



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Los ERTes suspensivos por causas empresariales

Presentado por:

Ventsislav Kalinov Stefanov

Tutelado por:

María Milagros Alonso Bravo

Valladolid, 14 de septiembre de 2021

A las manos destrozadas pero incansables de una clase.

A los que están cerca y los que están lejos.

A mis padres.

A la Educación Pública.

Gracias.

*Nuestra doctrina se presta adecuadamente para la formación de hombres del Pueblo que piensan
que su misión en la vida es luchar para el Pueblo, por el Pueblo ...y en el Pueblo.*

Juan Domingo Perón

RESUMEN

El presente Trabajo Fin de Grado, denominado “Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo por causas empresariales” versa sobre los mecanismos que puede emprender el empresario, ante una situación coyuntural negativa, en el marco interno de su organización, a través del poder de gestión que le es facultado a partir del marco constitucional y expandido a través del desarrollo legislador ulterior.

Consisten los mecanismos de dicha institución en medidas de flexibilidad interna (suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada laboral), potenciadas a partir de las reformas laborales de 2010 y 2012 en España. Se analizan las causas empresariales que fundamentan el emprendimiento de las medidas mencionadas así como sus efectos y procedimiento.

De igual manera, se establecen las líneas definitorias relativas a la evolución normativa de los expedientes de índole temporal y el cambiante equilibrio entre empresario y trabajador en la relación de trabajo.

Palabras clave: flexibilidad interna; suspensión de contrato de trabajo; reducción de jornada laboral; causa empresarial; situación económica negativa; trabajador; empresario.

ABSTRACT

The present Final Degree Project, named “The Files of Temporary Regulation of Employment based on business reasons” deals with the mechanisms that the employer can undertake, facing a negative conjunctural situation, within the internal framework of his organization, through the power of management which is empowered from the constitutional framework and expanded through subsequent legislative development.

The mechanisms of this institution consist of internal flexibility measures (suspension of the employment contract and reduction of working hours), strengthened by the labor reforms of 2010 and 2012 in Spain. So to that, the business causes underlying the undertaking of the aforementioned measures as well as their effects and procedure are object of analysis.

In the same way, the defining lines relating to the regulatory evolution of temporary files and the changing balance between employer and worker in the job relationship are set to be established.

Key Words: internal flexibility; suspension of the employment contract; reduction of working hours; business cause; negative economic situation; worker; businessman.

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	6
2.	EVOLUCIÓN NORMATIVA	8
2.1.	La base de las reformas: el Estatuto de los Trabajadores	8
2.2.	La intencionalidad de la reforma laboral de 2010	12
2.3.	La intencionalidad de la reforma laboral de 2012	17
3.	LOS MECANISMOS DEL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO.....	20
3.1.	La flexibilidad interna: eje de las medidas de ajuste temporal de empleo	21
3.1.1.	<i>La empresa como presupuesto de base.....</i>	22
3.1.2.	<i>La funcionalidad de la flexibilidad.....</i>	24
3.1.3.	<i>Reformas del marco regulador de la flexibilidad interna de interés para la institución suspensiva.....</i>	27
3.2.	La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales	29
3.3.	La reducción de la jornada de trabajo.....	35
3.4.	El desempleo total temporal y desempleo parcial.....	40
3.5.	Elementos comunes de la suspensión de contrato de trabajo y reducción de jornada laboral	43
4.	CAUSAS EMPRESARIALES DEL ERTE SUSPENSIVO	48
4.1.	Criterios comunes a las causas	51
4.2.	Las causas económicas	55
4.3.	Causas técnicas, organizativas y de producción	59
4.4.	Ámbito de afectación de las causas empresariales	62
5.	EL PROCEDIMIENTO DEL EXPEDIENTE	64
5.1.	Comunicación inicial	65
5.1.1.	<i>Constitución de la comisión negociadora</i>	65
5.1.2.	<i>Comunicación del inicio del período de consultas</i>	67
5.2.	El período de consultas	71
5.2.1.	<i>Duración del período de consultas.....</i>	72
5.2.2.	<i>El deber de negociar de buena fe.....</i>	73

5.2.3	<i>Finalización del período de consultas</i>	74
5.3	La impugnación de la decisión empresarial	76
6	ERTE SUSPENSIVO ORDINARIO EN TIEMPOS DE PANDEMIA	77
6.1	Especialidades en materia de tramitación, actividad y desempleo	79
6.2	El problema del silencio administrativo en ERTEs COVID	81
6.3	Los efectos y su importancia en la jurisdicción social	83
7	CONCLUSIONES	85
8	BIBLIOGRAFÍA.....	87

ABREVIATURAS

art.; artículo

arts.; artículos

CE.; Constitución española

ET.; Estatuto de Trabajadores

ETOP: económicas, técnicas, organizativas y de producción

F.J.: Fundamento Jurídico

RLT.: representación legal de trabajadores

LRJS.: Ley Reguladora de Jurisdicción Social

RD-ley.; Real Decreto-ley

RDCSR: Reglamento de Despido Colectivo y suspensión de los contratos y reducción de jornada

SAN: Sentencia de Audiencia Nacional

ss.; siguientes

STSJ: Sentencia de Tribunal Superior de Justicia

STS: Sentencia de Tribunal Supremo

TRET: Texto refundido de Estatuto de Trabajadores (2015)

1. INTRODUCCIÓN

Desde la consolidación de la revolución industrial, el papel del Estado legislador se ha mostrado presente en la configuración de las relaciones laborales modernas, entendidas como un contrapeso de intereses enfrentados. Mediando escenarios en el seno de la empresa que alteran de manera significativa el rumbo ideal que la misma traza, se acentúan, durante períodos económicos adversos, cambios que inciden en la figuras partícipes de la relación de trabajo.

