundo supuesto que la crisis pueda afectar a uno o varios sectores.

La modalidad denominada «cíclica» se pondrá en marcha cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de 1 año, y la «sectorial» cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de 1 año y la posibilidad de dos prórrogas de 6 meses cada una.

El mecanismo se activará a propuesta de quienes ostenten la titularidad del MISSMI y del MITES, conjuntamente, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, atribuyendo a las organizaciones sindicales y empresariales la posibilidad de solicitar la convocatoria de la comisión tripartita cuando crean que debe ponerse en marcha la medida por situación de crisis sectorial (o de diversos sectores). La relevancia que se otorga en la reforma al papel atribuido a los agentes sociales se comprueba una vez más en este precepto, ya que estos deberán ser informadas previamente a la elevación de la propuesta de activación al Consejo de Ministros.

En el ámbito de la modalidad sectorial, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal podrán solicitar a los ministerios referidos la convocatoria de la comisión tripartita del Mecanismo RED. Esta comisión deberá reunirse en el plazo de

15 días desde dicha solicitud y analizará la existencia de los cambios referidos en el apartado 1 b) del artículo 47 bis, así como la necesidad, en su caso, de elevar una solicitud de activación del Mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros.

La tramitación de las solicitudes de suspensiones contractuales o reducciones de jornadas es en líneas generales semejante a la de los ERTE. Las particularidades propias de esta modalidad son las siguientes: la presentación de un «plan de recualificación» de las personas afectadas cuando se trate de la modalidad sectorial; el plazo de 7 días para que la ITSS emita su preceptivo informe, a contar desde la notificación de inicio por parte de la empresa a la autoridad laboral, siendo también de 7 días el plazo para que la autoridad laboral emita su resolución tras la finalización del periodo de consultas, considerándose el silencio como positivo, con una cláusula que demuestra claramente que la medida propuesta deberá encajar «dentro de los límites legal y reglamentariamente establecidos», algo que debe ponerse en relación con la autorización que se conceda a la petición inicial empresarial cuando haya acuerdo, y respecto a la falta del mismo me remito a lo expuesto con anterioridad.

Lógico es añadir que la autorización se concederá cuando la empresa haya podido demostrar, con la documentación aportada, que la situación cíclica o sectorial concurre en su caso.

En estrecha relación con las modificaciones operadas en materia de Seguridad Social y de formación para el empleo, la norma remite a los textos legales reguladores de ambas materias para que concreten los beneficios en materia de cotización y de acceso preferente a las acciones formativas. Se refuerza el papel de la ITSS en el control de la vigilancia del cumplimiento por parte empresarial de este precepto, insistiendo, como ya ha hecho en anteriores normas, en que tendrá acceso, tal como he explicado con anterioridad, a los datos incorporados:

[...] mediante procedimientos automatizados y aplicaciones que le permitan conocer los extremos relativos a la aplicación de los mecanismos, las condiciones especiales en materia de cotización a la Seguridad Social para las empresas y prestaciones correspondientes, con el objetivo de desarrollar las debidas actuaciones de control.

La norma remite, a los efectos de financiación del mecanismo, y sin concreción de la fecha para hacerlo, a la creación futura de un fondo sin personalidad jurídica, adscrito al MITEC, denominado «Fondo RED de sostenibilidad del empleo», que será el encargado de financiar todas las acciones de apoyo a las empresas, es decir, atender a las necesidades futuras de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo RED en materia de prestaciones y exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidos los costes asociados a la formación, si bien ya se indica de dónde provendrá su financiación, en unos casos de forma ya concreta y en otros previendo que pueda existir la disponibilidad económica.

Del segundo supuesto, es la referencia a «los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial», y los «rendimientos de cualquier naturaleza que genere el fondo»; en el primero, encajan las aportaciones consignadas en los presupuestos generales del Estado y las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea «orientados al cumplimiento del objetivo y fines del fondo».

