

Núm. 40/2021

Aspectos críticos en relación con las principales modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 32/2021

Barcelona, viernes, 31 de diciembre 2021

1. Reforma de la contratación temporal (Art. 15 ET)

Por parte de Fomento del Trabajo compartimos el objetivo de reducir las elevadas tasas de temporalidad de nuestro mercado de trabajo. Sin embargo, la Reforma aprobada es regresiva, desalineada y desconocedora de la realidad y necesidades de nuestro tejido productivo, y cuya aplicación comportará graves perjuicios para el empleo y para las empresas que legítimamente y por la naturaleza de su actividad necesitan utilizar el mecanismo de la contratación temporal.

En este sentido, se debería configurar un sistema de contratación adaptado a las necesidades de empresarios y trabajadores, con fórmulas claras y fáciles de gestionar; otorgando mayor seguridad jurídica, atenuando la dualidad existente entre la contratación temporal e indefinida; racionalizando el número de contratos y el régimen de bonificaciones; potenciando la contratación indefinida flexibilizando diversas figuras y materias vinculadas; no penalizando la contratación temporal causal y necesaria; mejorando la contratación a tiempo parcial; intensificando e incentivando la contratación de jóvenes con fórmulas flexibles, así como la contratación de colectivos con especiales dificultades para su inserción en el mercado laboral.

Lamentablemente, la Reforma acordada únicamente se focaliza en la penalización de la contratación temporal, aún en los supuestos legítimos y necesarios, tanto por la vía de la supresión de casuísticas necesarias, como por toda una serie de sobrecostes empresariales, tanto en indemnizaciones, como en cotizaciones a la Seguridad Social. Este ha sido el sistema utilizado durante los últimos años, sin que el resultado haya sido el incremento de la contratación indefinida.

Las normas de contratación tienen que ser breves, concretas y claras. En caso contrario apuntan a la inseguridad jurídica, al error o incluso al favorecimiento del fraude, con el consiguiente perjuicio para las empresas que actúan correctamente y en beneficio de los supuestos de competencia deseal.

En este sentido, la reforma que se hace del art. 15 es farragosa, generará conflictos y lo que subyace en ella, es la dificultad en la utilización de dichos contratos para numerosos sectores y empresas.

Se suprime el contrato de obra o servicio determinado, que comportaba el 50% de la contratación temporal, y que está presente en todos los ordenamientos jurídicos de los países de la Unión Europea, y se establecen restricciones en casuísticas actualmente permitidas que son claramente de naturaleza temporal, por lo que es contraproducente para numerosas empresas y sectores empresariales, que no van a tener herramientas para dar respuesta a sus necesidades, ya que no son "indefinidas".

En consecuencia, los puntos críticos de esta Reforma respecto al art. 15 del ET son:

- **Se prohíben o limitan casuísticas que desde hace muchos años habilitaban de manera pacífica y útil la formalización de contratos temporales** y ahora no se permite la contratación conforme a cualquier tipo de necesidad organizativa o productiva de tipo temporal que tenga la empresa. La nueva regulación introduce mayores dosis de inseguridad jurídica e impide que se pueda utilizar en actividades y casuísticas de naturaleza temporal necesarias para la empresa.
- **Se suprime el contrato por obra o servicio determinado.**
- Respecto al **contrato eventual** la normativa anterior explicitaba que se podía formalizar en los siguientes supuestos:

"Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa."

Ahora, se limita a estos supuestos:

1. Uno de 6 meses (ampliable hasta un máximo de un año por convenio colectivo sectorial):

"Se entenderá por circunstancias de la producción el incremento ocasional e imprevisible y las oscilaciones que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no responda a los supuestos incluidos en el artículo 16.1)".

Limitado por el art. 16.1 que dice lo siguiente y que impide hacer contratos temporales:

"El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados."

2. Otro de un máximo de 90 días, que no podrán ser utilizados de manera continuada:

"Para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada".