. El Expediente de Regulación Temporal de Empleo se concentra en un instrumento puesto a disposición de los actores en el seno interno de la empresa. Es, ciertamente, una herramienta de ajuste que brinda oportunidades de entendimiento y comunicación a la hora de establecer las medidas precisas para superar la coyuntura en un estado determinado, salvaguardando la viabilidad empresarial.

Sirve la presente institución para evitar la destrucción masiva de empleo y establecimiento de condiciones peyorativas para los participantes en el mercado laboral; objetivos cuya búsqueda el legislador lleva desempeñando desde antes la promulgación del primer Estatuto de los Trabajadores en 1980, pretendiendo dar cobertura a una serie de garantías y derechos previstos en nuestra Carta Magna, fruto de una insaciable lucha de intereses.

La solución, en un contexto globalizado de crisis económica y constante cambio en la estructura técnica, organizativa o de producción de las empresas, se formaliza a partir de la articulación de medidas preventivas y flexibles que brinden qué menos que cierta seguridad en la empleabilidad de la población activa. Frente a las medidas de extinción del contrato de trabajo, las previsiones que realiza el legislador en el interior del artículo 47 del Estatuto de Trabajadores consiguen formar una herramienta efectiva y precisa, aunque poco conocida, para hacer frente a las dificultades empresariales.

Por todo, el presente Trabajo de Fin de Grado analiza las aristas y peculiaridades entorno a la formación del Expediente de Regulación Temporal de Empleo (en adelante, ERTE), la voluntad legislativa inmersa en el mismo, así como las posibilidades otorgadas en ámbitos de

indeterminación legislativa y capacidad de solución en medio de una casuística negativa o coyuntural.

Los objetivos del presente trabajo, para llegar a conocer en cierta profundidad la existencia y necesidad del ERTE se basan en las siguientes:

- Discernir sobre la finalidad del ERTE, buscando situar la inspiración y voluntad legislativa en orden de comprender su actual fisionomía. De igual modo, investigar acerca de los antecedentes o precursores de los que éste toma forma.
- Situar la legislación y principios relevantes en torno a la configuración de la presente institución, aplicando la estructura normativa otorgada y diferenciándola del resto de instrumentos puestos a disposición del empresario.
- Conocer la evolución de las estipulaciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de los mecanismo intrínsecos del expediente. De éste modo, separar las situaciones económicas pasadas y actuales que motivan el cambio del rumbo legislativo.
- Ante la aparente indeterminación de las causas que fundamentan la existencia del presente mecanismo, servirse el presente Trabajo de la jurisprudencia disponible para diferenciar los elementos habilitadores.
- Analizar las diferentes posibilidades de actuación, tanto del empresario como del trabajador, ante la decisión tomada en el proceso de un ERTE
- Conocer los efectos básicos del expediente, su procedimentalización y control externo

Para cumplir tales objetivos, la estructura del presente trabajo se divide en el análisis de la evolución normativa acerca de la figura del ERTE, pasando a conocer los cimientos establecidos en el texto estatutario y las posteriores modificaciones que inciden sobre la naturaleza jurídica de la institución suspensiva.

En segundo lugar, se realiza un análisis sobre el fondo del ERTE suspensivo, comparando al mismo con la segunda medida prevista en el art. 47 del Estatuto de Trabajadores (la reducción de jornada laboral, haciendo hincapié igualmente en los efectos que las mismas conllevan y su relación con los restantes instrumentos de flexibilidad interna en el texto estatutario.

La tercera parte del trabajo encuentra su dedicación en la sustantivación de las causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas y de producción), informadoras del ERTE, así como el desglose de las diferencias y criterios comunes de las mismas.

En cuarto lugar, se analiza el procedimiento subyacente al art. 47 del Estatuto de Trabajadores, así como su desarrollo reglamentario para conocer mejor la actuación de los protagonistas de la relación laboral.

Por último, se hará una breve aproximación a las medidas e innovaciones en el ámbito del ERTE, siendo un instrumento ensalzado en la actualidad más reciente que vivimos por a consecuencia de la COVID-19.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA

Con anterioridad a adentrarme en el análisis de la figura del Expediente de Regulación Temporal de Empleo, es preciso señalar y exponer las más importantes modificaciones legislativas llevadas a cabo en diferentes contextos (sociales, económicos y políticas), conociendo así la finalidad y faceta actual del presente mecanismo, preciso para combatir situaciones empresariales adversas de índole temporal.

2.1. La base de las reformas: el Estatuto de los Trabajadores

El Estatuto de los Trabajadores -en adelante, ET- (en su primera versión, Ley 8/1980, de 10 de marzo¹) contiene en su Título Primero, Capítulo III, Sección Tercera determinadas disposiciones normativas respecto a la “Suspensión del contrato”, entre cuyo elenco de

¹ B.O.E. núm. 64, de 14 de marzo de 1980, páginas 5799 a 5815.

artículos se puede apreciar el art. 47, relativo a la suspensión del contrato por causas tecnológicas, económica o derivadas de fuerza mayor. El presente apenas cuenta con dos puntos, que basan su enunciado en la remisión al art. 51 (extinción por causas tecnológicas, económicas y fuerza mayor) y la especialidad relativa al plazo de resolución de la solicitud del expediente. Dicha norma, eje básico y central de los expedientes de regulación temporal de empleo, dista -en complejidad y técnica jurídica- de la regulación actual de la presente figura.

No es asunto baladí, sin embargo, el papel fundamental de éste primer texto normativo, base primordial del modelo de relaciones de trabajo que se conocen en la actualidad, incorporando elementos flexibilizadores y revalorizadores, potenciando así mismo el poder de actuación del empresario en su gestión ordinaria y facultades de ordenación dentro de la empresa y la relación de trabajo.

