

LA METAMORFOSIS DE LOS MECANISMOS DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y REDUCCIÓN TEMPORAL DE JORNADA EN LA REFORMA LABORAL DE 2021*

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidade de Vigo

jcabeza@uvigo.es

RESUMEN

El mantenimiento del empleo en épocas desfavorables constituye uno de los grandes retos del mercado de trabajo español. Tradicionalmente, las sucesivas crisis han generado destrucciones de empleo masivas y han abocado a inmensas cohortes de personas trabajadoras a la situación de desempleo. La experiencia de la pandemia producida por la COVID-19 ha enviado un mensaje de esperanza, pues ha sido posible contener el empleo mediante sistemas mejor organizados de suspensión del contrato y reducción de jornada. Con esa experiencia, la reforma de 2021 ha modificado la regulación de la dichas medidas adoptadas por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción o de fuerza mayor mediante unas reglas más ambiciosas y rodeadas de instrumentos de protección de las personas y de las empresas afectadas. Además, ha introducido un mecanismo novedoso, llamado "Mecanismo RED", en el que se confiere un gran protagonismo a la autoridad gubernativa y a la administración laboral para que las empresas afectadas por crisis económicas cíclicas o por retos de transformaciones sectoriales puedan acogerse a tales medidas. En este artículo se valora críticamente la nueva normativa, destacando sus fortalezas y sus debilidades.

Dedico este artículo a la memoria de mi querido amigo Fernando Martínez Randulfe, persona imprescindible en mi vida.

Recibido: 17/04/2022 — Aceptado: 06/04/2022

Palabras clave: ERTE; fuerza mayor; suspensión del contrato, reducción de jornada.

ABSTRACT

Maintaining employment in unfavorable times is one of the great challenges of the Spanish labor market. Traditionally, successive crises have generated massive job losses and have led huge cohorts of working people to unemployment. The experience of the pandemic produced by COVID-19 has sent a message of hope, since it has been possible to contain employment through better organized systems of contract suspension and reduction of working hours. With this experience, the 2021 reform has modified the regulation of said measures adopted for economic, technical, organizational and production reasons or force majeure through more ambitious rules and surrounded by toolss designed to protect the people and companies affected. In addition, it has introduced a novel mechanism, called the "NET Mechanism", in which a major role is given to the government authority and the labor administration so that companies affected by cyclical economic crises or by challenges of sectoral transformations can take advantage of such measures. This article critically assesses the new regulations, highlighting their strengths and weaknesses.

Keywords: Employment hiring; Unconstitutionality; Fake TRADE; Determined work or service; 2021 labor reform.

RESUMO

O mantemento do emprego en épocas desfavorables constitúe un dos grandes retos do mercado de traballo español. Tradicionalmente, as sucesivas crises xeraron destrucións de emprego masivas e abocaron a inmensas cohortes de persoas traballadoras á situación de desemprego. A experiencia da pandemia producida pola COVID-19 enviou unha mensaxe de esperanza, pois foi posible conter o emprego mediante sistemas mellor organizados de suspensión do contrato e redución de xornada. Con esa experiencia, a reforma do 2021 modificou

a regulación das ditas medidas adoptadas por causas económicas, técnicas, organizativas e de producción ou de forza maior mediante unhas regras más ambiciosas e arrodeadas de instrumentos de protección das persoas e das empresas afectadas. Ademáis, se introduciu un mecanismo novedoso, chamado "Mecanismo REDE", no que se confire un gran protagonismo á autoridade gobernativa e á administración laboral para que as empresas afectadas por crises económicas cíclicas ou por retos de transformacións sectoriais poidan acollererse a tales medidas. Neste artigo se valora criticamente a nova normativa, resaltando as súas fortalezas e debilidades.

Palabras clave: ERTE; forza maior; suspensión do contrato, redución de jornada.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. EL ÁMBITO CAUSAL; 3. LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS; 4. LAS NOVEDADES DE LA SUSPENSIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS E.T.O.P.; 5. LAS NOVEDADES DE LA SUSPENSIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR FUERZA MAYOR; 6. REGLAS COMUNES A LOS EXPEDIENTES ETOP Y DE FUERZA MAYOR, EN AMBAS MODALIDADES; 6.1. REGLAS SUSTANTIVAS; 6.2. REGLAS DE ACOMPAÑAMIENTO; 6.2.1. El desarrollo de acciones formativas; 6.2.2, Las exenciones de cotización; 6.2.3. Protección por desempleo; 7. EL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO; 7.1. COMENTARIOS GENERALES; 7.2 TIPOLOGÍA Y ACTIVACIÓN; 7.3. EL EXPEDIENTE AMPARADO EN EL MECANISMO RED; 7.4. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR MEDIDAS AMPARADAS EN EL MECANISMO RED; 7.5. FINANCIACIÓN, COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN; 8. CONCLUSIÓN; 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La normativa de emergencia aprobada en respuesta a la pandemia de la COVID19 ha supuesto el gran salto adelante de los mecanismos de mantenimiento del empleo mediante suspensiones y reducciones de jornada. En realidad, la preposición “mediante” requiere que se añadan otros instrumentos que han sido añadidos, casi al mismo nivel de importancia que la propia incidencia en el contrato de trabajo. Me refiero, por una parte, a las medidas de Seguridad Social, ya sean las de protección a las personas trabajadoras afectadas por aquéllas, ya las de alivio para las empresas de las cotizaciones sociales, así como el condicionamiento de estas últimas a compromisos verificables de mantenimiento del empleo. Por otra, a las reglas de incentivo de la formación de dichas afectadas, a los efectos de que mantengan y mejoren su profesionalidad y sus expectativas de encontrar ocupaciones alternativas, sea en la misma o en otra empresa. Debe explicitarse, así pues y ya desde el principio, que el entramado de los coloquialmente denominados “ERTES” aúna resortes más complejos y variados, de cuya suma debe explicarse la mayor o menor utilidad de todo el sistema y las perspectivas que pueden plantearse alrededor de él¹.

Es decir, el entramado normativo de mantenimiento del empleo se ha enriquecido con nuevas reglas, algunas claramente inspiradas en medidas ensayadas tiempo atrás²,

¹ Como expresa la doctrina, en este entramado normativo todas las partes ganan: las organizaciones sindicales, pues prosperan medidas para proteger el empleo en épocas de crisis y sustento económico a las personas afectadas; las organizaciones empresariales, que consiguen incentivos que reducen costes en Seguridad Social y reciben estímulos económicos; y el Gobierno, que se dota de mayores y mejores instrumentos de intervención. Así lo expresa RAMOS QUINTANA, M., *La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?*, Trabajo y Derecho, nº 87, 2022.

² Véase, vg., CABEZA PEREIRO, J., *Expedientes de regulación de empleo suspensivos como herramienta de mantenimiento del empleo: propuestas y alternativas*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 5, 2009, pp. 34 ss. y CABEZA PEREIRO, J., “La suspensión del contrato y la reducción de jornada al amparo del artículo 47 del estatuto de los Trabajadores”, VV.AA. (dirs. MONERO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS,

y otras aprobadas por primera vez. La pandemia ha sido, en realidad, el gran banco de pruebas, del cual se ha servido el RD-Ley 32/2021 para incluir una parte muy sustancial de sus contenidos. Pero sería parcial expresar esa influencia sin añadir que, además, la norma de urgencia incorpora contenidos muy novedosos, que a su vez entrañan una innovación muy grande en términos de técnica regulatoria y de política de relaciones laborales. Estos contenidos, en sus trazos básicos, fueron anunciados en el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de 2021³. Pero, sin duda, su plasmación normativa introduce innovaciones de gran trascendencia, que suscitan bastantes dudas, en algunos casos.

El renovado régimen del art. 47 y la aparición de un art. 47 bis requieren, por otra parte, de cierto desarrollo reglamentario, tanto por remisiones explícitas de uno u otro precepto, como por aspectos normativos que deben precisarse. En este sentido, es de esperar una modificación de cierta entidad del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RD 1483/2012, de 29 octubre). A la espera de que se apruebe, no pocos aspectos de relieve quedan al albur de su publicación y entrada en vigor.

Así trazado el nuevo marco legal, no es en absoluto una reacción frente a la reforma de 2012, aunque sí entra en confrontación con ella por un motivo distinto: en 2012, las modificaciones que se produjeron en el art. 47 ET, sin duda de entidad, no tuvieron un gran calado político ni una sustantividad autónoma excesiva. Más bien eran cambios derivados de los más de fondo que se produjeron en materia de despidos colectivos, sin que pueda decirse que la Ley

J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares (Granada, 2011) pp. 263 ss.

³ Sobre él, ROJO TORRECILLA, E., *La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación*, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, nº 467, 2022, p. 98-9 y MARTÍNEZ BARROSO, R., *El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios*, Colección briefs de la AEDTSS, 2022, en <https://www.aedtss.com/erte-flexibilidad/>.

3/2012 tuviera entre sus objetivos básicos el de dotar de más relieve y de más incidencia real las suspensiones y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y de fuerza mayor⁴. De hecho, lo más destacado consistía en la eliminación del sistema de autorización administrativa -lo cual, de forma refleja, imponía cambios en relación con los procesos de impugnación de las decisiones empresariales- y en una redefinición de las causas, sin duda ancilar de la que se producía en el art. 51, pero sin una entidad propia y diferenciada. En este sentido, sí que puede apreciarse cierta continuidad argumental entre la reforma de 2010 -la primera que planteó objetivos ambiciosos en torno a la suspensión y reducción de jornada como mecanismos útiles de mantenimiento del empleo, si bien con unos resultados bastante discretos- y la de 2021. Se percibe entre ambas una clara lógica secuencial, no contradicha por la de 2012, aunque esta de menor relieve que las otras dos.

Con estas premisas, en las páginas que siguen van a comentarse los cambios introducidos con el RD-Ley 32/2021. Desde luego, hay que hacer referencia separada a la nueva institución que se regula en el nuevo art. 47 bis ET, pero sin que por ello deba divorciarse todo el hilo argumental, porque, desde luego, hay una evidente unidad de lógica argumental entre la reducción de jornada o suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 47) y el mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del Empleo (art. 47 bis). Con todo, las reglas del primero de dichos preceptos que se mantienen inalteradas apenas van a ser comentadas, excepto que, por un motivo u otro, deba hacerse referencia a ellas para contrastar ciertas ideas o realizar valoraciones de conjunto.

⁴ Predicaba al respecto su exposición de motivos lo siguiente: "*la presente Ley pretende afianzar este mecanismo alternativo a los despidos, dándole agilidad mediante la supresión del requisito de autorización administrativa y estableciendo una prórroga del sistema de bonificaciones y reposición de prestaciones por desempleo previsto para estos supuestos*".

Desde una perspectiva externa, deben destacarse tres rasgos de la nueva redacción del art. 47 muy evidentes, dos explícitos y uno implícito: uno de ellos consiste en que la reducción de jornada se pone al mismo nivel de regulación que la suspensión del contrato. Incluso, como va a precisarse más adelante, se le reconoce preferencia aplicativa. Hasta ahora, y después de ser considerada por primera vez en el Estatuto de los Trabajadores en la reforma de 2010 -si bien ya anteriormente se reconocía explícitamente en la legislación de Seguridad Social, en cuanto a la protección por desempleo-, se regulaba de forma accesoria, como un añadido al tronco común del art. 47, protagonizado por la suspensión del contrato. El segundo consiste en que se produce, de forma consecuente, una mayor y más adecuada distribución en apartados. Es decir, el art. 47 mejora indudablemente en sistemática, corrigiendo una situación anterior caracterizada por un apartado 1 muy farragoso. El tercero, en un plano más de contenidos, se refiere a la renovada identidad del art. 47 y del art. 47 bis. Sistemáticamente ubicados en la sección tercera del capítulo III, Título I del ET, dedicada a "suspensión del contrato", solo de forma parcial puede decirse que hay una suspensión de trabajo. No se trata solo de la alternancia o de la prioridad de la reducción de jornada -que incluso llega a la propia rúbrica del art. 47-, sino también de otros rasgos que caracterizan la nueva regulación, en particular las afectaciones y desafectaciones sucesivas, que plantean un grado importante de disponibilidad de las personas afectadas por las medidas, así como la probabilidad de que la empresa desarrolle acciones formativas, en los términos previstos en los propios arts. 47 y 47 bis, en relación con la disposición adicional 25 ET.

2. EL ÁMBITO CAUSAL

No ha habido a este respecto, en cuanto a las causas económica, técnica, organizativa y de producción alternaciones relevantes, más que de manera refleja, como va a verse en relación con la fuerza mayor. En contraste con

su redacción antecedente, el art. 47 hace hincapié ahora en su apartado primero en el carácter temporal, tanto de la medida como de la causa que la justifica, el cual hasta ahora solo se deducía claramente de la identidad de la medida, suspensiva⁵.

Por consiguiente, no es necesario ahora detenerse en el análisis del apartado 2, que nada innova, más allá del diferente contexto en el que se inserta. Sí que debe plantearse, vista la preeminencia que la reforma de 2021 concede a las medidas del art. 47, si acaso no sería conveniente ampliar la distancia entre el entendimiento de las causas a los efectos de suspensiones y reducciones de jornada por un lado y despidos por otro. Como es evidente, ese propósito no se consigue fácilmente si se opta por no modificar la normativa de extinción del contrato, pero sin duda la proximidad entre el apartado 2 del art. 47 y el apartado 1 del art. 51 constituyó en su momento señal de identidad de la reforma de 2012. En realidad, resulta imposible identificar y prescribir un espacio suficiente de las medidas no extintivas mientras que las extintivas no se arrinconen al espacio de las situaciones graves y permanentes.

Con todo, debe reconocerse que la utilidad de las decisiones suspensivas y de reducción de jornada y su diferencia con las extintivas, por lo que respecta al ámbito causal, no ha reposado tanto en la intensidad intrínseca con la que aparecen, sino en su carácter coyuntural o estructural. De hecho, la doctrina que se ha planteado en torno a los límites entre ambas se ha centrado en particular en esa diferencia, y en las consecuencias que se derivan de la misma. Se trata

⁵ Sobre la reforma de 2012 en esta materia, GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”, en VV.AA. (dirs. GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA. J.R.) *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova (Valladolid, 2012) pp. 241 ss.

de una doctrina judicial sobradamente conocida, sobre la que ahora huelgan mayores comentarios⁶.