En cuanto a las acciones formativas que se desarrollen por las empresas (*vid. disp. adic. vigesimoquinta ET*), se realiza la importancia de que atiendan a las necesidades reales de las empresas y que presten especial atención a las cada vez más necesarias competencias digitales y a una formación polivalente de las personas trabajadoras, aun cuando, obsérvese bien la perspectiva general con la que se orienta la reforma, «no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa».

La preocupación por el correcto desarrollo de la actividad formativa se manifiesta en un doble plano: en primer lugar, que se desarrolle durante la aplicación de la reducción de jornada o suspensión del contrato, y, en segundo término, que sea compatible con la conciliación de la vida familiar, laboral y personal. La cuantía será de 425, 400 y 320 euros según se trate de empresas de 1 a 9 personas trabajadoras, de 10 a 49 y de 50 o más, respectivamente, previéndose su financiación a cargo de una aportación extraordinaria al presupuesto del SEPE.

En el ámbito de la protección social, me remito a las explicaciones efectuadas en otro artículo de este número y revista.

Dos aspectos relevantes conviene reseñar adicionalmente: en primer lugar, que no quedará la empresa obligada a reintegrar a la Seguridad Social las cantidades por las que haya quedado exenta en materia de cotización cuando acredite que ha puesto a disposición de las personas trabajadoras las acciones formativas y que por parte de estas no se han realizado; y, en segundo término, que cuando haya un incumplimiento por parte empresarial se deberá reintegrar «el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación con la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes».

En la misma línea que la normativa dictada en la primera etapa de la pandemia, se dispone que:

No se considerará incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo [y que] [e]n particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

5. La restricción de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial y la recuperación de la ultraactividad

5.1. El marco general de la modificación

Es objeto de atención la reforma operada en materia de negociación colectiva, más exactamente en el título III del ET, titulado «De la negociación colectiva y de los convenios colectivos»; reforma breve en cuanto a su extensión y trascendental en cuanto a su contenido.

En efecto, es breve por su extensión, ya que consiste en la supresión de la letra a) del artículo 84.2 y en la modificación del último párrafo del artículo 86.4, y es trascendental en su contenido en cuanto a que desaparece la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre los de ámbito sectorial en materia de salario, por una parte, y se recupera la regla de la ultraactividad del convenio denunciado mientras no se alcance acuerdo sobre uno nuevo, derogando la regla del periodo máximo de 1 año, salvo acuerdo convencional en contrario, previsto en el texto ahora derogado, por otra.

No es de extrañar por ello que este bloque de la reforma haya sido valorado por las organizaciones sindicales participantes en la mesa del diálogo social sobre la modernización del mercado de trabajo como uno de los elementos básicos del acuerdo alcanzado el 22 de diciembre e incorporado, sin modificaciones, al RDL 32/2021 y que algunos sectores del mundo empresarial hayan manifestado su discrepancia, en especial en lo relativo a la recuperación de la ultraactividad, por considerar que puede producirse una «petrificación» del convenio, algo que, subrayo por mi parte, no está escrito en ningún lugar que se produzca si ambas partes tienen interés en buscar un nuevo acuerdo y saben negociar, y ceder cuando sea necesario, para alcanzarlo.

Tampoco es de extrañar que la exposición de motivos del RDL 32/2021 subraye la importancia de estos cambios, en el marco de una necesaria y más amplia reforma de la negociación colectiva que, sin duda, debería producirse con ocasión de la futura elaboración del Estatuto del trabajo del siglo XXI¹⁷.