A su vez, en medio de la crisis económica que se vive al momento de la aprobación del presente texto, así como los debates acerca de la flexibilidad y precariedad, la presente norma cumple con los “mínimos necesarios”², que son recuperados con la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Por medio de ésta, se aprecia la plasmación de conflicto de intereses a partir de la “constitución económica”³, elenco de derechos y deberes constitucionales que se ven ciertamente limitadas por las exigencias del Estado, tanto de índole social como general. Por todo ello, se aprecia la existencia de un sensible juego de equilibrios a realizar a la hora de enfocar y orientar las relaciones económico-laborales, dada la plasmación y vinculación necesaria de preceptos que forman el bloque constitucional de laboralidad⁴ formado por, en palabras de Guamán Hernández (2012) “la integración del conflicto capital-trabajo, el

² Guamán Hernández, A. & Illueca Ballester, H: *El huracán neoliberal: Una reforma laboral contra el trabajo*, Ed. Sequitur, Madrid, 2012, pp. 53.

³STC 1/1982, de 28 de enero (REC. 63 y 191/1981); F.J. 1º: “En la Constitución Española de 1978, (...) existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida por la Constitución, cuyo Preámbulo garantiza la existencia de un “orden económico y social justo” y cuyo art. 2 establece un principio de unidad que se proyecta en la esfera económica por medio de diversos preceptos constitucionales, tales como el 128 entendido en su totalidad, el 131.1, el 139.2 y el 138.2, entre otros”.

⁴ Guamán Hernández, A. & Illueca Ballester, H: *op. cit.*, pp. 54-55

reconocimiento de la negociación colectiva como fuente de derechos y obligaciones y el carácter compensador o equilibrador de las normas que regulan las relaciones de trabajo”.

El ET 1980 -en cuanto a sus posteriores reformas- cabe ser desglosado en tres fases, desde el punto de vista de las relaciones de trabajo, fundamentales para llegar al contexto de las importantes reformas obradas sobre los expedientes de regulación de empleo, respondiendo así a la necesidad de conformar un conjunto de reglas normativas sistematizadas, cuya eficacia responde a que “las razones pueden provenir de un pragmatismo ligado a la necesidad de obtener soluciones rápidas, aun cuando sean coyunturales...” así como requerir una “...correcta aplicación e interpretación ...para asegurar una decisión óptima en cada momento”⁵.

De ésta manera, la primera fase del reformismo legislativo a realizar sobre el texto normativo base abarca desde la mitad de la década de los años ochenta hasta el año 1994; articulándose en dicho primer periodo aportaciones abanderadas con las características de la temporalidad como estrategia. Como antecedente a la misma, cabe reseñar la plasmación de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores⁶. Bajo ésta reforma, se pretende adaptar el marco institucional a las circunstancias económicas del momento -ciertamente negativas- para orientar y fomentar un posterior incentivo de la creación de empleo.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley, el objetivo central es “...dotar al marco legal de una mayor claridad y estabilidad para reducir la incertidumbre empresarial de las actuaciones que conducen a la creación de nuevos puestos de trabajo y en el necesario juste de la demanda a las características de la oferta de trabajo.”⁷. A pesar de la intencionalidad pretendida, cierto sector doctrinal critica las medidas adoptadas, puesta que el resultado conseguido acentúa el escenario de la temporalidad, precariedad, inestabilidad e insuficiencia salarial ⁸.

⁵ González-Posada Martínez, E. (con Alonso Bravo, M.^a M.): Prólogo de *Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contratos de trabajo*, ed. Reus, Madrid, 2008, pp. 7.

⁶ BOE núm. 184, de 4 de marzo de 1984, páginas 22731 a 22736.

⁷ Ley 32/1984, de 2 de agosto; Exposición de Motivos, 3º párr.

⁸ Guamán Hernández, A. & Illueca Ballester, H: *El huracán neoliberal: Una reforma laboral contra el trabajo*, Ed. Sequitur, Madrid, 2012, pp. 73.

Con la segunda etapa normativa del Estatuto de Trabajadores 1980, ante los resultados negativos de la impulsión de temporalidad, se propulsa el cambio hacia la flexibilidad, más intensamente en su faceta interna. Por medio de tres normas promulgadas en el año 1994⁹, con finalidades similares orientadas al fortalecimiento del contexto económico español, se muestra la predisposición hacia nociones hasta ahora poco exploradas en el ámbito laboral: la adaptabilidad compaginada con la negociación colectiva a través de la defensa y protección sobre las garantías laborales de los empleados. Así pues, se propulsa a través de éstas reformas -las más importantes desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores del año 1980- la voluntad flexibilizadora, cuyo culmen, como se relata en páginas posteriores, llega de la mano de la reforma laboral del año 2012.

Se pretende, en la presente fase, eliminar determinadas reglas de “rigidez”, afectando mayoritariamente a las instituciones que fundan su existencia en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. De ésta manera, puede apreciarse el cambio de postura del legislador, sumándose a la corriente de diversas doctrinas extranjeras, pues en el momento de llevarse a cabo las reformas mencionadas existe la idea de “limitación de la capacidad de actuación” por parte de las instituciones del mercado de trabajo, emparejándose así la flexibilidad con la desregulación normativa ¹⁰.

En ésta línea, importantes economistas como Rebecca Blank (1994), tachan a ciertas medidas de *inflexibles*¹¹, como la legislación limitadora de la capacidad empresarial para disponer sobre la contratación y despido de trabajadores en situaciones de caídas de actividad o escenarios económicamente adversos. Por todo ello, se consigue una extensión de la flexibilidad a

⁹ Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación; Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social; Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal

¹⁰ Lasiera Esteban, J.M: *Mercado de Trabajo y Estrategias Empresariales*, ed. Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2001 pp. 194.

¹¹ Blank, R.: “Does a larger social safety net mean less economic flexibility?”, *Working under different rules*, ed. New York: Russell Sage Foundation, 1994.

horizontes más amplios que la temporalidad laboral, muy a pesar de posibles resultados negativos como el abaratamiento indirecto de la extinción de contratos laborales.