Sí que ha habido un cambio fundamental en torno a la fuerza mayor temporal, ensayado ampliamente con la legislación de urgencia de la COVID-19 a partir del art. 22 del RD-Ley 8/2020, de 17 marzo⁷. Se trata de una versión diferente de la misma, considerada ahora, con buen criterio, de forma diferenciada de la ordinaria en el apartado 6 del art. 57. Junto a la fuerza mayor clásica, definida por remisión al concepto de la misma desarrollado en el Derecho común, aparece una que puede considerarse "impropia", y que alberga todas las decisiones de la autoridad administrativa que produzcan impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa. Como es razonable, no se trata solo de las actuaciones públicas orientadas a la protección de la salud pública -aunque el precepto las utiliza a modo de ejemplo- sino todas aquellas que desencadenen tales efectos, cualquiera que sea el ámbito de la actividad productiva de que se trate. En realidad, se trata, en el larguísimo plazo, de reverdecer una vieja disputa doctrinal, que ahora se salda contrarrestando la doctrina de la Sala 3^a del TS, que había considerado como causa diferente de la fuerza mayor alguna manifestación del denominado *factum principis*⁸.

Es interesante esta revisión conceptual y ampliación del ámbito de la fuerza mayor temporal, incluso desde el punto de vista del contraste con la referida doctrina judicial. Entonces, se planteaba en el contexto de una normativa restrictiva, que admitía con carácter excepcional la exoneración de cuotas durante la suspensión del contrato

⁶ Sobre ella, CABEZA PEREIRO, J., "Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuera mayor", en VV.AA. (coord.. GOERLICH PESET, J.M.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016) pp. 891 ss.

⁷ Expresando esta idea, DE LA PUEBLA PINILLA, A., *El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas Etop y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo*, Labos, vol 3, 2022, p. 87.

⁸ Vg., STS de 16 julio 2001 (rc 8793/95).

solo en el caso de que se produjera, específicamente, por causa de fuerza mayor propia, no impropia. Ahora, la extensión del concepto es claramente promocional, y precisamente ensancha los límites de la causa diferenciada de la económica técnica, organizativa y de producción precisamente con el objetivo de ofrecer un tratamiento favorable a situaciones cuyo desencadenante es, en principio, ajeno al correcto funcionamiento de la empresa, por más que en determinadas ocasiones pueda preverse o incluso esperarse. A este respecto, merece destacarse que el apartado 6 del art. 47 no califica los impedimentos o limitaciones, ni tampoco las decisiones públicas como "imprevisibles", "excepcionales" o "repentinias", lo cual, desde luego, permite incluso considerar dentro del precepto las actuaciones administrativas que, de una forma más o menos intermitente, producen unos y otras.

Desde otro punto de vista, conviene subrayar, una vez más, que la nueva versión de la fuerza mayor es solo para la suspensión o la reducción de jornada, sin que pueda extenderse al art. 51.7 ET. Si la decisión de la autoridad pública produce la necesidad de extinguir contratos de trabajo, habrá de procederse de acuerdo con el art. 52 c) o con el art. 51.1 y concordantes, como causa probablemente productiva y con un claro trasfondo económico. También desde esta perspectiva se percibe la dimensión que se le ha querido conferir al art. 47.6, como mecanismo importante de mantenimiento del empleo. Lo cual tiene trascendencia porque, a la postre, impide una interpretación restrictiva de la fuerza mayor "impropia" -utilizando ahora esta expresión para la regulada en el apartado 6 en contraposición con el apartado 5 del art. 47- en sus límites con la causa económica, técnica, organizativa y de producción, por más que de este modo se erosione la intervención de la representación legal de las personas trabajadoras.

En cuanto a las causas desencadenantes del mecanismo RED de flexibilidad y estabilización, tienen su dimensión diferenciada, aunque, en realidad, el precepto no las identifica de forma expresa. Lo cual, dicho sea de paso,

encuentra su justificación en que debe ser activado por la autoridad gubernativa, de tal modo que, al margen de los trámites anteriores, a los que se hará suficiente referencia más adelante, la decisión se reviste de un cariz político que, a la postre, dificulta su impugnación. En todo caso, la actuación judicial frente a la misma solo podría ser revisora de la actuación administrativa, en unos términos que tampoco permiten un conocimiento pleno de la suficiencia de los motivos aducidos.

La modalidad cíclica obedece a una coyuntura macroeconómica general, cualquier que sea el marco geográfico al que se refiera, global, regional, estatal o infraestatal, como más tarde se argumentará. Se trata de introducir “instrumentos adicionales de estabilización”, en forma de suspensión de contratos o reducción de jornada, que respondan, evidentemente, a esa coyuntura que tiene, sobre todo, un trasfondo económico. Desde ese prisma, es la dimensión económica la que diferencia esta situación de la fuerza mayor del art. 47, por más que, en la práctica, una y otra se pueden confundir. En efecto, aunque en relación con las situaciones excepcionales como la vivida a partir de marzo de 2020 claramente el cauce debería el del art. 47.6 y no el del art. 47 bis⁹, introduce cierta confusión alguna norma de urgencia que podría sugerir una suerte de tránsito en las medidas derivadas de la pandemia hacia otro tipo de ERTEs, que podrían ser indistintamente los del art. 47 o del art. 47 bis ET¹⁰.

⁹ Como explícitamente se reconoce en la EdM del RD-ley 2/2022, de 22 febrero: “con la presente norma se establece que las situaciones autorizadas de conformidad con la citada disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, pasen sin solución de continuidad a estar amparadas en el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y su normativa específica, sin necesidad de solicitar ni tramitar un nuevo expediente, hasta el 30 de junio de 2022”. Del mismo modo, y más en el contexto de la fuerza mayor propia, la disposición adicional cuarta del mismo RD-ley remite al art. 47.5 los expedientes derivados de la erupción volcánica de Cumbre Vieja.

¹⁰ Me refiero, en particular, a la rúbrica de la disposición adicional primera del RD-Ley 2/2022, de 22 febrero. Aunque la fuerza de los hechos y el

La modalidad sectorial tiene una singularidad propia, que ya ha sido suficientemente destacada: no se concibe como una respuesta a un problema temporal sino a la aparición de cambios permanentes que generan necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas afectadas¹¹. Es decir, se articula una medida temporal de regulación de empleo para abordar un problema estructural, que a medio plazo va a implicar una re-absorción de la plantilla, o de parte de ella, ya en la misma empresa, ya en otras, a través de los oportunos procesos de recolocación. Se trata, así pues, de una causa dotada de una singularidad propia, que no plantea problemas de deslinde con las suspensiones ordinarias del art. 47, sino más bien con las causas del despido del art. 51 ET.

En este sentido, la activación del mecanismo RED plantea dilemas que solo se resolverán en el contexto de las primeras experiencias. Sobre todo, se suscita la duda de su relación con la puesta en marcha de medidas extintivas por parte de las empresas. No es difícil pronosticar que la activación irá de la mano de medidas parejas a la establecida con ocasión de la COVID-19 en el art. 2 del RD-Ley 9/2020, de 27 marzo, de limitaciones a aquéllas, aunque a tal fin da la impresión de que es necesaria una norma con rango de ley. Aunque así no fuera, debería defenderse que no puede recurrirse al art. 51 o al art. 52 cuando está abierta la posibilidad de acogerse al mecanismo RED, o cuando menos que la valoración de la existencia de causa debe estar fuertemente condicionada por ella.

Al margen de tales disquisiciones, la causa en el art. 47 bis se desdobra en dos momentos diferenciados: la activación del mecanismo por parte de la autoridad gubernativa y la autorización por parte de la autoridad laboral. No en vano se

colectivo de personas que permanecen ancladas a los ERTES COVID tal vez imponga la inmediata aprobación por parte del Consejo de Ministros de algún mecanismo sectorial, inaugurando la aplicación del art. 47 bis ET.

¹¹ Destacando esta vertiente del asunto, CRUZ VILLALÓN, J., *El sistema RED de regulación temporal de empleo*, Colección briefs de la AEDTSS, 2022, en <https://www.aedtss.com/el-sistema-red/>.

expresa en el último párrafo del art. 47.2 que la decisión y las consideraciones incorporadas al Acuerdo de activación que emita el Consejo de Ministros no son, en sí mismas, causas para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas de suspensión de contrato o de reducción de jornada, aunque sí requisito imprescindible para que pueda tramitarse la solicitud de la empresa.

Ahora bien, tampoco en cuanto a esta segunda dimensión de la causa el precepto aporta demasiados datos, al margen de asuntos de tramitación. El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social debe versar sobre “la concurrencia de los requisitos correspondientes”. Y, como la autoridad laboral está vinculada por el acuerdo, el único rastro adicional -poco concluyente- se aporta para prever la resolución administrativa en caso de desacuerdo. La autoridad laboral estimará la solicitud si “*la situación cíclica o sectorial temporal concurren en la empresa en los términos previstos en este artículo*”. Es muy importante el adjetivo “temporal” que acompaña a los calificativos “cíclica” o “sectorial”, que plantea, en cuanto al segundo de ellos, problemas de contraste entre los “cambios permanentes” que justifican la activación del mecanismo y la situación concreta de la empresa, que debe ser temporal. Lo cual puede desdecir o al menos matizar algunas de las conclusiones anteriores. Es decir, la autorización administrativa no procede cuando la situación de la empresa sea indefinida en el tiempo. Ahora bien, la diferencia entre coyuntural y estructural en el contexto de un mecanismo que se pone en marcha porque el sector en el que se inserte la empresa se ve afectado por cambios permanentes como los descritos en la letra b) del art. 47 bis.1 dista mucho de estar clara. Por apuntar alguna idea mínimamente plausible, probablemente se quiera decir que la empresa solicitante debe ser viable en términos de futuro con la ayuda procesos de recualificación y de transición profesional que sean pertinentes. O, dicho en otros términos, la temporalidad no está tanto en los puestos de trabajo concretos o en las personas trabajadoras cuyo contrato se ve afectado por la medida, sino en la transición de la empresa,

que debe adaptarse a los cambios permanentes que sufre el sector.

Con todo, sobre esta segunda dimensión de la causa sí que es posible que se dicte doctrina judicial, en los procesos que se sigan al amparo del art. 151 de la ley 36/2011, de 10 octubre. No parece posible trasladar, ni siquiera utilizando el recurso a la analogía, la elaborada en relación con las suspensiones y reducciones de jornada del art. 47 ET, pero puede esperarse, hasta cierto punto, que la casuística judicial colme la insuficiencia de criterios legales sobre esta materia. Como planteamiento de futuro, resulta previsible que no se aplique, en relación con este tipo de medidas, la doctrina judicial que estima fraudulento el amparo en el art. 47 cuando procedería un despido colectivo, a causa del deterioro o de la gravedad de la situación¹². La especial concepción del art. 47 bis produce, desde luego, que las causas que lo generan y a cuyo amparo se solicitan autorizaciones para suspensiones y reducciones de jornada se solapen con las que producirían un despido colectivo.

En otro orden de ideas, la activación del mecanismo RED no guarda una relación de exclusión con el recurso a las medidas ordinarias del art. 47. Dicho en otras palabras, que aquel se ponga en marcha no precluye que la empresa pueda recurrir a la suspensión o a la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o de fuerza mayor. Cuestión distinta es que pueda resultar más adecuada la autorización de una u otra al amparo del art. 47 bis, a causa de las bonificaciones a la empresa y de la prestación específica para las personas trabajadoras.

3. LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Sobre este asunto, se han producido algunos cambios y algunas inercias, unos y otras de cierto interés. En cuanto a las segundas, la más trascendente es, sin duda, el

¹² Véase, como doctrina muy concluyente, SAN de 18 septiembre 2017 (proced. Nº 187/217) y doctrina contenida en ella.

mantenimiento de la misma composición de la comisión negociadora, sin que se hayan producido cambios ni siquiera a la vista de las reglas específicas que se pusieron en marcha en las normas de urgencia derivadas de la COVID-19. Es decir, las reglas del art. 41, en la versión finalmente cristalizada tras la Ley 1/2014, de 28 febrero, se mantienen, haciendo, por consiguiente, elusión de la novedad que en su momento introdujo art. 23.1 a) del RD-ley 8/2020, de 17 marzo, de preferencia de la comisión sindicalizada en caso de inexistencia de representación electiva del Tít. II ET, ampliada en el art. 3.5 del RD/901/2020, relativo a los planes de igualdad, que incluso suprimió la regla subsidiaria de la conformación de la comisión negociadora mediante representaciones electas *ad hoc*.

Evidentemente, ha habido una renuncia a este respecto en aras de la concertación social, acaso aplazando una reforma al respecto a un futuro no muy lejano. Era poco conveniente romper la estructura de las fases de consultas estableciendo una regla diferente en cuanto a su composición en el caso de las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada. Desde este punto de vista, la decisión de no afectar el art. 41 ET precipitaba implícitamente la de no modificar el art. 47 en cuanto a la composición de la comisión negociadora. Ahora bien, si precisamente se había roto la simetría con ocasión de la normativa de contingencia derivada del estado de alarma, que ahora el RD-ley 32/2021 suponga una vuelta atrás implica un mensaje cuando menos confuso, de que la sindicalización de las fases de consultas fue flor de un día.

Más allá de este asunto, ha habido otras modificaciones que inciden directa o indirectamente en los derechos de participación. La primera se refiere al acortamiento de la duración máxima de los períodos de consultas en las empresas de menos de cincuenta personas hasta un máximo de siete días. En estas entidades, evidentemente, no existirá un comité de empresa, sino delegados o delegadas de personal, que podrán ser, en su caso, 1 o 3, o el número resultante en atención a los centros de trabajo que alcancen

el umbral mínimo de plantilla para poder preavisar elecciones. Parece razonable, en todo caso, la simplificación de las consultas para las empresas de reducidas dimensiones en términos de plantilla.