En efecto, se apunta en la exposición de motivos a la modernización de la negociación colectiva como una de las piezas que integran la reforma normativa para dar cumplimiento a lo dispuesto en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia,

¹⁷ Desde luego, material doctrinal, jurisprudencial y vida real de las relaciones de trabajo no faltan. Si para muestra vale un botón, de oro, disponemos de la reciente magna obra colectiva de Cruz Villalón *et al.* (2021), dedicada al profesor Fernando Valdés Dal-Ré y en la que participan 42 especialistas del mundo académico.

justificándose los cambios que deben operarse y que, a mi parecer, van más allá en la exposición de motivos de las modificaciones introducidas por el RDL 32/2021, muy probablemente porque se pretende dejar abierto el camino para nuevos cambios en el futuro, por las que se califican de «debilidades y distorsiones»¹⁸ que hay que corregir¹⁹.

Como ya he indicado con anterioridad, la modernización se concentra en la reforma ahora analizada en dos ámbitos temáticos, restringiendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa y recuperando el mantenimiento de la vigencia del convenio denunciado mientras se negocia el siguiente y hasta que se alcance un acuerdo.

Tales cambios se explican en la exposición de motivos en estos términos:

Se establecen las necesarias modificaciones en la arquitectura de la negociación colectiva, en aspectos tales como la ultraactividad de convenios y la relación entre convenios sectoriales y de empresa, asegurando las cautelas y garantías para que la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada. Asimismo, recupera el papel central y se fortalece el ámbito legítimo de actuación de los sujetos negociadores de los convenios colectivos.

¹⁸ «a) Una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna. Así, las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue.

b) Falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables, que se traduce en un incremento de la inseguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras por sus efectos sobre la transparencia competitiva, el normal desarrollo de las relaciones contractuales entre las empresas, incluida la descentralización, y los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo.

c) Unas reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa que deben ser matizadas a efectos de reforzar el convenio sectorial. El sistema de concurrencia de convenios colectivos debe equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, previendo los necesarios contrapesos y cautelas que no distorsionen la capacidad competitiva de las empresas ni reduzcan las condiciones laborales de las personas trabajadoras. Por tanto, los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada».

¹⁹ Una temática siempre conflictiva en todas las reformas llevadas a cabo en materia de negociación colectiva ha sido la de concurrencia de convenios estatales y autonómicos. *Vid.* al respecto la sugerente reflexión de Jesús Cruz (Cruz Villalón, 2022a) que va mucho más allá del debate sobre la reforma y que al mismo tiempo proporciona unas pautas de interpretación muy sólidas para responder a determinadas críticas vertidas por algunas fuerzas políticas autonómicas sobre lo que califican de «inferioridad» en la prioridad aplicativa de los convenios sectoriales autonómicos sobre los estatales.

Compárense estas tesis con la justificación efectuada en la exposición de motivos de la reforma laboral de 2012 respecto a la prioridad aplicativa del convenio de empresa y la restricción temporal de la ultraactividad y podrán comprobar las grandes diferencias existentes respecto a la importancia de la negociación en sede sectorial:

La anterior reforma del mercado trabajo también pretendió incidir en la estructura de la negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo. No obstante, la efectiva descentralización de la negociación colectiva se ha dejado en manos de los convenios estatales o autonómicos, pudiendo impedir esa prioridad aplicativa. La novedad que ahora se incorpora va encaminada, precisamente, a garantizar dicha descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores [y] [e]n cuarto lugar, en materia de negociación colectiva se prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, se da prioridad al convenio colectivo de empresa y se regula el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos. Las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa [y también que] [f]inalmente, con el fin de procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos, se introducen cambios respecto a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo. Se pretende, en primer lugar, incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Pero, además, para cuando ello no resulte posible, se pretende evitar una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año.

Un primer apunte sobre aquello que podía ser el inicio de un cambio relevante en cuanto a la prioridad aplicativa del convenio de empresa, que hay que reconocer que no se ha «trasladado», y solo parcialmente, a la normativa laboral general, ET, hasta la nueva reforma, ya se señaló en la Ley de contratos del sector público, que reconoció la prioridad aplicativa de convenio de sector en los artículos 122 (Pliegos de cláusulas administrativas particulares), 149 (Ofertas anormalmente bajas) y 202 (Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden).