- La nueva regulación **establece una reducción respecto a la duración máxima del contrato temporal**. Se debería ampliar la duración del contrato de duración determinada por circunstancias de la producción. Tanto la duración máxima de 6

meses (ampliable excepcionalmente hasta un año por convenio colectivo sectorial), como la duración máxima de 90 días en los contratos para actividades ocasionales, puesto que son absolutamente insuficientes. (Se ha de considerar que el contrato por obra y servicio determinado, que ahora desaparece, podía tener una duración máxima de tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo y el contrato eventual podía tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses. Por convenio colectivo se podía ampliar el periodo máximo dentro del cual se podía realizar siendo de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses.).

En definitiva, que la duración prevista para el nuevo contrato temporal es significativamente inferior a los contratos por obra o servicio determinado y eventual, vigentes hasta ahora.

- **Art. 151 LGSS:** 1. Los contratos de duración determinada inferior a 30 días tendrán una cotización adicional a cargo del empresario a la finalización del mismo.

2. Dicha cotización adicional se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes.

Esto supone una cotización adicional de 26 euros.

No se aplicará a los regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena agrarios, de empleadas del hogar y de la minería del carbón, ni a los contratos por sustitución.

- Apartado 5 del art. 15: **Se debería eliminar la conversión del contrato temporal a indefinido en el supuesto de ocupar un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de 24 meses en un período de 30 mediante contratos de duración determinada, previsto en el párrafo segundo del art.15.** Se trata de una novedad de la Reforma contraproducente para las empresas que necesitan cubrir puestos de trabajo de naturaleza temporal.

No únicamente no se elimina, si no que en la última versión publicada en el RDL 32/2021 se reduce el periodo de 24 meses en un período de 30, a 18 meses en un período de 24 por conversión en indefinido. Y no únicamente en este supuesto, sino también en el de las personas trabajadoras que en un período de 24 meses hayan estado contratadas 18 meses por la misma empresa con 2 o más contratos.

2. Contrato fijo-discontinuo (Art. 16 ET)

Se incorpora una modificación especialmente perjudicial para los diversos sectores que han de utilizar esta tipología contractual, dado que en el RDL 32/2021, se establece que **“las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados**, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia”.

La jurisprudencia había clarificado, en unificación de doctrina, que las indemnizaciones por despido de fijos-discontinuos debían calcular su cuantía en función de los períodos de actividad efectiva, desestimando la pretensión de que se calculen en función de los años naturales de duración de la relación laboral.

Este redactado genera inseguridad jurídica y abre la puerta a interpretar que, incluso las indemnizaciones por despido, se calculen considerando toda la relación laboral y no el tiempo de servicio efectivamente prestado. Es necesario que se suprima o clarifique esta modificación en la tramitación parlamentaria.

En consecuencia, la modificación recogida en el RDL 32/2021, es especialmente gravosa y pueda comportar un incremento sustancial de costes para las empresas y sectores que utilizan la figura del contrato fijo-discontinuo, salvo que se rectifique o clarifique el texto para evitar conflictos jurídicos.

3. Subcontratación (Art. 42 ET)

La reforma incorpora como única, pero importante novedad, que **“el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será el del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata**, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84.”

Sin entrar en valoraciones sobre la idoneidad de esta modificación, en un análisis meramente objetivo, esta reforma elimina un mecanismo flexibilizador para determinadas empresas que aplicaban el convenio propio de empresa y que suponía una respuesta más eficaz a sus necesidades organizativas, así como una reducción de costes empresariales.

4. Expedientes Regulación de Empleo (Art. 47 ET)

El procedimiento de ERTes es un mecanismo flexibilizador positivo que propicia soluciones temporales en procesos de dificultad empresarial, como solución alternativa a soluciones más traumáticas como despidos o EREs.

En consecuencia, los elementos que se incorporan en la nueva normativa como los ERTes de fuerza mayor por impedimento o limitación, entre otros, son positivos.