Durante los años siguientes, no se producen reformas reseñables o de grandes modificaciones al respecto, siendo precisa -por desgracia- la aparición de otra crisis económica que acometa avances legislativos.

La tercera y última fase de la evolución normativa del ET (ya en su versión de 1995) es teñida de las notas de la inestabilidad e insuficiencia, ya que según ciertos autores¹² la misma es calificada de “intempestiva, transitoria, anodina y nebulosa”, al no alcanzar a tratar determinados aspectos esenciales que precisaban ser reformados. A continuación, se analizan las reformas más significantes para el ámbito de la flexibilidad y los expedientes de regulación de empleo.

2.2. La intencionalidad de la reforma laboral de 2010

Desde mediados del año 2007 la fuerte crisis económica mundial afecta, como es lógico, en España, mostrando sus consecuencias más negativas en el ámbito de las relaciones laborales, perjudicando a diferentes agentes económicos con imposibilidad de adaptación, así como de flexibilización de las condiciones propias establecidas en el seno de su organización empresarial.

A partir de dicho año, se suceden una serie de reformas y contrarreformas legislativas en cuanto al Derecho del Trabajo respecta, con vistas a intentar frenar la preocupante desaceleración económica e inminente aumento de precariedad o desempleo

Se producen negociaciones y debates entre agentes e interlocutores jurídicos y laborales, intensificados desde el año 2010. En ese sentido, cinco de los objetivos genéricos perseguidos son “aumentar el empleo, reducir la dualidad, la segmentación y la temporalidad, mejorar la empleabilidad y la intermediación laboral, aumentar la flexibilidad interna de las empresas y

¹² Guamán Hernández, A. & Illueca Ballester, H: *El huracán neoliberal: Una reforma laboral contra el trabajo*, Ed. Sequitur, Madrid, 2012, pp.82.

atender de forma preferente a los jóvenes con escasa formación”¹³. Fruto de ello es la promulgación del Real Decreto Ley 2/2009, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, cuyos preceptos abogan por fomentar los expedientes de regulación de empleo no extintivos para ajustar de manera no indefinida el empleo.

Por todo ello, puede apreciarse la necesidad de una reforma con cambios sustanciales en el ordenamiento jurídico laboral, superando así la inmovilidad legislativa de los últimos años y el intento de fomentar la flexibilidad interna por delante de la flexibilidad externa, conceptos fundamentales tratados con posterioridad.

La problemática es evidente: el legislador, hasta el momento, había puesto demasiadas facilidades al empresario a la hora de ajustar su plantilla de trabajo y organización económico-empresarial, fomentándose la temporalidad y los instrumentos de flexibilidad de entrada que abaratan el coste del despido. A su vez nos encontramos con una legislación permisiva en términos de subcontratación, consiguiendo así un escaso uso de las medidas de flexibilidad interna a la hora de afrontar las bajadas de actividad de producción¹⁴.

La reforma laboral de 2010 encuentra su origen en la plasmación de dos cambios normativos importantes, traídos de la mano del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo con la consiguiente Ley 35/2010 de idéntico título. Tal y como se muestra a través de la Exposición de Motivos del RD-ley en cuestión, el paradigma normativo actual se mostraba insuficiente¹⁵, siendo precisa la potenciación de instrumentos de flexibilidad interna en el seno de la relación laboral. En la misma postura se

¹³ Ferradans Caramés, C.: “La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis de empleo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.107, 2010, pp. 230.

¹⁴ Alfonso Mellado, C.L.: “Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 107, 2010, pp. 94-97.

¹⁵ Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, E.M 1º: “... un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad interna en las empresas que ofrece la legislación actual”.

muestra la Ley 35/2010 al señalar la negatividad de la temporalidad del empleo y contratación en España.

Las figuras jurídicas más adecuadas para hacer frente a dicha temporalidad se encuentran, según el legislador nacional y extranjero, como se observa, en los mecanismos de suspensión del empleo y la reducción del tiempo de trabajo. Por todo ello, la reforma del año 2010 se basa en los instrumentos europeos pioneros para sostener la empleabilidad. En el Derecho comparado, pueden encontrarse ejemplos tales como el *Dispositif de chômage partiel* francés, la *Casa integrazione guadagni* italiana, o el recientemente promulgado *Coronavirus Job Retention Scheme* británico; sin embargo, el modelo seguido por el legislador reformista del año 2010 encuentra su fundamentación en el modelo alemán del *Kurzarbeit*.

Dicho modelo alemán de política jurídica encaminada a la reducción de la temporalidad ha sido visto con buenos ojos en el contexto europeo, valorándose positivamente para situaciones de crisis económica a través de diferentes medidas flexibles para la superación de éstas. Por tanto, puede concluirse que el legislador español, a la hora de configurar las diferentes medidas innovadoras en la Ley 35/2010, orienta sus pretensiones hacia la reducción del desempleo e incremento de la productividad económica. De ésta manera, facilita la suspensión del contrato de trabajo y la reducción de la jornada por las causas vinculativas que afectan al funcionamiento de la empresa, evitándose la destrucción de empleo -más que el aumento y creación de éste-.

Así pues, el *Kurzarbeit* -empleado en mayor grado en el sector automovilístico de Alemania- sirve de antecedente de eficacia probada, consistente en una reducción de la jornada de trabajo ordinaria para hacer frente a disminuciones de volumen productivo empresarial o situaciones de crisis, evitándose los despidos colectivos.

La figura, como expone Fröhlich¹⁶ (2010) ofrece importantes ventajas para todos los implicados: los trabajadores consiguen conservar su puesto de trabajo y los empresarios afrontan con relativa disminución de complejidad la situación económica adversa,

¹⁶ Fröhlich, M: “La reducción de la jornada (Kurzarbeit) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 105, Valencia, 2010, pp. 50.

beneficiándose igualmente el Estado ante la disminución de gastos económicos en coberturas sociales de desempleo.