Asimismo, es significativa la previsión de un período de consultas abreviado de cinco días para la prórroga de las medidas de regulación de empleo, que da un cauce de participación en un procedimiento hasta ahora inexistente y que, en la práctica, producía la necesidad de iniciar un expediente *ex novo*. También debe considerarse adecuado el establecimiento de un período abreviado a tales efectos, pues no se trata sino de re-negociar unas medidas ya adoptadas. Sí que se produce una clara disminución de los derechos de participación derivada de la transferencia de ciertos procedimientos desde el ámbito de las causas económica, técnica, organizativa y de producción a la de fuerza mayor, en concreto los casos de impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que se produzcan como consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente. Tampoco se trata estrictamente de una novedad, porque ya se había ensayado a partir del art. 22 del RD-Ley 8/2020 y con todas las variantes de las sucesivas normas de urgencia que se han dictado para afrontar la crisis de la pandemia. No obstante, ahora el nuevo deslinde entre unas causas y otras se consolida en una norma con vocación de permanencia, a través de la que se fija una nueva versión de "fuerza mayor impropia", además no solo limitada a los retos de salud pública. Quizá, por la amplitud con la que se define esta nueva causa en el art. 47.6, sería conveniente reflexionar sobre la ausencia de fase de consultas en tales casos, en particular cuando las decisiones impeditivas o limitativas sean previsibles o incluso cíclicas. Ciertamente, la simplificación del expediente constituye el valor más importante del previsto para la fuerza mayor, pero que eso sea a costa de la eliminación de las fases de consultas puede resultar erróneo cuando se trate de dar respuesta a situaciones que no quepa catalogar de extraordinarias o urgentes. Habrá que volver sobre el tema.

En otro orden de ideas, la nueva redacción del art. 47 incorpora derechos de participación “débiles” en su apartado 7, que se traducen en dos deberes informativos de la empresa a la representación legal: en relación con las afectaciones y desafectaciones de personas trabajadoras y con las nuevas contrataciones o externalizaciones durante el período de aplicación del expediente. Como única crítica a los mismos, seguramente habría que mantener cierta coherencia con la articulación de las fases de consultas y extender tales informaciones a las representaciones *ad hoc* o sindicales que hayan participado en las mismas.

Ya en cuanto al mecanismo RED, las reglas de participación se diversifican. Por una parte, en referencia a su activación, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal pueden solicitar de los Ministerios proponentes la convocatoria de la Comisión Tripartita en el caso de la modalidad sectorial. A la espera del necesario desarrollo reglamentario, el art. 47 bis solo predica de dicha comisión que debe reunirse en el plazo de quince días desde la solicitud para analizar los cambios que justifican la puesta en marcha del mecanismo a los efectos de remitir una propuesta al Consejo de Ministros. Se dibuja, así pues, un organismo permanente de participación en la modalidad sectorial, con funciones de análisis y propuesta de la misma. Del cual cabe criticar su muy mejorable relación con el bloque de constitucionalidad, al dejar fuera, deliberadamente, a las organizaciones más representativas de Comunidad Autónoma, crítica que debe extenderse también a la información a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal de la elevación al Consejo de Ministros de la propuesta de activación del mecanismo, aparentemente en cualquiera de sus modalidades.

Una vez puesto en marcha, el acogimiento a él por parte de las empresas implica, ya en el momento de la solicitud, la comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras y, seguidamente, el desarrollo de una fase de consultas en los términos previstos en el art. 47.3 ET. Como quiera que esta fase se vincula a una posterior autorización

administrativa, indudablemente gana importancia por dos motivos: porque el acuerdo vincula a la autoridad laboral, como sucedía con anterioridad a la Ley 3/2012, de 6 julio y porque, en caso de falta de acuerdo, el desarrollo de la fase de consultas va a ser, indudablemente, uno de los elementos importantes de ponderación en la resolución administrativa. De nuevo hay que apelar a los equilibrios de poder clásicos previos a la reforma de 2012, aunque con el importante matiz de que hay un mecanismo RED activado, lo cual probablemente pugnará casi siempre en favor de la autorización de la medida suspensiva o de reducción de jornada. Se volverá a este argumento.

4. LAS NOVEDADES DE LA SUSPENSIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS E.T.O.P.

Ya se ha hecho referencia a la reducción del período de consultas en empresas con plantillas inferiores a 50 personas. A ella debe añadirse la del plazo de constitución de la comisión, que disminuye de siete a cinco días, o de quince a diez en el caso de que alguno de los centros no cuente con representación unitaria. Al margen de expresarse así la mayor celeridad que quiere imprimirse al procedimiento, es razonable la pregunta de si conviene diferenciar los plazos de las medidas del art. 47 y las del art. 41, idénticos hasta la entrada en vigor del RD-Ley 32/2021. Probablemente, cabe esperar una futura reforma de éste, que equipare los previstos en aquél.

Otro elemento de simplificación del expediente consiste en que se omite el traslado por la autoridad laboral a la entidad gestora del desempleo. Esta omisión, por lo demás coherente con la de no darle traslado de la decisión que adopte la empresa una vez finalizada la fase de consultas, se explica a la vista de la nueva disposición adicional vigésimo-sexta del ET, que establece un sistema de acceso a los datos de los expedientes de regulación de empleo por parte de la TGSS, el SPEE y la ITSS. Mediante unos procedimientos informatizados que habrán de implantarse, podrán conocer *"todos los datos necesarios para la identificación y tipo del"*

expediente de regulación temporal de empleo, de la empresa y de las personas trabajadoras incluidas en el expediente, el tipo de medida a aplicar, el período 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". Se trata, por supuesto, de atender a una finalidad más amplia de la tradicional de contener el fraude en el acceso a la prestación, que se orienta, sobre todo, hacia una más adecuada y eficiente gestión.

Mayor interés tiene la referencia expresa a la notificación de la decisión de la empresa a la autoridad laboral acerca de el período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de las medidas. Aunque no aparecía en la versión anterior del precepto, era suplida con creces por el art. 20.6 del Reglamento¹³, en unos términos estrictos que condicionaban la posibilidad de ir afectando y desafectando a personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias. Sin duda, la mayor o menor flexibilidad con la que se tramita un expediente es un elemento clave en cómo se desarrolla. Sin perjuicio de una práctica administrativa que había permitido, en general, amplias dosis de adaptabilidad a las circunstancias, es esperable que la modificación del Reglamento se oriente a permitir con amplitud una más intensa o más ligera aplicación de las medidas, así como variaciones en su desarrollo a lo largo de la vigencia decidida. Y una de las novedades del precepto más sustantivas consiste en el establecimiento de un cauce para la prórroga de las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos. No es necesario agotar el plazo de vigencia inicialmente

¹³ "En todo caso, la comunicación deberá contemplar el calendario con los días concretos de suspensión de contratos o reducción de jornada individualizados por cada uno de los trabajadores afectados. En el supuesto de reducción de la jornada, se determinará el porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual, los períodos concretos en los que se va a producir la reducción así como el horario de trabajo afectado por la misma, durante todo el período que se extienda su vigencia".

previsto para que la empresa pueda comunicar a la representación legal de las personas trabajadoras su intención de prórroga, sino que puede hacerlo "*en cualquier momento durante la vigencia de la medida*". Debe recordarse que la ley no ha establecido un período máximo de duración de la suspensión o de las reducciones, ni de aplicación del expediente, de modo tal que, en apariencia, la medida de prórroga debería justificarse en una alteración de las circunstancias o, por lo menos, en la probabilidad de que se supere la situación coyuntural con la extensión del tiempo de aplicación de las medidas pese a no haberse dejado atrás en el período inicialmente previsto. En cuanto a la tramitación del expediente, al margen de la menor duración del período de consultas anteriormente indicada, debe hacerse notar que la decisión de la empresa ha de comunicarse a la autoridad laboral en un plazo de siete días. Al margen de lo cual, está por ver si el Reglamento de desarrollo incorpora alguna simplificación del trámite, como probablemente debería hacer. Es interesante, y de nuevo inspirado en la normativa aprobada con ocasión del COVID-19, que se encadenen los efectos del ERTE y de su prórroga, pues ésta surtirá efectos desde el día siguiente al de finalización del período inicialmente previsto. Es decir, la ley no distingue si la comunicación a la autoridad laboral de la medida adoptada es anterior o no a que finalice la vigencia anual. Con tal de que la comunicación a la representación con la que se hubiese celebrado la fase de consultas se haya instando antes de que expire esta y así se acredeite, podrá ser decidida con efectos del día siguiente, siempre, claro está y en cuanto a la afectación de personas trabajadoras, que no haya habido prestación efectiva de servicios total o parcial por parte de las mismas o situación asimilable a ella.

Por supuesto, entre la decisión suspensiva inicial y la prórroga puede haber modificaciones en la estructura representativa a los efectos de la composición de la comisión negociadora. En esas circunstancias, será necesario reconfigurarla, en los términos previstos en los arts. 47.3 y 41.4 ET. Solo si ha variado habrá que constituirla de nuevo

y, en caso contrario, ya podrá comunicarse el inicio de la fase de consultas. Cabría una interpretación más rígida, que consideraría que la constitución inicial “petrificaría” la conformación de la comisión, pero sería poco compatible con la dinámica de los derechos de participación y representación en la empresa.

5. LAS NOVEDADES DE LA SUSPENSIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR FUERZA MAYOR

La fuerza mayor, como causa de suspensión de contratos, se regulaba en la anterior versión del art. 47, en su apartado 2, por mera remisión al expediente del art. 51.7. Ahora gana autonomía¹⁴ y se enriquece con matices que no se incluyen en este último. Como primera novedad, también deudora de la legislación de urgencia derivada de la COVID-19, se contempla expresamente la alternativa entre suspensión y reducción de jornada también para esta causa, alternativa que solo se ceñía hasta la reforma a las causas económica, técnica, organizativa y de producción.

No es estrictamente novedoso, porque ya estaba en el Reglamento, el informe preceptivo que la autoridad laboral debe solicitar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social antes de dictar resolución. El art. 47.5 expresa además que, como no podía ser de otro modo, habrá de pronunciarse sobre la concurrencia de la fuerza mayor. La circunstancia de que ahora se incluya en el texto legal en cuanto a la suspensión de contratos y fuerza mayor tal vez refleje una mayor importancia del trámite, no vinculante por principio, pero determinante en la decisión administrativa. Aunque no

¹⁴ Si bien sigue remitiendo supletoriamente al art. 51.7 y a su normativa reglamentaria de aplicación. En realidad, gran parte del contenido del art. 47.5 se “trae” desde el art. 51.7 en su práctica literalidad, de tal modo que se prescinde del comentario de algunos de los párrafos, que materialmente no incorporan ninguna novedad. Es interesante describir que el art. 47.5 no expresa, como lo hace el art. 51.7, que la representación legal de las personas trabajadoras ostentará la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento. Sin embargo, tal condición no puede negarse, siquiera sea por la remisión que el art. 47.5 efectúa al art. 51.7.

es fácil vislumbrar cómo puede cumplir siempre esa función, si se tiene en cuenta que no en todos los casos podrá ser recibido y considerado antes de que se dicte la resolución administrativa, sin que sea factible que esta se demore a la vista del efecto positivo del silencio. Igualmente, no incluye ninguna modificación del régimen hasta ahora vigente que se aluda a que el silencio es positivo, para el caso de que no se emita resolución expresa en el plazo legalmente previsto.

Al igual que antes sucedía con el art. 51.7, el propio art. 47.5 establece que la resolución administrativa surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. A lo que añade este último, en regla que tampoco se contemplaba en el art. 22 del RD-Ley 8/2020, que deberá expresar la fecha en la que ha de dejar de surtirlos. A cuyo respecto se ciernen dudas, que deberán resolverse a través de la norma reglamentaria. Parece razonable pensar que en la solicitud de la empresa debe constar el período por el que se insta la medida suspensiva o de reducción de jornada y que la resolución debe guardar congruencia con lo solicitado, en el sentido de que la duración del período de aplicación del expediente puede ser igual a la solicitada o inferior, nunca más extendida.

Por otra parte, se expresa que no cabe prórroga de la resolución en caso de que persista la situación de fuerza mayor una vez finalizado dicho período. En tal caso solo cabrá solicitar una nueva autorización administrativa.

Pero, como ya se anticipó en torno al análisis causal, la mayor novedad en cuanto a la fuerza mayor, gestada con ocasión de los expedientes de la pandemia, consiste en la atracción al ámbito de esta causa de las situaciones de impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas las orientadas a la protección de la salud pública. Ya se ha reflexionado suficientemente acerca de la vertiente causal, de tal modo que basta con referirse a los aspectos procedimentales, alguno de ellos ciertamente discutible:

-Que no sea preceptivo el informe de la Inspección de Trabajo resulta difícilmente comprensible. Indudablemente, el rastro del carácter potestativo puede buscarse en el art. 22.2 d) del RD-ley 8/2020. En el contexto de la situación de pandemia, era razonable no exigirlo con carácter obligatorio, pero no lo es tanto en un tiempo ordinario. No hay una diferencia cualitativa importante entre la fuerza mayor ordinaria y esta de impedimentos o limitaciones, en relación con la verificación de una y otra, que justifique que en la primera sea imprescindible recabar el informe y no lo sea en la segunda. Es más, la mayor amplitud del expediente del art. 47.6 en relación con su homólogo del art. 22 del RD-Ley 8/2020 -no solo relativo a decisiones orientadas a la protección de la salud pública en relación con una pandemia, y no necesariamente restringido a situaciones perentorias o imprevisibles, como se ha argumentado- exigiría, desde luego, la elaboración de informe experto que constatase esta nueva suerte de fuerza mayor. Por tal motivo, sería recomendable y una buena práctica que se solicitara siempre que fuera posible y que no concurrieran situaciones extraordinarias que lo impidieran o lo desaconsejaran claramente.