5.2. La desaparición de la rebaja salarial

Volvemos a la reforma laboral de 2021, y hemos de llegar al apartado 9 del artículo 1, para conocer que ha desaparecido el apartado a) del anterior artículo 84.2, es decir, queda

sin efecto la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, sobre «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa», manteniéndose inalterado el resto del artículo con solo el cambio de letra correspondiente a cada materia sobre la que se puede negociar²⁰.

Por consiguiente, sigue vigente la posibilidad de negociar, y gozar de prioridad aplicativa en todo aquello relativo a:

- a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras.
- d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos.
- e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Asimismo, no se ha producido modificación alguna sobre la prioridad aplicativa que también tendrán en estas materias «los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1», y la imposibilidad de su disposición por los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

En relación con el debate de si es posible modificar la jornada de trabajo, en cuanto a que no hay una mención expresa a la misma, me permito recordar ahora, para la tesis negativa, la Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2016 (rec. 290/2015). La cuestión debatida

²⁰ Juan Bautista Vivero disecciona con detalle esta temática y efectúa una valoración positiva de la reforma, manifestando que el resultado alcanzado:

[...] conecta mucho mejor con las señas de identidad estructurales del derecho del trabajo, que es un ordenamiento de tutela o protección de las personas trabajadoras, pero sin dejar de contribuir a la sostenibilidad económica de las empresas. Al fin y al cabo, la prioridad aplicativa *ex lege* del convenio de empresa en materias distintas de la salarial, normativa ahora vigente, ni es una excentricidad en el panorama europeo ni resulta indiferente para la legítima demanda empresarial de gestión flexible de los recursos humanos ni parece que pueda debilitar en exceso a la negociación colectiva sectorial (Vivero Serrano, 2022).

versaba sobre la concurrencia de un convenio colectivo de grupo negociado por primer vez («producto normativo negociado», en gráfica expresión de la sala) que concurre (y de ahí la referencia al art. 84.2 ET) con diversos convenios de ámbito superior (provinciales) que regulaban de manera distinta, en lo que ahora interesa destacar, la jornada anual de trabajo, por lo que el debate jurídico se planteaba en determinar si «en relación con la jornada de 2015 existía una norma convencional vigente que permitiera entender que pervivían situaciones más ventajosas para los trabajadores afectados». Es en este punto donde hay que acudir al artículo 84.2, de cuya lectura se infiere que la duración de la jornada anual de trabajo no se encuentra entre las materias listadas con anterioridad; por decirlo, pues, en términos jurídicos, y con las propias palabras de la sentencia, «no existiría en ningún caso prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa mientras la vigencia del convenio colectivo provincial provocara la concurrencia de ambos convenios»; tesis que además es expresamente recogida en el propio convenio colectivo del grupo, en el segundo párrafo del artículo 8.

5.3. La recuperación de la ultraactividad

La segunda modificación se encuentra en el artículo 86, apartado 4.

La reforma nos devuelve a la regulación existente con anterioridad a la reforma operada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, siendo la regla general la de vigencia indefinida del convenio denunciado y mientras no se alcance un nuevo acuerdo, disponible por las partes para su modificación si así lo consideran oportuno. Es decir, se invierten las reglas del juego jurídico con respecto a la normativa anterior, que fijaba la duración máxima de la ultraactividad salvo que las partes llegaran a un acuerdo en otros términos.

Cabe indicar, acercándonos a la realidad negocial, que la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) ha publicado recientemente (CCNCC, 2021) un estudio sobre la denuncia y ultraactividad de 9.135 convenios colectivos firmados por las autoridades laborales entre el 1 de enero de 2016 y el 30 de junio de 2021.