Las características jurídicas de la presente figura, antecedente inspirador de la reforma de 2010, se encuentran en la suspensión de las obligaciones recíprocas en el seno de la relación laboral entre las partes, quedando cubierta la disminución de ingresos del trabajador, ante la reducción de jornada y consiguiente efecto colindante en el salario, por medio de un subsidio estatal. En el Derecho Laboral alemán, dicho mecanismo no forma parte del elenco de facultades ordinarias de dirección del empresario, siendo por tanto preciso para su uso la otorgación por medio de disposición legal o fruto de la negociación colectiva; por ello, el *Kurzarbeit* no puede ser impuesto unilateralmente por el empresario. La disminución de la jornada ordinaria puede ser parcial (reducción) o total (suspensión), siendo precisa una reducción relevante de la necesidad de trabajo¹⁷.

Ante el problema del abuso de la temporalidad con nociones de precariedad en el ámbito laboral español, las medidas introducidas por la RD-ley 10/2010 y Ley 35/2010 afectan a la norma destinada a regular los expedientes de regulación temporal de empleo. En éste sentido, con anterioridad a la reforma, el art. 47 ET¹⁸ no contemplaba otra medida que no fuese la suspensión del contrato de trabajo bajo iniciativa empresarial informada y fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; siendo su identificación remitida en paralelo a la regulación existente en el ámbito de los despidos colectivos, haciéndose remisión expresa en el art. 47 al 51 ET.

Con la introducción de la figura de la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo, se establecen dos medidas dirigidas a las partes afectadas, consistentes en la previsión del desempleo parcial durante la reducción de jornada¹⁹ para el trabajador y las correspondientes bonificaciones empresariales a la S.S. mientras dure la reducción temporal de jornada, cumplidas determinadas condiciones. Así pues, la aportación más destacada de las dos normas mencionadas que originan la reforma laboral de 2010 es el reconocimiento

¹⁷ González Ortega, S.: “La fascinación de los modelos o el *kurzarbeit* a la española”, *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 211 y ss.

¹⁸ En la versión prevista en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

¹⁹ Artículos 203 y 208 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), tratados en posteriores páginas.

expreso y consiguiente regulación del mecanismo de reducción de jornada, quedando ésta incluida en el apartado segundo del art. 47 ET.

Muy a pesar de la anterior regulación -y falta de reconocimiento formal- en la que la reducción de jornada no se contemplaba, ya existía la misma en la práctica administrativa y el ámbito de Seguridad Social²⁰. El nuevo apartado del art. 47 ET configura éste nuevo mecanismo como “*la reducción temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada ordinaria, semanal, mensual o anual*”. Otra novedad legislativa es la prohibición de realizar horas extraordinarias por fuerza mayor durante el período de reducción de jornada, contemplado en el mismo precepto, siendo sorprendente que tan sólo afecta a ésta, siendo posible en situaciones de suspensión.

Dicha conclusión cabe ser entendida a partir de las modificaciones legislativas del propio art. 47, pues de haberse pretendido extender dicha prohibición a ambos mecanismos de regulación temporal de empleo, el legislador habría acudido a su incorporación en el apartado 4 del artículo en cuestión. Tal y como se pronuncia Solà Monells²¹ (2012) al respecto, “...la prohibición es absolutamente lógica, dado que el recurso a las horas extraordinarias cuando se está aplicando un mecanismo cuya finalidad es justamente el ajuste a la baja del volumen de trabajo inicialmente contratado es contradictorio e incluso podría calificarse de abusivo...”, por lo que la decisión del legislador puede valorarse como acertada.

Con fines de incentivar el uso de los mecanismos del ERTE, el legislador realiza determinados cambios enfocados a la bonificación de la cotización empresarial, por medio de la introducción de novedades en el porcentaje de bonificación (su correspondiente aumento del 50 por 100 al 80 por 100 bajo la condición de existir un mecanismo de regulación temporal de empleo consensuado por medio de la negociación colectiva), la reducción del compromiso de mantener el empleo (rebajándose hasta los seis meses) y el acotamiento de marco temporal sobre el que se sujeta dicha bonificación; cambios que se efectúan sobre la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

²⁰ Solà Monells, X.: “La suspensión del contrato y la reducción de la jornada de trabajo tras la reforma laboral de 2010 y el nuevo reglamento de procedimientos de regulación de empleo”, *Las Reformas Laborales del 2010*, ed. S.A CISS, Valencia, 2012, pp. 244 .

²¹ Solà Monells, X.: *op. cit.*, pp. 252 y ss.

Expuesto lo anterior, puede destacarse que la reforma laboral de 2010, innovadora en muchos puntos y ámbitos relacionados con el concepto de la flexibilidad interna cuya incentivación se pretende, continúa sin resolver importantes deficiencias. Según autores como Alfonso Mellado ²² (2010), no se actúa con suficiente intensidad contra el abuso de la contratación temporal, ni se insiste en recuperar la causalidad de la misma (en términos de contratos de obra y subcontratación) a la vez que la actuación sobre la flexibilidad interna es de intervención mínima, no siendo posible solventar la problemática y contexto existentes en el mercado de trabajo.

La presente deficiencia es notoria al observar que tanto la suspensión como la reducción de la jornada por causas empresariales siguen requiriendo de una autorización administrativa previa; dicho requisito no se aprecia en otros instrumentos de reorganización empresarial productiva. Por ello, el pragmatismo empresarial se decanta por la continuación de uso de las medidas de despido por causas objetivas antes que abogar por mecanismos de flexibilidad interna, dadas las medidas de control impuestas por el legislador. Por medio de la inclusión de la uniformidad procedimental para ambos mecanismos de ERTE, dado que “...será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.” apreciado en el art. 47.1.a) del ET, lo presente resulta negativo por seguir siendo excesivamente rígido en cuanto a requisitos respecta.