-Que la empresa tenga que justificar, mediante la documentación que remita junto con la solicitud, la existencia de las concretas limitaciones o impedimentos poco añade a la regla general del art. 47.5 de que debe aportar los medios de prueba que estime necesarios. Es adecuado un plus de exigencia probatoria cuando el informe de la Inspección pasa a ser contingente. Habrá que esperar, en todo caso, al desarrollo que de este concreto tema efectúe el Reglamento, que debería ser menos escueto que el actual art. 32 del vigente, aprobado por RD 1483/2012.

-Tiene mucho interés que la letra c) exprese que la autoridad laboral “autoriza” el expediente, en lugar de expresar que constata la situación de fuerza mayor temporal. Quizá el asunto sea de menos entidad si se tiene en cuenta que también el art. 47.5 expresa que “se entenderá autorizado el expediente” en su párrafo penúltimo. Pero, más bien, debe

sugerirse que la actuación de la autoridad laboral en el caso del expediente del art. 47.6 no sea solo de constatación, sino de algo más, derivado de las repercusiones de la decisión administrativa que limita o impida la actividad normalizada de la empresa. Aparentemente, la labor pública trasciende la mera constatación de que se ha producido la decisión administrativa limitativa o impedidiva y de que afecta el normal desarrollo de la prestación de servicios en la entidad solicitante. Más bien, la expresión legal sugiere el reconocimiento de cierto margen de discrecionalidad para que la autoridad laboral decida si es aconsejable la autorización de las medidas suspensiva o de reducción de jornada, a la vista de las circunstancias concurrentes. Por ejemplo, en casos en los que la decisión limitativa o impedidiva no sea imprevisible, o incluso se integra en el normal funcionamiento de la actividad o del sector. Por supuesto, con eso no quiere decirse que no quepa un pleno control de la Jurisdicción Laboral sobre la decisión de la autoridad laboral, pero en todo caso teniendo en cuenta que trasciende de una mera función de constatación.

6. REGLAS COMUNES A LOS EXPEDIENTES ETOP Y DE FUERZA MAYOR, EN AMBAS MODALIDADES

6.1 REGLAS SUSTANTIVAS

Se mantienen inalterados los porcentajes mínimo -10 por 100- y máximo -70 por 100-, así como su cómputo sobre una base diaria, semanal, mensual o anual, en períodos de referencia que evocan los del art. 12 ET en relación con el concepto del trabajo a tiempo parcial. Todos los que trascienden el día permiten que la reducción y la suspensión puedan confundirse, como se pone de relieve cuando se contrasta la diferencia entre desempleo total y desempleo parcial, de conformidad con el art. 26.2.2 LGSS. Dicho sea de paso, la utilización de los períodos de referencia más largos, en particular el anual, permitía, al menos desde un prisma teórico, encajar el problema de las afectaciones y desafectaciones de personas trabajadoras, al menos en tanto

en cuanto la legislación de urgencia producida con la pandemia no tomaba cartas expresas sobre el asunto.

Con todo lo dicho, y pese a la intercambiabilidad de las medidas suspensivas y de reducción de jornada, y de la mayor ductilidad que, sin lugar a dudas, les imprime la reforma de 2021, esta opta, como ya se ha anticipado, por dar prioridad, en la medida de lo posible, a la reducción de jornada frente a la suspensión del contrato. No da la impresión de que esta regla tenga una particular fuerza de obligar, más allá de expresarse como una mera admonición a las empresas, a la hora de organizar la aplicación del expediente y a las autoridades laborales, para que formulen indicaciones y orientaciones a la empresa y al banco social en tal sentido. Claramente, es adecuado mantener en la medida de lo posible la prestación laboral de las personas afectadas, y desde luego la conservación de parte de la jornada es una buena práctica en este sentido¹⁵.

Tienen un gran interés y resultan parcialmente innovadores en relación con las reglas anteriores los contenidos de las comunicaciones que debe realizar la empresa junto con la notificación, comunicación o solicitud -según proceda- de la medida suspensiva o de reducción de jornada. La exigencia de que se desarrollen por procedimientos automatizados se refiere a unos extremos -los listados en los ordinales 1º, 2º y 3º de la letra b) del art. 41.7 que, en realidad, ya eran exigibles para las medidas que se adoptaban por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a la vista del art. 20.6 del Reglamento. Pero, en cuanto a los expedientes de fuerza mayor, ya se trate de los del apartado 5 o del apartado 6, dichos extremos deben constar ya en la propia solicitud dirigida a la autoridad laboral. Aunque ya anteriormente debía expresarse, como es evidente, el período de tiempo durante el que se va a desarrollar la

¹⁵ DE LA PUEBLA PINILLA. A. (*op. cit.* p. 91) defiende, con argumentos de mucho interés, que se trata de una preferencia exigible, de tal modo que la empresa debe acreditar, en su caso, las circunstancias que hacen inviable esa medida y justifican la aplicación de suspensiones de contratos.

aplicación de las medidas, no así sucedía con la identificación de las concretas personas incluidas en el expediente temporal ni, por supuesto, el tipo de medida que se debía aplicar a cada una de ellas, así como el porcentaje de jornada o los días de suspensión concretos.

Debe recordarse que el Reglamento todavía vigente, aunque es singularmente parco por lo que respecta al contenido de la solicitud de expediente por fuerza mayor -su art. 32 no expresa qué contenidos concretos debe incluir, más allá de añadir que deben acompañarse los medios de prueba que sean necesarios-, dispone en su art. 33.3 que la resolución de la autoridad laboral "*deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa*", de tal modo que a la esta le correspondía "*la decisión sobre la extinción de los contratos o la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada*".

Como es conocido, ha habido una práctica administrativa y una traducción normativa cambiante acerca del contenido de la resolución administrativa y el ámbito de decisión de la empresa a la vista de la autorización administrativa. Ahora, se resuelve, en apariencia, mediante una solución que, en la práctica, hace divergir la lógica de los expedientes por causas económica, técnica, organizativa y de producción por un lado y de los de fuerza mayor por el otro. En efecto, para los primeros -ya sea en cuanto a la adopción de las medidas o su prórroga-, la identificación de personas afectadas y de la entidad de la medida para cada una de ellas se realiza después de desarrollada la fase de consultas y cuando se produce la notificación a la autoridad laboral de la decisión de la empresa. O, dicho en otras palabras, para las causas E.T.O.P., la identificación de personas y de las medidas correspondientes no es contenido propiamente del expediente, pues se resuelve al final del mismo. En cambio, en cuanto a la causa de fuerza mayor, la autoridad laboral, ya desde la solicitud de la empresa es conocedora de ambos extremos y sobre ambos proyecta su decisión administrativa. Lo cual tiene su lógica, a la vista de la distinta estructura legal

del procedimiento de unas y otra, pues, en cuanto a las ETOP, la incidencia de la fase de consultas produce unos equilibrios distintos que en el caso del de fuerza mayor, que, en el fondo, resuelve, mediando los trámites administrativos, una solicitud de la empresa no intermediada por unos derechos de participación más o menos fuertes.

Es cierto que el apartado 5, párrafo quinto, del art. 47 expresa que le corresponde a la empresa la decisión sobre la reducción de las jornadas de trabajo o suspensión de los contratos. Sin embargo, ya en la solicitud inicial debe hacer constar los extremos expresados en el art. 47.7. Esta aparente paradoja solo puede abordarse bajo el interrogante de la capacidad de variación que le puede corresponder a la empresa en relación con la solicitud inicialmente planteada, admitiendo que, como expresa el art. 47.5, la resolución de la autoridad laboral deberá limitarse a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa. La decisión, a partir de ahí, le corresponde a la empresa. Ahora bien, a buen seguro que va a resultar un asunto controvertido judicialmente, pues una amplia incongruencia entre los contenidos de la comunicación que se adjunta a la solicitud y lo posteriormente decidido por la empresa sin duda debe comprometer, cuando menos, la existencia de causa. Es más, es fácil aventurar que la práctica administrativa va a exigir una rígida congruencia entre lo solicitado y lo ejecutado por la empresa en desarrollo de la autorización. Podrá, sin duda, afectar a menos personas trabajadoras o durante menos tiempo, pero no a personas distintas o durante un tiempo no previsto. Cuestión distinta será, *a posteriori*, la doctrina judicial que se pueda forjar.

Y otra importante novedad de la reforma se refiere a la regulación expresa de la posibilidad que se le reconoce a la empresa de afectar y desafectar a personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias que han justificado las medidas. Ya antes se ha aludido a la necesidad de informar previamente de ello a su representación legal, a lo cual debe añadirse el deber de comunicarlo también con carácter previo a la entidad gestora de la prestación por

desempleo y a la TGSS a través de los procedimientos automatizados que se establezcan con estas entidades¹⁶. Como se ha dicho antes, esta posibilidad debía considerarse admisible en la versión anterior del art. 47, si se tienen en cuenta los plazos de referencia largos -en particular, el anual- previsto en el apartado 2 para la reducción de jornada de entre un 10 y un 70 por 100. Con todo, la norma actual expresa la idea de una variación de las vicisitudes por las que atraviesa el período de aplicación de las medidas, y que determina la necesidad de ir adscribiendo y rescatando a las personas afectadas de las suspensiones o reducciones de jornada, de tal modo que la afectación de unas u otras pueda ser intermitente. Como es obvio, esta posibilidad permite imprimir unas mayores dosis de equidad en el ámbito de la plantilla para que la afectación se pueda producir de una forma más equilibrada y justa entre todos y todas sus componentes. Por supuesto, tal posibilidad debe guardar coherencia con la decisión comunicada a la autoridad laboral una vez finalizada la fase de consultas o con los propios términos en que se ha solicitado autorización para las medidas derivadas de fuerza mayor, dentro del contexto del debate que puede suscitarse al respecto y que se ha desarrollado en los párrafos anteriores.

Quizá uno de los aspectos cruciales y de más difícil interpretación se refiera a la prohibición, durante la aplicación del expediente, de la realización de horas extraordinarias, el

¹⁶ A este respecto, debe tenerse en cuenta la dicción de la nueva disposición adicional cuadragésimo segunda de la LGSS, también introducida por el RD-Ley 32/2021: “actuaciones del Servicio Público de Empleo Estatal y de la Tesorería General de la Seguridad Social para la simplificación de actuaciones administrativas. Al objeto de reducir las cargas administrativas de las empresas, reglamentariamente se establecerá por el Servicio Público de Empleo Estatal y la Tesorería General de la Seguridad Social, un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los períodos 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. A través de dicho procedimiento 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”.

establecimiento de nuevas externalizaciones o la concertación de nuevos contratos de trabajo¹⁷. Por una parte, la letra d) del art. 47, exceptúa los casos en los que las personas afectadas no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a quienes realizan actividades en horas extraordinarias, al servicio de empresas auxiliares o contratadas al efecto. Lo cual plantea el interrogante del ámbito de las posibles justificaciones, en particular las que no se refieran a la falta de formación y capacidad de las personas afectadas por las medidas¹⁸. Por ejemplo, se plantea la hipótesis de si cabe este tipo de reemplazos cuando las personas en ERTE están concurriendo a acciones de formación profesional. O si pueden bastar razones de índole organizativa o productiva que aconsejan, vg., la contratación con una empresa auxiliar, con mayor eficiencia que desafectar a personas trabajadoras. En mi opinión, las excepciones a la prohibición tienen que interpretarse de modo muy restrictivo, sin que razones de oportunidad puedan bastar. En otro orden de ideas, el precepto no alude expresamente a la prohibición de contratar con empresas de trabajo temporal la cesión de personas para prestar servicios durante estos períodos. No obstante, este silencio no puede sino interpretarse de conformidad con los objetivos del precepto y entender que la misma imposibilidad de sustitución rige en relación con las puestas a disposición.

¹⁷ Debe recordarse que estas prohibiciones se acompañan de dos tipos administrativos en la LISOS: una infracción grave -art. 7.14- consistente en la formalización de nuevas contrataciones laborales incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d), en cuyo caso se considerará una infracción por cada persona trabajadora contratada, y una muy graves -art. 8.20-, relativa al establecimiento de nuevas externalizaciones de actividad incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del ET.

¹⁸ No está de más recordar que, de conformidad con el art. 11.4 f) ET, “*las empresas que estén aplicando algunas de las medidas de flexibilidad interna reguladas en los artículos 47 y 47 bis podrán concertar contratos formativos siempre que las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada*”.

Por otra parte, es un asunto susceptible de debate la interpretación correcta de la expresión “durante el período de aplicación del expediente”, que marca el arco temporal en el que rigen tales prohibiciones. Puede referirse a todo el tiempo a lo largo del cual está abierto el expediente y durante cuyo transcurso es posible afectar a personas trabajadoras a las medidas suspensivas o de reducción de jornada, o, en un entendimiento más restrictivo, solo a los intervalos en los que, de hecho, hay afectación de parte de la plantilla. De acuerdo con este segundo criterio, así pues, se alzaría la prohibición los días de trabajo en los que todas las personas trabajadoras estén prestando servicios en sus jornadas ordinarias. En esta disyuntiva, la hipótesis correcta parece la primera pues, decisiones concretas de afectación y desafectación al margen, ciertamente, haya o no afectación, se está en “período de aplicación”, en cuyo seno la empresa adopta las decisiones de afectación y desafectación. Por consiguiente, la notificación, comunicación o autorización de un ERTE tiene para las empresas ciertos efectos secundarios que deben calibrarse, en particular cuando los tramitan en previsión de posibles desajustes organizativos o de la producción que, a la postre, pueden no producirse con la intensidad que se pronosticaba o que se temía.

Ya se ha aludido anteriormente a que estas decisiones de contratación, subcontratación o realización de horas extraordinarias deben ser informadas a la representación legal de las personas trabajadoras. Tal información le permite a ésta el desempeño de una función clásica de vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral y de seguimiento de las vicisitudes del expediente. En realidad, la regla no es casi sino reiteración de mandatos que ya existen en los arts. 8, 35, 42 y 64 ET, pero, contextualizada, sirve de refuerzo para que no se produzca un uso injustificado de las medidas prohibidas.