No obstante, y sin perjuicio de la pérdida de oportunidad que supone no haber introducido herramientas que podían introducir mayor flexibilidad en la gestión de estas situaciones, no se comparten aquellos aspectos que se introducen y que comportan restricciones al poder de dirección empresarial por el hecho de solicitar un ERTE como son los siguientes:

- **Se prohíbe la realización de horas extraordinarias, nuevas externalizaciones, y nuevas contrataciones laborales.** No se puede aceptar esta limitación, porque hay muchas situaciones en las que su cumplimiento impide o dificulta innecesariamente la gestión de la actividad empresarial.

- Existirán **beneficios en la cotización + incremento del crédito para formación, pero sólo para las empresas que desarrollen acciones formativas, y asuman el compromiso de mantenimiento del empleo**, lo que dificultará enormemente el acceso a los beneficios por la mayor parte de las empresas.

5. Mecanismo RED de flexibilidad y estabilidad en el empleo (Art. 47 bis ET)

- Establece un mecanismo de activación, absolutamente extraño en el Ordenamiento Jurídico, de una total rigidez y desconocimiento de las necesidades que pueden tener las empresas en momentos de dificultad económica, según se trate de causas estructurales o cíclicas.
- **Absoluta intervención de la Administración pública.** Resulta inadmisibile que, de conformidad con el texto propuesto, la activación del Mecanismo RED, quede en manos de los Poderes Políticos.
- Introduce unas "causas" para la activación, que serán determinadas por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Economicos.
- El "circuito administrativo" que se propone, llegando incluso al Consejo de Ministros, para un tema de gestión empresarial se nos antoja totalmente inadecuado. Las decisiones empresariales, en la mayoría de las ocasiones, requieren agilidad y rapidez para ser eficaces. El recorrido que se plantea, es evidente, que por su propio diseño adolece de estas características.
- Se vuelve al sistema de **autorización administrativa**. No debería aceptarse esta intervención político-administrativa en el proceso. Es evidente que sobra la autorización administrativa, tanto en los casos de acuerdo como de desacuerdo. La Autoridad Laboral, ya tiene documentación para determinar si la actuación empresarial es correcta o no lo es. Si no lo es (dolo, fraude, abuso de derecho, etc.), puede ordenar la actividad inspectora de oficio.
- **Se prohíbe la realización de horas extraordinarias, nuevas externalizaciones, y nuevas contrataciones laborales.** No son aceptables estas limitaciones contrarias al poder de dirección empresarial y a la creación de empleo. Como tampoco lo es el mecanismo de salvaguarda del empleo durante 6 meses.

6. Concurrencia (Prioridad aplicativa del convenio de empresa. Art. 84 ET)

Se suprime la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto a "la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa".

En consecuencia, y considerando que la mayor parte de supuestos en los que las empresas utilizaban este mecanismo estaba vinculado a este apartado salarial, la modificación normativa que la suprime comportará que la aplicación de este artículo sea inoperativo para numerosas empresas.

7. Vigencia de los convenios colectivos (Art. 86 ET Ultraactividad)

La nueva normativa **establece que ante la inexistencia de acuerdo en el proceso negociador, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo.**

La modificación de la normativa sobre ultraactividad a partir de la reforma laboral de 2012 comportó un impulso de la negociación colectiva, renovando numerosos convenios que estaban obsoletos y con contenidos petrificados que venían arrastrándose durante muchos años, tal y como constata el aumento exponencial del número de convenios colectivos registrados desde la entrada en vigor de la reforma hasta la actualidad.

Una contrarreforma como la aprobada, para volver a la regulación anterior de la ultraactividad es enormemente perjudicial, dado que los negociadores de una parte podrán mantener indefinidamente condiciones laborales y salariales obsoletas, inasumibles o inadaptadas a cada coyuntura empresarial, paralizando parte de la negociación colectiva e impidiendo la actualización de sus contenidos.

8. Modificaciones en las infracciones y sancionales a las empresas

Se introduce en la LISOS una modificación sustancial como es que a partir de la nueva normativa se considerará **una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas y no como hasta ahora una infracción por empresa**, en diversos supuestos relevantes.

Esta modificación implicará un incremento exponencial en las sanciones que deberán afrontar las empresas.

Asimismo, se incrementan las cuantías de las sanciones previstas en la LISOS para las empresas en diversos supuestos.