2.3. La intencionalidad de la reforma laboral de 2012

²² Alfonso Mellado, C.L.: “Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* núm. 107, 2010 pp. 122.

Tras la entrada en vigor de los textos normativos promulgados en el año 2010, en los cuales se introduce formalmente la medida de reducción de jornada temporal a través de un expediente administrativo de regulación de empleo de carácter temporal, se produce un repunte importante en el uso de éste mecanismo, en conjunto con el de suspensión, frente a los de carácter extintivo²³, siendo así en ésta modalidad novedosa donde más trabajadores se han visto afectados. Sin embargo, los intereses enfrentados de empresarios y trabajadores requieren de mayor flexibilidad en cuanto a configuración y fórmulas legislativas disponibles. En éste sentido, siendo materia compleja en el desarrollo de las relaciones laborales, conjugar un equilibrio de los mismos requiere dar un paso más a la hora de afrontar las situaciones empresariales adversas.

Ante éste contexto, la reforma de 2012, encabezada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo así como la Ley 3/2012, de 6 de julio de idéntico título, inciden en tres ámbitos de materias laborales primordiales²⁴: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la reducción del tiempo de trabajo y la suspensión del contrato de trabajo.

Así, la reforma iniciada por medio del RD-ley 3/2012 mencionado supone un incremento indudable del poder empresarial en la gestión de su mano de obra. A partir del Capítulo III de su texto, bajo la rúbrica “*Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo*”, se establecen determinadas modificaciones que inclinan la balanza en favor de la figura del empresario a la hora de gestionar su plantilla, restándose, como exponen algunos autores²⁵ el papel equilibrador del Derecho del Trabajo.

²³ Escudero Rodríguez, R.: “Expedientes de Reducción de jornada”, *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, ed. MESS & SGIAP, Madrid, 2012, pp. 339.

²⁴ Ferradans Caramés, C: “La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis de empleo”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* núm. 107, 2010 pp. 233-234.

²⁵ Vicente Palacio, A.: “El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (una breve presentación de la reforma en el ámbito del Derecho individual)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.31, 2012, pp. 280.

Centrándose al análisis de las novedades acometidas sobre la materia de suspensión temporal del contrato y la reducción de la jornada de trabajo, el RD-ley 3/2012 suprime la necesidad de autorización administrativa previa, cumpliendo así con las expectativas y críticas realizadas en la reforma de 2010. En su lugar, se establece una comunicación a la Autoridad Laboral competente y la apertura de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores por un plazo no superior a 15 días.

El art. 47 ET sufre así la modificación más significativa desde el redactado original del Estatuto de los Trabajadores de 1980, siendo la Ley 35/2010 la segunda innovación más contundente en ésta materia, produciendo así una depuración de la presente norma en apenas dos años, como fruto de la realidad económica del país. Si bien la reforma emprendida no basa su objetivo principal en la presente materia, se puede apreciar su afán de inclinar la balanza en favor de las facultades empresariales, limitando la intervención de órganos públicos y reduciendo las maniobras a efectuar por medio de la negociación colectiva. En éste sentido, la Exposición de Motivos es clara:

“En tercer lugar, en materia de suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, el presente real decreto-ley pretende afianzar éste 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 éstos supuestos.”²⁶.

Por medio de la presente reforma se realizan determinados cambios formales en la expresión legal de la norma, pues si bien con anterioridad a las modificaciones realizadas en 2012 el art. 47 ET iniciaba con “1. El contrato de trabajo podrá ser suspendido a iniciativa del empresario...”, el art. 13 RD-ley 3/2012 que modifica dicho precepto, comienza con “1. El empresario podrá suspender el contrato de trabajo...”. En cierto sentido, el legislador -a pesar de ser cambios meramente formales- muestra su decantación por facilitar la actuación empresarial por medio de éste mecanismo alternativo, agilizando el proceso (con la supresión de

²⁶ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Exposición de Motivos, punto IV.

autorización administrativa mencionada) y alternado las normas referentes a los mecanismos suspensivos y extintivos hasta el punto de “hacer perder el referente normativo necesario en su procedimentalización que ha sido hasta ahora el RD 801/2011, de 1º de junio, estableciendo el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo”²⁷.

Así pues, se reafirma una realidad ya conocida: los mecanismos de suspensión y reducción de la jornada se encuentran en un punto límite y equidistante de los demás mecanismos de flexibilidad interna y los mecanismos extintivos tras la reforma de 2010, pues éstas acercan al art. 47 ET al 51 ET al vincularlos causal y procedimentalmente. Las modificaciones realizadas con el RD-ley 3/2012 y Ley 3/2012 consiguen acercar las figuras del art. 47 ET a las del art. 40 ET (movilidad geográfica) o 41 ET (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo) mostrando así una intencionalidad inequívoca de implantar los mecanismos suspensivos temporales como formas de flexibilidad interna, hecho que se demuestra con la colocación sistemática de éstas en el RD-ley en cuestión.

Por todo ello, cabe cerrar el presente apartado con destacar la obra legislativa operada sobre el art. 47.1 ET, en conjunto con otros preceptos colindantes, que deja un escenario las medidas propias de éste se encuentran situados en un marco colindante y fronterizo con otras medidas siendo ésta circunstancia causa de problemas de delimitación jurídica vistos con posterioridad.

3. LOS MECANISMOS DEL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO

Tras haber fijado la línea legislativa que marca el operador jurídico en el seno del ERTE por causas empresariales, en el presente punto se trata de establecer, en primer lugar, una

²⁷ Garrido Pérez, E.: “La suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas empresariales”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012, pp. 251.

fijación del núcleo informador de la institución de interés, haciendo referencia a la noción de la flexibilidad interna y fijando su ámbito de percepción -la empresa- en cuyo interior ésta otorga un abanico de posibles actuaciones a emprender y sobre la que despliega sus efectos.