6.2 REGLAS DE ACOMPAÑAMIENTO

Sin perjuicio del carácter central de la regulación de funcionamiento intrínseco de los ERTES desde una

perspectiva jurídico-laboral, la regulación “externa” al mismo alcanza un inusitado interés en tres direcciones: 1) la conservación de la empleabilidad de las personas trabajadoras en una vicisitud crítica de sus contratos y, por lo tanto, su mayor fortaleza para afrontar una futurable transición laboral; 2) el establecimiento de unas reglas de cotización relativas a las personas afectadas por las medidas suspensivas o de reducción de jornada menos rigurosas para las empresas o, más bien, favorables a sus necesidades; y 3) la modificación puntual de la legislación de desempleo, para dar una protección más adecuada ante estas situaciones de afectación de personas trabajadoras.

Puede decirse que la reforma afronta con decisión estos tres asuntos. En cuanto al primero, que solo se esbozó mínimamente en la reforma de 2010, ahora se regula a través de medidas de incentivo que redundarán en beneficio de las empresas y en un mayor acceso a la formación profesional de la plantilla afectada por las medidas. Por lo que respecta al segundo, y bajo la estela de la experiencia acumulada a lo largo de la pandemia de la COVID-19, se superan iniciativas aisladas y de carácter puntual ensayadas en épocas anteriores. Y, en cuanto al tercero, tal vez sea el aspecto menos innovador -distintas serán las reflexiones en cuanto al mecanismo RED-, pero también hay alguna novedad de interés, que asimismo puede considerarse como heredera de la experiencia de la normativa coyuntural de urgencia ensayada en el bienio 2020-2021.

Por lo demás, se trata de medidas que, con ciertas oscilaciones, se aplican tanto a los ERTES del art. 47 como a los del mecanismo RED del art. 47 bis. Por consiguiente, en relación con estos últimos, solo se hará referencia más adelante a las especificidades propias que los rodean.

6.2.1 El desarrollo de acciones formativas

El art. 47.6 a este respecto esboza unas ideas que luego se desarrollan en la disposición adicional 25 del ET, introducida por el RD-ley 32/2021. Se genera un incremento del crédito destinado a formación en el ámbito de las acciones programadas por la empresa en los términos del art. 9.7 de

la Ley 30/2015, de 9 septiembre -precepto también incluido en la misma norma de urgencia- si la empresa desarrolla acciones formativas en favor de las empresas afectadas por el expediente. Tal incremento se concreta en el nuevo apartado 7 del art. 9, Ley 30/2015, que establece una cantidad decreciente en función del tamaño de la empresa: si la plantilla está por debajo de diez personas, 425 euros por cada una de ellas; si se ubica entre 10 y 49, 400 euros por cada una; y si alcanza o supera el umbral de 50, 320 euros por persona. Esas cuantías, cuya cuantía puede incrementarse reglamentariamente y que se financian con aportaciones extraordinarias al presupuesto del SEPE, se reconocen por cada una de personas afectadas, pero con independencia de la entidad de la medida que a cada una de ellas les corresponda.

Por supuesto, como enfatiza, la disp. adic. 25 ET, y sin perjuicio de alguna excepción que deberá comentarse, la puesta en marcha de tales medidas es potestativa para la empresa "para cada una de las personas afectadas". En cuanto a los contenidos, se ordena priorizar los vinculados a las necesidades reales de las empresas y personas trabajadoras, con especial referencia a la adquisición de competencias digitales y a las que sean útiles para procurar una recualificación profesional, en este caso aunque no guarden relación directa con la actividad desarrollada por la empresa. Se trata, sin duda, de unas orientaciones muy relevadoras de la verdadera finalidad de las acciones formativas en estas tesituras, pues no establecen una prioridad necesaria de iniciativas vinculadas a las aptitudes y competencias adecuadas para la mejora del desarrollo de sus funciones o para el desempeño de tareas relacionadas con la actividad productiva de la empresa. En el fondo, se trata de equipar a las personas afectadas por el ERTE para una transición, casi a modo de un *outplacement* preventivo. Y eso es así exactamente igual para todas las medidas que puedan aplicarse tanto al amparo del art. 47 como del art. 47 bis, aunque, como va a expresarse, tiene una particular importancia en el caso de los Mecanismos sectoriales.

En cuanto a las acciones formativas en concreto, el precepto remite sin más a las previstas en la LO 5/2002, de 19 junio, y en la Ley 30/2015, de 9 septiembre, aunque añade que podrán desarrollarse a través de cualquier otro sistema de formación acreditada. En cuanto a su período de ejecución, expresa que deberán realizarse durante la aplicación de la reducción de jornada o la suspensión de contratos, aunque también cabe que se impartan durante el propio tiempo de trabajo. Nada prohíbe, ni parece que pueda considerarse fraudulenta esa práctica, que la afectación y desafectación de personas trabajadoras coincida con el decurso temporal de las acciones formativas. Da, pues, la impresión de que, en estos contextos, no será usual que se produzcan acciones de formación que impliquen a personas desafectadas de los ERTEs. La admonición final de que se respeten los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar tiene que ver, por un lado, con la observancia de los límites de jornada del art. 34 y concordantes del ET, asimilándose a este respecto el tiempo de formación al tiempo de prestación efectiva de servicios. Por otro, con la salvaguarda de unos derechos que no pueden ser afectados por las acciones formativas, pero con respecto a los cuales se suscitan al menos dos dudas: 1) sobre los porqués de referirse específicamente a la conciliación de la vida "personal", un tópico en desuso en las últimas reformas y que plantea dudas en cuanto a su espectro objetivo. 2) Sobre si, en cuanto al seguimiento de las acciones formativas, es posible solicitar adaptaciones, aplicando analógicamente el art. 34.8 o incluso algún tipo de derechos de ausencia y, en este último caso, cómo se produciría la acreditación de la formación recibida. Probablemente, la respuesta a la segunda pregunta sea, por desgracia, negativa, de modo que apelar a los derechos de conciliación tenga poco más valor que una licencia retórica.

6.2.2 Las exenciones de cotización

A este respecto, las reglas sobre cotización en las situaciones de suspensión de contrato y reducción de jornada por ERTE ordinario y ERTE del Mecanismo RED se regulan en el nuevo

art. 153 bis de la LGSS, de nueva incorporación a través del RD-ley 32/2001. Pero, sobre todo, se incorporan unos beneficios, en relación con los cuales, el art. 47.7 letra e) expresa su carácter voluntario para las empresas, con la contrapartida de que, de acogerse a ellos, se vincula por el compromiso de mantenimiento del empleo en cuanto a las personas afectadas, en los términos de la nueva disposición adicional cuadragésima cuarta, apartado 10 de la LGSS. El lapso temporal de garantía de ese mantenimiento es de seis meses computados desde la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo. Es decir, solo cuando toda la plantilla está desafectada y vence el tiempo para el que fue decidido o autorizado el expediente, incluidas sus eventuales prórrogas si es por causas ETOP, comienza ese plazo de protección de las personas que fueron afectadas, por muy efímera o muy insignificante que fuera la medida aplicada en relación con ellas.

Tiene importancia que dicho apartado 10 se aparte de las normas de contingencia aprobadas durante la pandemia al precisar de forma inequívoca el alcance del deber de devolución de cuotas cuando se incumple el compromiso: solo alcanza las correspondientes a aquella persona cuyo contrato se extingue incumpliéndolo, eso sí, con los recargos e intereses de demora correspondientes¹⁹. Por supuesto, debe rechazarse la idea de que la redacción que ahora se imprime a esta disposición adicional pueda servir de canon hermenéutico en cuanto a la garantía contenida en la disp. adic. sexta del RD-Ley 8/2020, de 17 marzo, y normativa concordante. Por lo demás, las causas de extinción o las vicisitudes del contrato que se consideran compatibles con la observancia del requisito -despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una

¹⁹ Precisando esta idea, DE LA PUEBLA PINILLA, A., *op. cit.*, p. 94.

interrupción del mismo y extinción de contratos temporales por finalización de su causa, o por imposibilidad de que se realice de forma inmediata la actividad objeto de contratación- están todas ellas directamente inspiradas en la referida disposición adicional sexta.

No es ahora necesario parafrasear toda la disposición adicional 44, pero sí poner de manifiesto algunos trazos básicos²⁰, en particular los siguientes: 1) que la exención afecta a las cotizaciones por contingencias comunes y cuotas de recaudación conjunta 2) que es porcentualmente mucho mayor en los casos de medidas derivadas de fuerza mayor, en cualquier de sus dos modalidades, que en los de las derivadas de causas ETOP. 3) Que, en cuanto a estas últimas, y también en cuanto a las amparadas en la puesta en marcha del mecanismo RED, se exige adicionalmente el desarrollo de las acciones formativas, en los términos anteriormente expresados. 4) Que, si se trata del mecanismo RED de modalidad cíclica, las exenciones son decrecientes, y fijas en la modalidad sectorial²¹. 5) Que el Consejo de Ministros puede decidir exenciones de personas trabajadoras reactivadas, asimismo en el contexto de la activación de un mecanismo RED. 5) Que las exenciones no tienen efecto alguno en las expectativas de derecho de las personas a las cuales se refiere, cuyas cotizaciones se considerarán íntegras a todos los efectos. 6) Que no es óbice para el acceso a la exención que la empresa no esté absolutamente al día en sus obligaciones con la Seguridad Social. 7) Que la financiación es a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social, de las mutuas colaboradoras, del SEPE y del FOGASA, respecto de las exenciones que le correspondan a cada uno de ellos. 8) Que las exenciones no se practican de oficio, sino que son rogadas, a través de las reglas de los apartados 5, 6 y 7 de

²⁰ Asimismo, se omiten comentarios en relación con las funciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia, condensadas en la disposición adicional cuadragésimo quinta de la LGSS.

²¹ Insistiendo en esta diferencia, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., *La respuesta anticipada del legislador al riesgo de la crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo*, Labos, vol. 3, 2022, p. 102.

la disp. adic. 44, que dan lugar a las actuaciones previstas en su apartado octavo. 9) Que el incumplimiento de las obligaciones formativas, en su caso, produce la obligación de pagar el importe equivalente a las exenciones, con los recargos e intereses de demora correspondientes. Esa obligación se limita a las cantidades correspondientes a las personas trabajadoras que no se hayan beneficiado de las correspondientes acciones formativas. Y 10) que la vigilancia sobre el adecuado cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones establecidas en relación a las exenciones en las cotizaciones le corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social²².

Como comentario necesario, debe insistirse en que, a través de las reglas descritas, se drenan recursos del sistema de Seguridad Social, mediante unas técnicas que, pese a conocidas y suficientemente criticadas, no se acaban de abandonar, desafortunadamente, sino que el cuerpo legislativo incurre una y otra vez en ellas. Mención aparte merecen las exenciones aplicadas en el caso de medidas que se amparan en el Mecanismo Red, pues para ellas se aplica el Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo regulado en el apartado 6 del art. 47 bis, al que más adelante se realizará un breve comentario.

6.2.3 Protección por desempleo

Como ya se ha insinuado, sobre este concreto apartado habrá que excluir a las personas afectadas por medidas que se amparan en el mecanismo RED, con respecto a las cuales enseguida se describe su protección específica. En relación con la suspensión o reducción de jornada por causas ETOP y por fuerza mayor, el art. 47.7 f) ET remite sin más al art. 267 de la LGSS y normas concordantes, en una regla común que, en realidad, luego se disocia en la legislación de Seguridad Social. O, dicho en otras palabras, se ha introducido una norma que mejora la protección en caso de fuerza mayor en cualquiera de sus modalidades, con ocasión del RD-ley

²² Con interesantes precisiones a este respecto, la disp. adic. cuadragésimo quinta de la LGSS, asimismo introducida por el RD-Ley 32/2021, desarrolla las concretas actuaciones de control destinadas a esa labor de vigilancia.

2/2022, de 22 febrero. No es fácil entender el porqué de este tratamiento diferenciado, del cual la EdM de esta norma de urgencia solo expresa que se aprueba “*con la finalidad de asegurar la necesaria protección social de las personas trabajadoras*” en tales situaciones. Es para mí un arcano entender este diferente tratamiento y esa postergación en la protección de los ERTES ordinarios producidos por causas ETOP pues, en apariencia, las personas trabajadoras se encuentran, cualquiera que sea la causa de la medida suspensiva o de reducción de jornada, en una contingencia similar.

Es cierto que la diferencia resulta coherente con el mejor trato que también recibe la fuerza mayor en relación con la exención de cotizaciones, pero puede admitirse que esta última se justifica en el carácter exógeno de la misma en comparación con las causas ETOP, por más que tal carácter pueda en parte cuestionarse cuando se trata de las limitaciones o impedimentos derivados de decisiones administrativas, tal y como ya ha sido argumentado. Tal vez pueda insinuarse como motivo la diferente estructura del expediente, que cuando es por causas ETOP cuenta con la pieza central de la fase de consultas, en cuyo seno se puede producir una “excesiva” tendencia al acuerdo y a trasladar costes al SEPE más allá de lo razonable. Pero para eso está prevista la demanda de oficio que puede plantear la autoridad laboral. Ciertamente, el resultado normativo, en términos de cobertura de desempleo, solo puede calificarse como arbitrario.

En términos descriptivos, las disimilitudes son notables: en el caso de los expedientes de los apartados 5 y 6 del art. 47, el porcentaje que se aplica a la base es del 70 por 100 a lo largo de toda la vigencia de la medida, eso sí, aplicándose los límites de cuantía mínimo y máximo de la prestación previstos en el art. 270.3 LGSS. Además, no se produce consumo de cotizaciones a causa del disfrute de la protección ni se exige reunir un período de cotización mínimo. En definitiva, una triple medida ya ensayada en la normativa de pandemia -y anteriormente, en cuanto a la “reposición” de la

prestación- cuya recuperación parcial exigiría una mayor explicación y, seguramente, una mayor coherencia.