Refiriéndose concretamente a la ultraactividad, el informe constata que:

El 36,3 % del total de convenios colectivos analizados ha acordado una ultraactividad limitada en el tiempo. En este grupo, la gran mayoría de los convenios, concretamente el 24,1 % del total, ha optado por la vía del artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, que establece una ultraactividad de 1 año tras la denuncia. También dentro de este grupo de convenios con ultraactividad limitada, los convenios que acuerdan una ultraactividad entre 13 y 36 meses representan el 8,5 % del total, en tanto que el resto de las duraciones (ultraactividad menor de 12 meses, mayor de 36 meses y sin ultraactividad) tienen una presencia muy reducida.

Es decir, «el 63,7 % de los convenios tiene una ultraactividad que se prolonga hasta la firma de un nuevo convenio colectivo».

En cuanto a la afectación de las distintas cláusulas de ultraactividad, el informe expone que:

En términos de trabajadores, el 59 % del total de los cubiertos por los convenios firmados entre 2016 y el primer semestre de 2021 está afectado por cláusulas que prolongan la ultraactividad hasta la firma de un nuevo convenio y el 41 % restante por cláusulas con una ultraactividad temporalmente limitada. Dentro del grupo con ultraactividad limitada temporalmente, los trabajadores de los convenios que establecen una ultraactividad de 1 año son los que tienen mayor peso relativo (constituyen el 23,2 % del total de los trabajadores), seguidos por los cubiertos por cláusulas de ultraactividad de más de 12 y hasta 36 meses (alcanzan el 14,2 % del total de los trabajadores). El resto de las opciones afectan a relativamente pocos trabajadores.

Más allá de la tipología de las cláusulas y del número de personas trabajadoras afectadas por cada una de ellas, lo cierto es que la reforma de 2021 hace decaer y deja sin contenido la jurisprudencia del TS y también la del TS que había avalado plenamente su validez²¹.

Por último, remito a mi exposición al examinar las disposiciones transitorias que versan sobre la negociación colectiva, con una regulación que, como ya he indicado, a mi parecer, trata de potenciarla y colocar a la parte trabajadora en una situación de igualdad con la contraparte empresarial, algo que no deja de ser, recordemos una vez más, uno de los objetivos de la reforma.

6. Recapitulación final

Concluyo aquí mi primera, y forzosamente provisional, valoración y análisis de la reforma laboral, a la espera de próximos artículos en los que, sin duda, habrá que tener muy presente toda la riqueza doctrinal que ya existe desde que se publicó, e incluso antes, el RDL 32/2021.

Bienvenido sea el debate, en el que espero participar ya tras la lectura tranquila y pausada de todas las aportaciones, y desde mi perspectiva de la recuperación del derecho del trabajo y de la seguridad social como elemento central de la cohesión social en el mundo del trabajo y de mejora de la calidad de vida, en la que la laboral es solo una parte de ella, de la población trabajadora, y no como un mero apéndice, como pretendió la reforma laboral de 2012, de la vida económica.

²¹ Con respecto al TS, *vid.* mi valoración bastante crítica de su jurisprudencia en Rojo Torrecilla (2018).