Conocida la voluntad legislativa y la tendencia jurídico-política marcada a partir del proceso reformador precedente, sentar las bases del concepto de flexibilidad sirve para un posterior análisis de la suspensión de contrato de trabajo y reducción de jornada laboral por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción; primero, estableciendo las características propias, fisionomía y efectos de cada una de éstas medidas de ajuste de empleo para lograr una nítida diferenciación entre ambas; y segundo, estableciendo la configuración intrínseca común que éstas contienen, representando las expresiones de la temporalidad y flexibilidad.

3.1. La flexibilidad interna: eje de las medidas de ajuste temporal de empleo

La flexibilidad en su aspecto interno, entendida como un conjunto de facultades puestas a disposición al empresario para su correcta ordenación de las relaciones laborales, es empleada para realizar modificaciones sobre las mismas con vistas a hacer frente a escenarios dinámicos y cada vez más cambiantes en el mercado de trabajo en el que se relacionan los agentes económicos en cuestión.

Por medio de la presente institución, cuyo uso se funda en la acreditación y existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se busca una finalidad de mejora de competencia empresarial en el ámbito en el que la empresa se desenvuelve y existe, mediando y salvaguardando el empleo por medio de los mecanismos en los que la presente subyace.

Las medidas de flexibilidad interna, entre las que cabe situarse la institución suspensiva de interés y tratamiento, sirven de mecanismo que evita la destrucción continua y en aumento de los despidos laborales. La razón de ser está fomentada en las soluciones que el legislador e interlocutores sociales y laborales buscan para hacer frente, entre otras cosas, a las alteraciones de escenarios productivos ante los fenómenos de la globalización y deslocalización.

3.1.1. La empresa como presupuesto de base

La Economía se ocupa de organizar y analizar las interacciones múltiples entre agentes a distinto nivel desde un punto de vista basado en el principio de economicidad, en el que tras una tarea de racionalidad se pretende conseguir el máximo resultado con el mínimo coste o medio. Así, los agentes económicos son individuos perfectamente racionales que, partiendo de determinada información, enfocan su esfuerzo en la búsqueda de la satisfacción e interés propio. Uno de éstos agentes es la empresa, consistente en una entidad unitaria con una tecnología dada, cuyo objetivo es maximizar el beneficio empresarial.

En su faceta interior, se produce el escalonamiento de diferentes conflictos entre partes, las cuales han de solventarse por medio del intercambio de información en la organización interna, siendo deseable la búsqueda de un equilibrio óptimo fundado en la flexibilización antes que la ruptura.

Siguiendo una concepción neoclásica de la figura de la empresa²⁸, existe la presunción de maximizar los beneficios una vez se consiga el tamaño óptimo empresarial, bajo la premisa de realizar sus operaciones económicas en un mercado estable y estrategia competitiva de reducción de costes o de escala. Sin embargo, dicha concepción de organización y funcionamiento es limitada de miras, pues se dejan de lado la concurrencia de problemas de índole empresarial en el desarrollo de su función de producción, organización y estructura.

Dada la superación de la realidad a la teoría, existen variedad de formas de organización empresarial, informadas desde un punto de vista interno y externo. Los factores productivos desplazan a las políticas de reducción de costes, enfocándose el dinamismo en la actividad empresarial basada en constantes interacciones con otros agentes, manejando *inputs* y *outputs*.

Así pues, según Lasiera Esteban (2001), bajo el modelo de empresa flexible nace un sistema de flexibilidad que ha de plantearse desde una vista dual, distinguiéndose trabajadores fijos y no fijos, separándose las relaciones de trabajo internalizadas y externalizadas, a la vez que se establecen relaciones de autoridad y mercado. Bajo ésta premisa, el factor trabajo

²⁸ Lasiera Esteban, J.M: *Mercado de Trabajo y Estrategias Empresariales*, ed. Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2001, pp. 95 y ss.

adquiere una importancia nuclear en el desarrollo y posibilidad de promover la flexibilidad en el interior de la empresa²⁹ al originar así poderes del empresario como las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, centralidad ésta en la mayoría de los instrumentos de flexibilidad interna.

A través de las diferentes actuaciones empresariales que se emprenden para frenar las situaciones de crisis, la flexibilidad y adaptabilidad de los diferentes organismos internos de la empresa comienzan a desarrollarse en vertientes distintas: la primera opción consiste en la variación del volumen de la actividad, consiguiéndose así la flexibilidad numérica; la variación de la naturaleza misma de la actividad, que da lugar a la flexibilidad funcional; variando el número de trabajadores contratados por cuenta ajena se consigue la flexibilidad cuantitativa externa; la externalización, fenómeno enfocado a descentralizar parte del volumen variable de la empresa, entre otras.

Sin embargo, para interés de la presente materia, en el marco de la empresa surge también la flexibilidad cuantitativa interna, consistente en la reducción -según las necesidades que precisan las circunstancias de crisis empresarial- de las horas de trabajo de los trabajadores adscritos y dependientes del cuerpo productivo. La naturaleza de la flexibilidad interna contara con apéndices que oscilan sobre elementos diferenciados de la relación laboral afectada; siendo los más destacables los relativos al salario del trabajar, la cualificación y asignación de tareas o ampliación de funciones a realizar por el mismo, así como la jornada de trabajo de éste. Por todo ello, se produce una unión de las anteriores demostraciones puntuales de flexibilidad en un conjunto organizado y de uso facultativo por el empresario.

Lo anterior da resultado a una institución puesta a disposición del empresario para adaptar el volumen de trabajo y empleo (a partir de modificaciones como la jornada) ante necesidades fundadas en contextos económicamente negativos para la empresa.

Se dota así a la organización funcional del empresario de una mayor flexibilidad, hecho acogido por economistas y sociólogos laborales anglosajones³⁰ con positividad ante la

²⁹ Lasierra Esteban, J.M.: *op. cit.*, pp. 134.