7. EL MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO

7.1 COMENTARIOS GENERALES

Constituye, al menos desde una perspectiva cualitativa, la novedad más sustantiva del RD-Ley 32/2021. Hunde también sus raíces en la experiencia de la pandemia y en la visión de cómo ciertas situaciones sobrevenidas bien pueden afrontarse a través de una participación pública activa y facilitadora en la que al Gobierno le corresponde desempeñar un papel central como entidad promotora. No en vano, el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia trazó un primer boceto de instrumento inspirado en los ERTE y en el mayor perfil que fue adquiriendo a través de las sucesivas normas de urgencia derivadas de la COVID-19. Ese instrumento estaría llamado a dar respuesta a unas necesidades más amplias y varias y a conformar un elemento central del marco español de relaciones laborales.

Como primer comentario, el art. 47 bis produce una entrada en tromba de las decisiones gubernativas en las relaciones laborales, con una intensidad desde luego desconocida en nuestra historia reciente. A la cual hay que sumar un realce del papel de las autoridades laborales, que recobran en parte el protagonismo que perdieron, sobre todo -aunque no únicamente- con la reforma de 2012. Ambos aspectos están en estrecha relación recíproca, al servicio de un modelo en el que el intervencionismo público gana terreno, con la finalidad última de que se produzca un reajuste más programado de las empresas a las circunstancias que aparezcan y en el que, a ser posible, el empleo no se pierda, sino que, en el peor de los casos, se transforme. Se trata de una orientación sin duda novedosa, que merece ser ensayada para, si es necesario, corregir algunos desajustes que pueda incluir. Sin duda, las expectativas que ha levantado, a los efectos de corregir la especial tendencia destructiva de puestos de trabajo que

tradicionalmente ha caracterizado a nuestro sistema en épocas críticas y de reconversión, son muy elevadas. El art. 47 bis define en Mecanismo Red como “*un instrumento de flexibilidad y estabilización del empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros, permita a las empresas la solicitud de medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo*”. La palabra “flexibilidad” adquiere en este contexto nuevos tintes, porque se emplea en un escenario en el que, propiamente, las decisiones de las empresas no se liberalizan ni la normativa laboral se hace menos imperativa, aunque sí se quiere adaptar a sus necesidades. Más bien, el poder público se convierte en acompañante necesario de los procesos de adaptación y readaptación por los que atraviesan. Solo desde esa óptica puede hablarse, impropriamente, de flexibilidad. Sería más adecuado decir que el Mecanismo es un instrumento de adaptación, o de adaptabilidad. Más expresiva y acertada es la palabra “estabilización”, como valor que se quiere imprimir de mantenimiento de las personas en sus contratos de trabajo o, como mínimo, en el mercado de trabajo. Sin lugar a dudas, apela a una consideración más periférica de la flexibilidad de salida y de las instituciones que la soportan, que retroceden para dejar espacio a medidas de mantenimiento del empleo y de las vinculaciones laborales²³. Todo lo dicho no obstante, el comentario positivo quiebra y se torna, necesariamente, en crítica frontal, cuando se repara que al Consejo de Ministros, y solo a él, se confía la activación del Mecanismo. O, dicho a sensu contrario, los consejos de gobierno de las Comunidades Autónomas carecen, de acuerdo con el precepto, de competencia para activar ningún tipo de mecanismo red. Lo cual es rotundamente inconstitucional y, de forma inevitable, de calificarse como una profunda deslealtad de la norma ordinaria hacia las

²³ En esta línea de opinión, CAVAS MARTÍNEZ, F., *El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva reforma laboral 2021*, NET21, 2022, pp. 6-7, en <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/>.

reglas de reparto de competencias²⁴. Como es sabido, se ha desarrollado cierto cuerpo de doctrina del TS acerca de la distribución “legislación laboral-ejecución” del art. 149.1.7. Ha sido, en particular, central, la STC 86/1991, de 25 abril, acerca de la competencia para dictar resoluciones de extensión de las normas colectivas, que el art. 92 dos del ET de 1980 confiaba en exclusiva al Ministerio de Trabajo.

De acuerdo con ella, la cuestión decisiva se sitúa en la naturaleza jurídica de la “activación” del mecanismo. Si se ubica en la esfera de la potestad reglamentaria del Gobierno, sin duda sería legítimo residenciar en exclusiva la competencia en el Consejo de Ministros, pero si se considera que la activación no es sino actuación de una normativa laboral pre establecida, sin que innove el ordenamiento jurídico, en tal caso las Comunidades Autónomas podrían y deberían estar habilitadas para tal puesta e marcha. En efecto, no es decisivo el rango de una hipotética norma, sino la propia naturaleza de la decisión gubernamental de desencadenar el mecanismo. A tal efecto, es indudable que existen diferencias de calibre entre la extensión de convenios colectivos y la activación de un mecanismo RED: aquélla está dictada por un Departamento Ministerial -o, en su caso, por uno autonómico- de tal forma que no se ubica exactamente en el contexto de la potestad gubernativa, o al menos al

²⁴ Algun autor matiza que acaso la modalidad cíclica pudiera ampararse en la competencia amplia de “bases y coordinación de la actividad económica” del art. 149.1.13. En este sentido, se manifiesta GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., (*La respuesta anticipada...*, cit., p. 102). Al margen de esta apelación, por lo demás comparto su opinión en cuanto a la modalidad sectorial, cuya atribución en exclusiva al Consejo de Ministros considera poco respetuosa con las competencias autonómicas en materia de ejecución laboral. En cuanto al art. 149.1.13, a pesar de una jurisprudencia del TC que no cabe sino calificar como de muy centralizadora y en la que esta competencia ha sido utilizada como hidra disolvente de las competencias autonómicas, no puede poner en tela de juicio la competencia de las CC.AA. de ejecución de la legislación laboral. Se trata del debate acerca de los límites que puedan establecerse a los denominados “títulos horizontales del Estado”. Sobre este debate, AJA, E. y VIVER PI-SUNYER, C., *Valoración de 25 años de autonomía*, Revista española de Derecho Constitucional, año 23, nº 69, 2003, pp. 69 ss., en particular pp. 91 ss.

mismo nivel que una decisión que se adopta colegiadamente por el Consejo de Ministros. Esta última, más que actuación administrativa, es propiamente actividad de gobierno. Con todo, como expresa la propia STC 86/1991, “*ciertamente, el acto de extensión [o, mutatis mutandis, la activación del mecanismo] produce efectos sobre el ámbito de aplicación de normas preexistentes*”.

Sin duda, el art. 47 bis va a ser objeto de desarrollo reglamentario. Probablemente, a través de una modificación amplia del aprobado por RD 1483/2012. O tal vez aprobándose uno diferente. En él, a buen seguro que se perfilarán más aspectos del Mecanismo y de los requisitos de la activación por parte del Consejo de Ministros. Pero, a diferencia de lo que ocurría en la época de pandemia durante la cual no existía normativa de cobertura, ahora existe, de tal forma que cada activación no innovará el ordenamiento jurídico. Por supuesto que es posible, e incluso probable, que con alguna decisión de ponerlo en marcha el Consejo de Ministros acompañe una modificación del Reglamento en ejercicio de su potestad reglamentaria. O incluso que apruebe una norma con rango de ley que después deberá ser convalidada por el Congreso de los Diputados. Pero, en todo caso, la activación en sí misma no puede calificarse como decisión de alcance normativo.

La conclusión es rotunda: el art. 47 bis infringe el reparto de competencias entre el Estado y las CC.AA. Los órganos de gobierno de estas pueden y deben tener competencia para aprobar una decisión de activación. Ahora bien, la estructura de la norma es bien diferente de la del art. 92 dos ET que en su momento fue interpretada en clave de constitucionalidad por la STC 86/1991. No basta desde luego con declarar que la competencia también -debe expresarse, desde luego, que “también”, no “en lugar de”- debe residir en consejos de gobierno autonómicos. La activación, de acuerdo con las reglas legales, requiere de unas iniciativas y de unos informes de órganos que no tienen parangón -o no lo tienen necesariamente- con otros homólogos de las CC.AA. Incluso es previsible que el desarrollo reglamentario del art. 47 bis

pretenda, en una clara huida hacia adelante, reforzar más el carácter estatal del Mecanismo Red. En consecuencia, la inconstitucionalidad no se resuelve simplemente declarando que las CCAA pueden también activar un mecanismo RED, sino que es necesario el cauce para que eso pueda ser así. A estas alturas, próximos a cumplirse los tres meses desde la entrada en vigor del RD-Ley 32/2021, no existe constancia pública de algún recurso de inconstitucionalidad que se haya interpuesto contra el art. 47 bis. En todo caso, por un mínimo principio de adecuación a la distribución de competencias establecido por la Constitución, es necesario instar una modificación legal del art. 47, petición a la que hay que convocar a cuantos organismos y entidades han tenido alguna relación con la aprobación del precepto. No está solo en juego un asunto formal de reparto de competencias, sino el reconocimiento de capacidades a las Comunidades Autónomas en una materia tan sensible como es la regulación de empleo y la puesta en marcha de los mecanismos legales previstos. Muy en concreto, el acompañamiento y apoyo activo en procesos de reconversión sectorial territorialmente localizados se corresponde mucho más con el desarrollo de iniciativas públicas por parte de los consejos de gobierno autonómicos. Se trata de un debate, seguramente abordado de manera insuficiente en nuestro país, relativo a qué ámbito de gobierno es el más idóneo para el desarrollo de determinadas actuaciones en materia de política de relaciones laborales.

7.2 TIPOLOGÍA Y ACTIVACIÓN

Ya se ha aludido a los dos tipos de mecanismos RED: 1) el cíclico, que se puede activar en respuesta a una coyuntura macroeconómica general que aconseje la introducción de instrumentos adicionales de estabilización; y 2) el sectorial, que se pone en marcha en un sector o varios sectores de actividad, cuando se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y procesos de transición profesional. El primero -se entiende que su plazo de activación- no puede superar un año, y el segundo puede

alcanzar los dos: un período inicial de un año más sendas prórrogas de seis meses cada una.

Llama la atención el establecimiento de estas duraciones máximas, que a la postre encorseta bastante, en particular en el caso del mecanismo cíclico, el tiempo máximo a lo largo del cual pueden autorizarse las medidas. Contrastá al respecto la regulación del art. 47, reticente a establecer plazos máximos de ejecución de la decisión empresarial o de la autorización para tomar medidas por fuerza mayor, con la del art. 47 bis, mucho más rigurosa. Seguramente, los plazos perentorios se encaminan a producir una acción política de gran efectividad en el corto plazo, pero plantean la dificultad de que acaso haya que inaplicarlos en situaciones críticas, mediante normativa de excepción que se dicte específicamente para sortearlos. Es fácil pronosticar que así ocurrirá, al menos en alguna ocasión, y, lejos de suponer un demérito, pondrá de manifiesto toda la potencialidad de estas herramientas de mantenimiento del empleo, por más que implique un importante gasto público destinado a sus distintos componentes. En otro orden de ideas, la propia temporalidad del Mecanismo es un criterio bastante fiable para desmontar, desde una nueva perspectiva, la naturaleza normativa de la activación por parte del Consejo de Ministros. El apartado 2 se dedica a las reglas de activación, por propuesta conjunta de varios departamentos ministeriales. El precepto incurre en el vicio de incluir en la norma la estructura de los distintos ministerios y del Gobierno en su conjunto, por definición efímera. Expresado en términos menos coyunturales, parece requerirse, en cuanto a la modalidad cíclica, la iniciativa mancomunada de los departamentos en materia de Trabajo, de Seguridad Social y de Economía. Cuando se trata de la sectorial, se añade la capacidad de solicitud por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de ámbito estatal, que podrán instar la convocatoria de una Comisión Tripartita -se entiende que conformada por los tres ministerios actualmente concernidos-, la cual se reunirá en el plazo de quince días al objeto de analizar la pertinencia de

elevar la propuesta de activación al Consejo de Ministros. En todo caso, y en ambas modalidades, se requiere de forma imprescindible informar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal.

Otra crítica de fondo merece este apartado segundo. Constituye un paso decisivo en una orientación totalmente equivocada, de soslayar a las entidades más representativas de ámbito autonómico, en una contradicción inequívoca con el bloque de constitucionalidad, conformado por una pieza tan fundamental como la LOLS. Ciertamente, hay algunas leyes sobre temas varios que ya habían dado ese paso con anterioridad. Pero es la primera vez que esta exclusión llega al Estatuto de los Trabajadores. Bien al contrario, el ET había preservado hasta ahora y siempre una regulación respetuosa con la mayor representatividad en todas sus dimensiones, que quiebra en el nuevo art. 47 bis. Incluso podría admitirse que el precepto no es flagrantemente inconstitucional, pero desde luego constituye una traición expresa a la arquitectura y al modelo sindical español y provoca una fractura muy difícil de superar. La exclusión solo puede explicarse a la vista de las entidades que participaron en el diálogo social que cristalizó en el RD-Ley 32/2021, que son, a la postre, las únicas que se reconocen con un papel importante en el Mecanismo RED. No cabe sino esperar que la práctica en la aplicación del precepto sea algo más inclusiva, y que en un futuro más o menos próximo el precepto haga inclusión expresa de las organizaciones más representativas de Comunidad Autónoma.

7.3 EL EXPEDIENTE AMPARADO EN EL MECANISMO RED

Activado el Mecanismo, las empresas pueden acogerse voluntariamente a las medidas de suspensión de contrato y reducción de jornada, que cualitativamente son las mismas que las previstas en el art. 47. A tal fin, deben solicitar a la autoridad laboral -ahora sí, la territorialmente competente, en función del ámbito de afectación de la medida- una u otra, en tanto en cuanto se mantenga vigente la activación. Expresa el apartado 3, párrafo primero del art. 47 bis en

términos algo equívocos que la solicitud podrá referirse a cualquiera de sus centros de trabajo. Como es evidente, también podrá afectar a varios centros o a la totalidad de los que tenga la empresa.