Referencias bibliográficas

- Álvarez Cortés, J. C. (11 de enero de 2022). Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma del RD-Ley 32/2021 (I): las modificaciones del art. 47 ET. *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*. <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/11/los-expedientes-de-regulacion-temporal-de-empleo-tras-la-reforma-del-rd-ley-32-2021-i-las-modificaciones-del-art-47-et/>.
- Aparicio Tovar, J. (13 de enero de 2022). *El RD-L 32/2021 de 28 de diciembre de reforma laboral: tejiendo el manto de Penélope*. NET21.org. <https://www.net21.org/el-rd-l-32-2021-de-28-de-diciembre-de-reforma-laboral-tejiendo-el-mando-de-penelope/>.
- Basterra Hernández, M. (31 de diciembre de 2021). *Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/primera-valoraciones-a-la-reforma-laboral-del-rdl-32-2021/>.
- Baylos Grau, A. (18 de enero de 2022). La importancia de la negociación colectiva y las críticas a la reforma laboral. *Según Antonio Baylos...* <https://baylos.blogspot.com/2022/01/la-importancia-de-la-negociacion.html>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (29 de diciembre de 2021). Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): impacto en contrataciones y subcontratas y el «trabajo externalizado» (primeras valoraciones sobre los nuevos arts. 42.6, 84.2, 15 y 16 ET). *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primera-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (11 de enero de 2022). Nueva reforma laboral 2021 (RD-Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre su impacto en la negociación colectiva (prioridad aplicativa y ultraactividad). *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2022/01/11/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-su-impacto-en-la-negociacion-colectiva-prioridad-aplicativa-y-ultraactividad/>.
- Cabeza Pereiro, J. (4 de enero de 2022). *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*. NET21.org. <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2022/01/PRIORIDAD-APLICATIVA-DE-CONVENIOS-Y-REGLAS-TRANSITORIAS-1.pdf>.
- Casas Baamonde, M. E. (29 de diciembre de 2021). *La AEDTSS destaca el diálogo social, la flexibilidad interna y la lucha contra la temporalidad como puntos clave de la reforma laboral*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/la-aedtss-destaca-el-dialogo-social-la-flexibilidad-interna-y-la-lucha-contra-la-temporalidad-como-puntos-clave-de-la-reforma-laboral/>.
- Cavas Martínez, F. (11 de enero de 2022). *El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva reforma laboral 2021*. NET21.org. <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/>.
- Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC). (2021). Boletín número 80/noviembre 2021. https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Boletin/No_80_noviembre_2021.pdf.
- Crespí Ferrior, M. M. (25 de enero de 2022). *La concurrencia de convenios colectivos en la reforma laboral de 2021*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/la-concurrencia-de-convenios-colectivos/>.

- Cruz Villalón, J. (29 de diciembre de 2021). Una reforma estructural con futuro. *El País*. <https://elpais.com/economia/2021-12-29/una-reforma-estructural-con-futuro.html>.
- Cruz Villalón, J. (18 de enero de 2022 –2022a–). *Los convenios colectivos autonómicos en su relación de concurrencia con el resto de los ámbitos negociales*. NET21.org. <https://www.net21.org/los-convenios-colectivos-autonomicos-en-su-relacion-de-concurrencia-con-el-resto-de-los-ambitos-negociales/>.
- Cruz Villalón, J. (20 de enero de 2022 –2022b–). *El sistema RED de regulación temporal de empleo*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf>.
- Cruz Villalón, J.; González-Posada, E. y Molero Marañón, M. L. (Dirs.). (2021). *La negociación colectiva como institución central del sistema de relaciones laborales. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*. Bomarzo.
- Dueñas Herrero, L. J. (6 de enero de 2022). *Negociación colectiva + Diálogo social = Acuerdo de Gobernanza: la reforma laboral 2021 de la devaluación salarial de la subcontratación*. NET21.org. <https://www.net21.org/negociacion-colectiva-dialogo-social-acuerdo-de-gobernanza-la-reforma-laboral-2021-de-la-devaluacion-salarial-de-la-subcontratacion/>.
- García-Perrote Escartín, I. (2019). La reforma del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. *IUSLabor*, 1.
- Gómez Sánchez, T. V. (14 de enero de 2022). La reforma laboral: una extraña coincidencia. *El Confidencial*. https://blogs.elconfidencial.com/economia/tribuna/2022-01-14/reforma-laboral-extrana-coincidencia-dialogo-social_3357828/.
- Instituto Nacional de Estadística (INE). (28 de octubre de 2021). *Encuesta de población activa (EPA). Tercer trimestre de 2021*. <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0321.pdf>.
- Lahera Forteza, J. (30 de diciembre de 2021). Cuatro objetivos reformistas. *El País*. <https://elpais.com/economia/2021-12-30/cuatro-objetivos-reformistas.html>.
- Llorente, P. (29 de diciembre de 2021). Flexibilidad interna y reforma laboral 2021. *Cinco Días*. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/12/28/opinion/1640682661_002851.html.
- López Anierte, M. C. (25 de marzo de 2021). *Hacia la dignificación del trabajo externalizado*. NET21.org. <https://www.net21.org/hacia-la-dignificacion-del-trabajo-externalizado/>.
- López Anierte, M. C. (28 de enero de 2022). *El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/el-papel-de-la-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral/>.
- López Trujillo, N. (5 de enero de 2022). *Cómo afecta la reforma laboral a las Kellys: preguntas y respuestas*. Newtral. <https://www.newtral.es/reforma-laboral-kellys/20220105/>.
- Martínez Barroso, M. R. (19 de enero de 2022). *El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios*. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf.
- Mercader Uguina, J. R. y Puebla Pinilla, A. de la. (30 de diciembre de 2021). La reforma laboral de 2021: elogio de la sensatez. *El*