La empresa tramita una solicitud ante la autoridad laboral, de la misma naturaleza que la prevista en el art. 47.6. Es decir, a diferencia de los ERTES por causas ETOP, las suspensiones de contratos o reducciones de la jornada no pueden decidirse sin previa autorización de la autoridad laboral. Ahora bien, en paralelo a la solicitud se produce una comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras, que desemboca en una fase de consultas. Es decir, se articula un procedimiento híbrido, para cuyo desarrollo el precepto remite al art. 47.5 -expediente por fuerza mayor temporal, en su vertiente tradicional-, pero con un previo período de consultas que debe llevarse a cabo en los mismos términos del art. 47.3. Además, el art. 47 bis añade algunas reglas específicas, en concreto, las siguientes: 1) que, en el caso de activación de un mecanismo sectorial, la solicitud de la empresa deberá ir acompañada de un plan de recualificación de las personas afectadas. 2) Que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a instancia de la autoridad laboral, deberá informar preceptivamente acerca de la concurrencia de los requisitos correspondientes, en un plazo de siete días desde la notificación del inicio por parte de la empresa a la autoridad laboral. 3) Que la resolución de la autoridad laboral deberá dictarse en el plazo de siete días después de ser notificada por la empresa tras la finalización del periodo de consultas, de modo que, en el supuesto de falta de resolución expresa, se entienden autorizadas las medidas solicitadas, con el alcance legal y reglamentariamente previsto. En todo caso, procederá estimar la solicitud cuando, de la documentación aportada, se deduce que concurre la situación cíclica o sectorial temporal. Y 4) que, si se alcanza acuerdo en fase de consultas, la autoridad laboral autorizará la aplicación del mecanismo y la empresa podrá poner en marcha las medidas suspensivas o de reducción de jornada en las condiciones acordadas.

Varios comentarios merece el régimen legal descrito, evidentemente necesitado del Reglamento de desarrollo. Primeramente, y expresada la idea a grandes rasgos, el precepto recupera para este tipo de expedientes una intervención administrativa más fuerte, en la línea con la que existía para los ordinarios por causas ETOP antes de la reforma de 2012. En consecuencia, se suman los dos ingredientes clásicos, más o menos consolidados a partir de 1994: la fase de consultas sumada a la posterior convalidación del acuerdo o la decisión de la autoridad laboral en caso de desacuerdo. Es difícil de explicar por qué en este concreto escenario se ha vuelto a tal esquema. Parece adecuada, desde luego, la fase de consultas, pero la hipótesis planteada, un *factum principis* consistente en la activación del Mecanismo, guarda más similitud con la fuerza mayor del art. 47.6 que con una causa ETOP del art. 47.2. Como se ha reflexionado anteriormente, la causa microeconómica para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas suspensivas o de reducción de jornada, distinta de la macroeconómica que justifica la activación del mecanismo, es uno de los aspectos más dudosos del art. 47 bis. Con todo, la apreciación de cómo la situación cíclica o sectorial impacta en las diferentes entidades empresariales aproxima estas situaciones a las descritas en dicho art. 47.2.

La fase de consultas contextualizada en la vigencia del Mecanismo Red se rodea de una serie de limitaciones diferenciadas. Una se debe a la propia vigencia de la decisión gubernativa, ceñida, en el mejor de los casos, a un año y dos prórrogas semestrales. Otra se refiere al establecimiento de una serie de instrumentos de apoyo, voluntarios o no, que condicionan la posición de las partes y disminuyen el ámbito de lo negociable: la prestación específica a la que más adelante se hará referencia, las exenciones en las cotizaciones vinculadas al mantenimiento del empleo, las iniciativas formativas, que en el escenario del art. 47 bis gozan de una importancia singular...Algunas de dichas cuestiones también afectan a los expedientes del art. 47.2, pero evidentemente en menor medida. Una tercera alude a

la posición de la autoridad laboral en caso de desacuerdo, indudablemente condicionada por la vigencia del Mecanismo. Quiere con todo esto decirse que, seguramente, el contenido de la fase de consultas va a destinarse a mejorar la posición de las personas trabajadoras más que a rebatir la propia medida propuesta. Asuntos tales como el complemento de la prestación a cargo de la empresa, la mejora de las iniciativas formativas, o el ensanchamiento del compromiso del mantenimiento del empleo -en particular, en referencia a la renuncia a la realización en un futuro más próximo de despidos colectivos- se intuyen como contenidos más probables de las mesas de consultas.

En cuanto a la intervención reforzada de la autoridad laboral, parece adecuada y razonable, en el contexto de un expediente en el que, a la postre, el poder público desempeña un papel tractor para sortear una crisis cíclica o sectorial. No se trata tanto de comprobar el ajuste normativo de la solicitud de la empresa -aunque también- sino de acompañarla en este trance a través de unos trámites que, como va a apreciarse a continuación, cuentan con importantes singularidades.

Es lógico que en el caso de la modalidad sectorial deba acompañarse un plan de recualificación de las personas afectadas. No por casualidad, la letra b) del art. 47 bis 5 asigna la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional a todas las personas cubiertas por un Mecanismo Red, sea cílico o sectorial. La formación, la empleabilidad y la adaptación de las plantillas tienen en esta segunda modalidad una mayor importancia, por la propia idiosincrasia de ese Mecanismo, identificado por que se han generado necesidades de recualificación y procesos de transición profesional. El plan, que probablemente será perfilado con más precisión cuando se apruebe el Reglamento, no debería limitarse a la formación bonificada, sino al desarrollo de unas iniciativas de *outplacement* que, en la práctica, van a guardar

una importante similitud con las del art. 51.10 ET²⁵. Por supuesto, las medidas incorporadas en el plan pueden desarrollarse a través de entidades privadas, pero sin duda que la autoridad laboral puede acompañar, asesorar y apoyar en el desarrollo de las mismas.

También el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se reviste de mayor importancia. Es preceptivo y debe evacuarse en el improrrogable plazo de siete días “desde la notificación de inicio por parte de la empresa a la autoridad laboral”. Es decir, a diferencia de los expedientes regulados en el art. 47, la norma se asegura de que el informe, relativo a la concurrencia de los requisitos correspondientes, pueda incorporarse al expediente antes de la finalización de la fase de consultas y antes de que la autoridad laboral haya de emitir su decisión. Tampoco es fácil identificar los motivos de tal especial importancia del informe, si se hace comparación, vg., con la regla del art. 47.6, que lo considera no preceptivo y, por supuesto, al igual que en el art. 47.5, no asegura que se haya emitido cuando la autoridad laboral constate o no la existencia de fuerza mayor. En mi opinión, es el art. 47 bis el que contiene la regulación adecuada, en atención a la gran importancia que debe tener un documento incluido en el expediente y que expresa la opinión experta de una función pública especializada. Con el informe, la autoridad laboral está en mejor disposición de, en caso de desacuerdo en fase de consultas, emitir su resolución en el plazo de siete días.

²⁵ Lo cual, por otra parte, se deja entrever con cierta claridad en la disp. adic. primera del RD-ley 32/2021: “medidas de transición profesional en el ámbito del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. Transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo al que se refiere el artículo 47 bis, en su modalidad sectorial, el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, estudiadas las circunstancias en que se encuentren el empleo y el tejido productivo de los sectores afectados por el Mecanismo RED, analizarán la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro”.

Aunque no sea vinculante, constituye un documento fundamental en la motivación de la decisión administrativa. Finalmente, en cuanto al valor del acuerdo en fase de consultas, se recobra la regla del art. 47 anterior a la reforma de 2012: la autoridad laboral está vinculada por el mismo, de tal forma que la empresa puede aplicar las medidas, eso sí, en los términos acordados con la representación de las personas trabajadoras.

Por lo demás, el art. 47.5 a) remite, para las dos modalidades del Mecanismo RED, a los apartados 4 y 7 del art. 47. En consecuencia, es posible la prórroga de las medidas, siempre dentro del plazo de vigencia del propio Mecanismo. En apariencia, de la remisión general que se formula al art. 47.4 debería concluirse que la prórroga no debe ser autorizada por la autoridad laboral, sino que la empresa decide después de celebrada la fase de consultas, que solo le vincula en caso de acuerdo. Sin embargo, se trata de una apariencia discutible, vista la diferente estructura del expediente y, por otra parte, plantea dudas referidas al acceso a la protección social, como va a exponerse seguidamente. De modo que habrá que atender a si el Reglamento se pronuncia sobre tal extremo y, en su caso, en qué términos lo hace. Por lo demás, no parece existir problema alguno para iniciar un procedimiento para suspensión de contratos o reducción de jornada al amparo del art. 47 cuando haya finalizado el período de aplicación de unas medidas autorizadas al amparo del art. 47 bis. Asimismo, es posible la opción inversa, normalmente cuando se active un Mecanismo de cualquiera de las dos modalidades durante la aplicación de un ERTE desarrollado al amparo del art. 47.

En cuanto a la remisión al apartado 7 del art. 47, evidentemente no puede ser a su letra e), porque la protección no se vincula a la prestación por desempleo, si bien, como va a explicarse, puede amparar una aplicación supletoria de la normativa de desempleo. Ya se han expuesto las especificidades relativas a las acciones formativas y a la exención de cotizaciones para el caso específico de estos expedientes. Solo queda remitirse, para los demás mandatos

del art. 47.7, a lo ya comentado anteriormente -umbral de las reducciones de jornada, prioridad de estas frente a suspensiones, contenido de la solicitud, afectaciones y desafectaciones de personas trabajadoras y limitaciones a la subcontratación, a las horas extraordinarias y a la formalización de nuevos contratos-, sin que sea necesario ningún comentario particular.

7.4 LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR MEDIDAS AMPARADAS EN EL MECANISMO RED

El art. 47 bis 5 b) sencillamente se remite a las medidas contenidas en la disposición adicional cuadragésimo primera de la LGSS, precepto que asimismo introduce el RD-ley 32/2021 y que, a diferencia de todos los demás a los que se refiere este artículo²⁶, solo entra en vigor a partir del 30 marzo 2022, de conformidad con la disposición final octava del RD-ley 32/2021. En ella se regula una "prestación del Mecanismo Red" con grandes concomitancias con la prestación por desempleo. En sus rasgos generales, esta protección es muy similar a la de desempleo por fuerza mayor del art. 47 después de las reformas producidas por el RD-Ley 2/2022: no se requiere carencia alguna para acceder a ella - aunque sí se exige que el contrato de trabajo se haya formalizado con anterioridad a la activación del Mecanismo por parte del Gobierno-, se alcanza sin límite temporal el 70 por 100 de la base reguladora y no se consumen cotizaciones. Con acertado criterio, el precepto protege a las personas que tengan la condición de socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado²⁷ y de sociedades laborales siempre que estén incluidas en el régimen general de la Seguridad Social o en algún régimen especial que proteja la contingencia de desempleo. Sucede, sin embargo, en relación con las cooperativas de trabajo asociado, que el RD-Ley 32/2021 no ha incluido un precepto paralelo al contemplado en el art. 22.3 del RD-Ley 8/2020. Se trata de una grave omisión

²⁶ Aunque sin olvidar la regla, en realidad transitoria, de la disp. adic. tercera.

²⁷ Tal vez hubiera sido más razonable interpolar el RD 42/1996, de 19 enero.

porque, en apariencia, no hay un Mecanismo Red expresamente previsto para estas entidades, de modo que es necesaria la oportuna reforma normativa²⁸. No es suficiente a tales efectos, desde luego, la referencia a la "relación societaria" que expresa en párrafo cuarto del apartado 1 de la disposición adicional.

La norma establece una incompatibilidad, absolutamente lógica, entre la prestación del Mecanismo y la de desempleo, en el nivel contributivo o asistencial, la de cese de actividad y la renta activa de inserción, así como con cualquier otra prestación que no sea compatible con el trabajo del cual se derivó la suspensión del contrato o la reducción de jornada. E igualmente dispone la imposibilidad de percibir dos o más prestaciones derivadas de distintos Mecanismos simultáneamente²⁹.

Del procedimiento de solicitud, para cuyo desarrollo la norma remite a Orden del Ministerio de Trabajo y Economía Social, deben destacarse los aspectos siguientes: 1) es la empresa la que la realiza telemáticamente, siguiendo la estela del art. 3 del RD-Ley 9/2020, de 27 marzo, en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución de la autoridad laboral autorizando las medidas o desde la certificación del silencio positivo. 2) En caso de retraso en la solicitud -cuyo plazo, debe insistirse, no es de quince días, sino de un mes- la prestación se reconoce desde el día en que se realiza, pero se genera una responsabilidad de la empresa, que debe abonarles a las personas afectadas la prestación desde el

²⁸ No parece suficiente la remisión del apartado segundo de la disposición al Reglamento, pues solo se formula "para la solicitud y el reconocimiento del derecho a esta prestación". Ahora bien, tampoco sería estrictamente necesaria una norma legal para regular la suspensión o reducción de jornada de la relación societaria, siguiendo la estela del RD 1043/1985, de 19 junio y el RD 42/1996, de 19 enero.

²⁹ Es oportuna la crítica que formula GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. (*op. cit.*, p. 108) referida a que no debía ser imposible un acceso múltiple en caso de pluriempleo en dos sectores afectados por sendos Mecanismos, en tanto que no se prohíbe que se accedan a dos o más prestaciones si las empresas son del mismo sector. Creo que se trata un lapsus de la norma, que no pretendió en ningún caso limitar el acceso a dos o más prestaciones cuando concurren situaciones de pluriempleo o de pluriactividad por cuenta ajena.

primer día en que se hubiese aplicado la medida hasta la fecha en la que el SEPE asume el pago. A este respecto, hubiera sido deseable que la norma, en analogía con lo dispuesto en el art. 166.4 LGSS, hubiese establecido el alta de pleno derecho, para evitar problemas, excepcionales pero que pueden suceder. 3) El acceso a la prestación requiere que la persona afectada se inscriba como demandante de empleo.

La base reguladora de la prestación es igual a la prevista para la de desempleo en el art. 270.1. Por fortuna, se omite la inconveniente referencia de este precepto al caso del trabajo a tiempo parcial, a la vista del asunto *Espadas Recio*³⁰. Para las personas que prestan servicios a tiempo parcial, se aplica, pues, idéntico régimen que para las que lo hacen a jornada completa. Y, para las que lleven menos de 180 días de ocupación cotizada -supuesto que, por razones obvias, no contempla el art. 270.1 LGSS-, la base reguladora se calculará en función de las bases correspondientes al periodo inferior acreditado en la misma. El porcentaje es del 70 por 100 a lo largo de toda la vigencia de la medida, al igual que lo es ahora para el desempleo derivado de suspensión del contrato o reducción de jornada por fuerza mayor.

La cuantía máxima se equipara a la del art. 270.3 de la LGSS, del 225 por 100 del IPREM, pero con independencia de la existencia o no de hijos cargo. También, a este respecto, la prestación se hace más favorable para las personas afectadas que la de desempleo, en cualquiera de sus modalidades. Sí que se aplica la proporcionalidad de ese tope máximo en el caso de trabajo a tiempo parcial, la cual ha sido expresamente declarada compatible con la Directiva 1979/7/CEE³¹. Ahora bien, de nuevo hay una diferencia en relación con el art. 270.3, puesto que en este la misma proporcionalidad se aplica a la cuantía mínima de la prestación por desempleo, cuantía que no existe en la prestación del Mecanismo Red. Seguramente, la creciente

³⁰ Asunto C-98/15, sentencia de 9 noviembre 2017.

³¹ Asunto C-137/15, *Plaza Bravo*, auto de 17 noviembre 2015.

diferencia entre el SMI y el IPREM produzca que ese umbral mínimo sea ineffectivo en la práctica.

Las reglas de cotización durante la aplicación de las medidas del apartado 5 son similares a las del art. 273. Asimismo, hay una evidente proximidad entre las reglas de compatibilidad del apartado sexto con las del art. 282. En cuanto a la duración de la prestación se extiende, como mucho, hasta el término final de aplicación del Mecanismo a la empresa, aunque, como es obvio, la persona beneficiaria puede ser desafectada con anterioridad. Y, al igual que sucede en el desempleo en caso de suspensión por fuerza mayor, el disfrute del derecho no implica consunción de prestaciones por desempleo³². Por supuesto, el tiempo de afectación se tiene por no cotizado a los efectos de una futura prestación por desempleo, pero, en cuanto al cómputo del período de seis años de ocupación cotizada para el cálculo de esta, el tiempo de disfrute de la prestación del Mecanismo Red es neutro y, por lo tanto, se producirá una retroacción equivalente al plazo de tal disfrute.

Los apartados 9 y 10 de la disposición adicional aluden a causas de suspensión y extinción de la prestación. En cuanto a la suspensión, se alude a la de la suspensión de la relación laboral por causa distinta de la aplicación del Mecanismo Red, en una regla clásica que subordina la prestación derivada de las vicisitudes del empleo a cualquier otra situación que refleje una falta de disponibilidad o de capacidad para trabajar. En cuanto a la extinción, se refiere a la baja definitiva en la empresa por cualquier motivo, así como a la imposición de la sanción de pérdida de la prestación.

Finalmente, el apartado 11 le encomienda al SEPE la gestión en todos sus extremos de esta prestación, sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a los órganos competentes de la Administración laboral en materia de sanciones y sin perjuicio

³² Por consiguiente, no se entiende bien, por ineffectaz, la última regla del apartado 8 de la disposición adicional: “en el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir a día a jornada completa el número de horas no trabajadas en el periodo temporal de referencia”.

de que en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar le corresponda la misma al Instituto Social de la Marina. El apartado 12 habilita a la TGSS para los actos recaudatorios en vía ejecutiva y el apartado 13 remite al proceso de Seguridad Social, previa reclamación administrativa, las resoluciones de la entidad gestora relativas a la prestación. El régimen legal de la prestación, así esbozado, plantea algunos interrogantes. El primero y más obvio se refiere al porqué de generar, al menos desde una perspectiva formal, una prestación diferenciada de la de desempleo. Enseguida va a verse que una posible explicación reside en la específica forma de financiación que le caracteriza, no vinculada a la cotización por desempleo. Sin embargo, parece bastante insuficiente como argumento. También puede apelarse a una emulación de los sistemas comparados exitosos, en particular el alemán, con su sistema de *Kurzarbeit* que genera un subsidio estatal (*Kurzarbeitergeld*) diferenciado de la cobertura del paro forzoso³³. Pero no parece haber una razón suficiente de peso más allá de impostar una diferencia que en la práctica no es tan grande.

De lo cual se sigue una duda más que evidente: por más que la disposición adicional 41 de la LGSS tiene una considerable extensión, y por más que remita a Orden del Ministerio de Trabajo y Economía Social el desarrollo del procedimiento para la solicitud y el reconocimiento de la prestación, la normativa no es suficiente para resolver muchas dudas sobre aspectos que sí aparecen regulados en la normativa legal y reglamentaria sobre la protección por desempleo. En consecuencia, es razonable preguntarse si es posible aplicar analógicamente, para temas no previstos en la regulación de la prestación del Mecanismo Red, dicha normativa. En mi opinión no solo es posible, sino que resulta lo más razonable, e incluso puede sostenerse, como ya se ha apuntado, en la remisión total que el art. 47 bis 5 formula al art. 47.7 del ET.

³³ En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La fascinación de los modelos o el *Kurzarbeit* a la española”, en VV.AA. (dirs. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.), *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Lex Nova (Valladolid, 2010) pp. 181 ss.

Una última reflexión se refiere a los argumentos para que la protección de las medidas adoptadas en el entorno del Mecanismo Red sea más amplia que la reconocida en otro tipo de ERTES. Ya se ha reflexionado sobre este asunto en cuanto a la diferencia de la cobertura de desempleo entre las causas ETOP y las de fuerza mayor. En cuanto a aquéllas, si que parece adecuada una protección mayor, si se tiene en cuenta la particular situación en la que se plantean estas medidas, de crisis económicas cíclicas o reconversiones de sectores de actividad. En estas situaciones, es especialmente probable que en el medio plazo haya que recurrir a la protección por desempleo y, en todo caso, el mantenimiento de los empleos está especialmente en riesgo. Por consiguiente, proteger a un colectivo más amplio mediante menos requisitos de acceso a la protección del sistema, hacerlo sin que se consuman cotizaciones a desempleo y con una prestación económica algo más elevada parece justificado, necesario y proporcionado.

7.5 FINANCIACIÓN, COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

A la financiación pública del haz de medidas que rodean el Mecanismo Red en su doble modalidad se dedica el apartado 6 del art. 47 bis. Contempla la constitución de un fondo sin personalidad jurídica denominado Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, adscrito al ministerio con competencias en materia de trabajo, que debe atender en el futuro el pago de prestaciones y de exenciones de cotización empresarial a la Seguridad Social, así como costes asociados a la formación. El precepto remite a su desarrollo normativo la forma y condiciones para canalizar todas estas necesidades.

En cuanto a los recursos de los que debe nutrirse el Fondo, el precepto apela a los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en sus niveles contributivo y asistencial, las aportaciones que se consignen cada año en la Ley de Presupuestos y las aportaciones que procedan de instrumentos de financiación de la UE orientados a los fines

que sirve el Fondo, así como a los rendimientos que puedan producir las cantidades existentes. El tema de los excedentes de ingresos se expresa en términos bastante ambiguos, por las propias dificultades que ha habido para calcular y verificar en períodos más o menos largos la suficiencia de las cotizaciones por desempleo. Así pues, al margen de los fondos que puedan provenir de la UE, la suficiencia de este instrumento será un asunto de mayor o menor provisión en las leyes presupuestarias anuales. Por lo demás, también a este respecto se comprueba la solamente relativa diferencia de la prestación del art. 47 bis con la de desempleo, pues la primera también se puede financiar con aportaciones finalistas dedicadas a la cobertura de esta última.

Para las actuaciones de control de la aplicación del Mecanismo, el art. 47 bis, apartado 5 b) prevé la colaboración del Servicio Público de Empleo Estatal con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a través de la programación de actuaciones periódicas y de ejecución continuada. Para este y otros fines, en particular a los efectos del desarrollo de las oportunas actuaciones de control, la Inspección podrá acceder a todos los datos que se hayan incorporado mediante procedimientos automatizados y aplicaciones³⁴.

8. CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores, se han descrito y comentado desde una perspectiva crítica las novedades que ha introducido la reforma laboral de 2021 en una materia particularmente compleja. Cuando finaliza la redacción de este artículo, queda pendiente todo el desarrollo reglamentario, llamado a

³⁴ Debe recordarse, además, que la disp. adic. vigésimo sexta del ET, asimismo introducida por el RD-Ley 32/2021, regula expresamente el acceso a los datos de todos los expedientes de regulación temporal de empleo por la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo Estatal y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Lo cual, evidentemente, facilita la tramitación de los procedimientos y también la adecuada llevanza de los mecanismos de supervisión y control.

precisar asuntos muy importantes solo esbozados en la norma con rango de ley. Algunos, se han ido despejando en el camino, como el tránsito desde los expedientes por impedimentos o limitaciones vinculados a la COVID al nuevo sistema, tema en el que el RD-Ley 2/2022, de 22 febrero la completado la disposición adicional tercera del RD-Ley 32/2021.

En espera, así pues, de que se conozca el puzzle normativo completo, puede decirse que los arts. 47 y 47 bis han establecido unas reglas estables que han bebido de diversas fuentes, pero no en pequeña medida de la experiencia de la normativa organizada en torno al mantenimiento del empleo durante la pandemia. Cuando esta da sus últimos coletazos de vida, puede augurarse que el nuevo entramado de ERTES desempeñará un papel muy importante en el mantenimiento del empleo en momentos de dificultades y turbulencias. Con adecuado criterio, la disp. adic. sexta del RD-ley 32/2021 expresa que las personas afectadas por las medidas de los arts. 47 y 47 bis ET serán computadas como activas a efectos estadísticos. Se trata, sin duda, de una cuestión adjetiva, pero también de una consideración que nuestro sistema merece después de que, en el escenario de la pandemia, le haya doblado el pulso a una amenaza que se cernía de una ola ingente de despidos masivos.

Se ha expresado, en el contexto del Componente 23, que la normativa de medidas de regulación de empleo tendría virtualidad para disminuir la contratación temporal y ajustar las necesidades de adaptación del tiempo de trabajo. Tales virtudes están por ver y deberán acreditarse. Pero la que sí tiene es la de configurar una nueva relación entre la flexibilidad interna y la de salida. Con el nuevo régimen se solapan sin duda las causas que justifican un despido colectivo y las que amparan en Mecanismo Red. De tal forma que, implantado este, y al margen de las reglas que pueda establecer el Consejo de Ministro cuando lo ponga en marcha, es claro que se debe interpretar con más rigor y en términos más restrictivos la causa de despido de los arts. 51 y 52 c) ET. Pero, asimismo, la suspensión por fuerza mayor derivada

de limitaciones y prohibiciones cobra una dimensión más amplia, que genera unas relaciones distintas no con el despido por fuerza mayor del art. 51.7, sino también con el despido por causas ETOP. Y, expresada la idea en términos más generales, ampliado en general el recurso a la flexibilidad interna, es evidente corolario que retrocede el despido, sin perjuicio de que su régimen legal debe modificarse en una próxima reforma, para que su carácter de *ultima ratio* se exprese en términos todavía más inequívocos³⁵.

En las páginas precedentes se han formulado algunas críticas, la mayoría de ellas de técnica legislativa, pero dos referentes a aspectos muy importantes de política legislativa, relativos al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y al “olvido” del modelo español de mayor representatividad sindical y empresarial. Sin duda, desde nuestra arquitectura constitucional, son asuntos defectuosamente regulados. No se trata de una discusión entre una visión más centralista y otra más descentralista, sino de la leal observancia de nuestro modelo constitucional. En ambos solo cabe pedir una pronta rectificación legislativa. Al margen de lo cual, una parte importante del éxito de la reforma laboral de 2021 está fiado a la aplicación práctica de la normativa de suspensión de contratos y reducción de jornada aquí tratada. El pronóstico de éxito no se expresa ahora como un deseo infundado, sino como una convicción grande que anida en la mayoría de las gentes de las relaciones laborales.

³⁵ Con especial convicción, en defensa de esta postura, que obliga a reorientar la jurisprudencia del TS, RAMOS QUINTANA, M., *La flexibilidad interna...*, cit.

9. BIBLIOGRAFÍA

- AJA, E. y VIVER PI-SUNYER, C., *Valoración de 25 años de autonomía*, Revista española de Derecho Constitucional, año 23, nº 69, 2003.
- CABEZA PEREIRO, J., *Expedientes de regulación de empleo suspensivos como herramienta de mantenimiento del empleo: propuestas y alternativas*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 5, 2009.
- CABEZA PEREIRO, J., "La suspensión del contrato y la reducción de jornada al amparo del artículo 47 del estatuto de los Trabajadores", VV.AA. (dirs. MONERO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares (Granada, 2011).
- CABEZA PEREIRO, J., "Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor", en VV.AA. (coord.. GOERLICH PESET, J.M.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016).
- CAVAS MARTÍNEZ, F., *El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva reforma laboral 2021*, NET21, 2022.
- CRUZ VILLALÓN, J., *El sistema RED de regulación temporal de empleo*, Colección briefs de la AEDTSS, 2022.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., *El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas Etop y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo*, Labos, vol 3, 2022.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., *La respuesta anticipada del legislador al riesgo de la crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo*, Labos, vol. 3, 2022.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La fascinación de los modelos o el *Kurzarbeit* a la española", en VV.AA. (dirs. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.), *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Lex Nova (Valladolid, 2010).

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor", en VV.AA. (dirs. GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. y MERCADER UGUINA. J.R.) *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova (Valladolid, 2012).

MARTÍNEZ BARROSO, R., *El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios*, Colección briefs de la AEDTSS, 2022.

RAMOS QUINTANA, M., *La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?*, Trabajo y Derecho, nº 87, 2022.

ROJO TORRECILLA, E., *La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación*, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, nº 467, 2022.