- Foro de Labos.* <https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogia-de-la-sensatez/>.
- Merino Segovia, A. (25 de enero de 2022). *La restitución de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado en la reforma laboral 2021.* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/1-Ultraactividad-AEDTSS-Amparo-Merino.pdf>.
- Morales Ortega, J. M. (7 de enero de 2022). La esperada reforma laboral, el inesperado 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 desde la perspectiva de la negociación colectiva. *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado.* <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/07/la-esperada-reforma-laboral-el-inesperado-real-decreto-ley-32-2021-de-medidas-urgentes-para-la-reforma-laboral-la-garantia-de-la-estabilidad-en-el-empleo-y-la-transformacion-del-mercado-de-trabajo-d/>.
- Ramos Quintana, M. I. (31 de diciembre de 2021). *Salarios y negociación colectiva sectorial: el impacto de la reforma laboral de 2021.* NET21.org. <https://www.net21.org/salarios-y-negociacion-colectiva-sectorial-el-impacto-de-la-reforma-laboral-de-2021/>.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (2021a). Un cambio de paradigma en la regulación laboral de las contratadas. *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 4, 11-23. <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2021.i4.01>.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (27 de diciembre de 2021 –2021b–). El acuerdo de 22 de diciembre para la reforma laboral. *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado.* <https://grupo.us.es/iwpr/2021/12/27/el-acuerdo-de-20-de-diciembre-de-2021-para-la-reforma-laboral/>.
- Rojo Torrecilla, E. (31 de agosto de 2018). Convenio colectivo. Fin de la ultraactividad y aplicación del convenio colectivo de ámbito superior. El TS valida la reforma laboral de 2012 (con un voto particular mínimamente discrepante). A propósito de la sentencia de 5 de junio de 2018. *El Blog de Eduardo Rojo.* <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/08/convenio-colectivo-fin-de-la.html>.
- Sala Franco, T. (31 de diciembre de 2021). *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.* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Sala_REFORMA-LABORAL-2021.pdf.
- Sanguinetti Raymond, W. (5 de enero de 2022). La reforma laboral y el espíritu de nuestro tiempo. *El Blog de Wilfredo Sanguinetti.* <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2022/01/05/la-reforma-laboral-de-2021-y-el-espiritu-de-nuestro-tiempo/>.
- Vila Tierno, F. (14 de enero de 2022). Unas mínimas reflexiones en materia de contratos y negociación colectiva en la reforma laboral 2021 (RDL 32/2021). *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado.* <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/14/unas-minimas-reflexiones-en-materia-de-contratos-y-negociacion-colectiva-en-la-reforma-laboral-2021-rdl-32-2021/>.
- Vivero Serrano, J. B. (27 de enero de 2022). *La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial.* Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.aedtss.com/la-supresion-de-la-prioridad-aplicativa-del-convenio-de-empresa-en-materia-salarial/>.