³⁰ Lasierra Esteban, J.M.: *op. cit.*, pp. 183: “Los trabajos de los economistas y sociólogos laborales anglosajones Osterman (1988-a, 1994-b), Bluestone y Bluestone (1995), Hesckher (1993), Abraham y Machersie (1990), Kochan y Osterman (1994), Snower (1998)...”

insistencia en optar por un sistema flexible para combatir las rigideces impuestas sobre las empresas: presiones económicas, marco institucional, política de empresas y requerimientos de mejoras productivas.

Por todo ello, la flexibilidad en el seno de las empresas es fruto necesario del devenir de éstas, que mediante un ejercicio de conjugar su capacidad para configurar un sistema para desenvolverse en las circunstancias económicas y técnicas de cada momento sin perder su competitividad, diseñando así un marco organizativo interno que otorgue mayor poder al empresario.

3.1.2. La funcionalidad de la flexibilidad

El paradigma de la situación económica en la que los agentes interactúan ha ido evolucionando hacia un modelo de digitalización y globalidad con el efecto negativo basado en el declive de las relaciones laborales estándar. Los actores principales se diferencian entre empleadores y asalariados, principalmente, con sus correspondientes organizaciones propias; mediando la existencia de organismos gubernamentales especializados que aportan un tejido normativo legal sobre el que conseguir establecerse una solución de los conflictos existentes. La necesidad de conseguir cada vez más y mejor capacidad para afrontar la línea de los mercados competitivos lleva a precisar la creación de la flexibilidad empresarial, entendida como un mecanismo esencial para adaptarse y mejorar el nivel de respuesta y competencia del empresario. Es vinculante, al parecer, su empleo para combatir o paliar con un entorno negativo para el agente económico. En éste sentido, la flexibilidad interna despliega sus efectos sobre la mayoría de los elementos de la relación laboral (como se menciona con anterioridad, en su vertiente funcional, salarial, numérica y financiera, entre otros). Como se puede observar a través de las reformas laborales realizadas en las últimas décadas, se prepondera el fomento de uso de los mecanismos que ésta institución ofrece.

El legislador, al incorporar nuevas modificaciones legales en materia laboral puede perseguir tres objetivos diferenciados: el cambio del modelo de las relaciones en sí -hecho que con la CE no ocurre, pues no se diseña un modelo cerrado- como sucede con normas

como el Código de Trabajo de 1926; el fomento -por medio de la incursión de instrumentos nuevos- de alteración de poderes y facultades en la relación; o el retoque de dichos instrumentos para conseguir una funcionalidad más fluida e incidir en las pretensiones estipuladas. Con éste marco, se dibujan dos líneas a seguir, principalmente: la flexibilidad externa caracterizada por la capacidad para contratar y despedir trabajados en el seno de la organización estratégica y empresarial; o la flexibilidad interna, variante que consiste en la capacidad para modificar las condiciones mismas del empleo ya intrínseco de la empresa, así como variar la organización antes mencionada.

La fundamentación de la flexibilidad se encuentra en incidir en elementos esenciales de la relación de trabajo, siendo posible su modificación por parte del empresario con cada vez mayor facilidad debido a las reformas acaecidas desde el año 1994 en España.

La presente institución es la abanderada de las reformas, siendo objetivo prioritario para hacer frente a las gestiones de las crisis económicas sucedidas. A su vez, desde la década de los ochenta del siglo pasado se viene estableciendo un discurso basado en la *flexiseguridad*³¹ en el empleo, que pretende evitar el reforzamiento de la dualidad de sistemas de temporalidad ligada a precariedad y la destrucción de empleo. En términos del contenido de la flexibilidad interna en el orden jurídico nacional, cabe señalarse que la misma se encuentra presente en diferentes preceptos del ET, en su versión refundida de 2015.

Así, caben elementos como la jornada de trabajo, el trabajo a turnos, las vacaciones anuales, la movilidad funcional, la movilidad geográfica, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y el descuelgue salarial; a mayores, con la imagen reforzada de las reformas de 2010 y 2012, entre las medidas de flexibilidad interna han sido incluidas las instituciones propias del artículo 47 ET, sobre suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

³¹ Expresión acuñada en el ámbito político europeo con la sucesiva promulgación de Directrices de Empleo que orientan a las políticas nacionales internas. Entre las medidas propuestas, se aboga por una creciente formalización y uso de mecanismos informados por el principio de flexibilidad interna; todo ello, con vistas a frenar la destrucción de puestos de trabajo y fomentar la seguridad.

Sin embargo, la formación y juridificación consolidada de la flexibilidad interna en el seno de las relaciones laborales y la organización empresarial no se forma necesariamente a partir de las reformas tratadas, si no que existen acuerdos previos a éstas que son suscritos entre organismos laborales públicos para convenir e inclinarse por el fomento de ésta institución.

En tal sentido, puede apreciarse la Resolución de 9 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007, en cuyo texto completo pueden distinguirse en varias ocasiones las muestras de intención mencionadas. En la línea seguida, el apartado del Capítulo I, denominado “Balance y consideraciones generales”, se resume la pretensión de los firmantes:

“Hemos articulado también criterios sobre mantenimiento y creación de empleo, así como sobre su estabilidad en correspondencia con los acuerdos alcanzados en el ámbito del Diálogo Social. El desarrollo de mecanismos de flexibilidad interna, siempre preferibles a la externa y a los ajustes de empleo;...”

Otro ejemplo de la necesidad que fundamenta la existencia de la flexibilidad interna, en medio del enorme proceso reformador presente, es la Resolución de 11 de febrero de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012. La misma expone con aún mayor claridad, en el punto cuatro de su Capítulo II, “Empleo. Formación. Flexibilidad y seguridad. Derechos de información y consulta”, la inclinación y preferencia por los mecanismos internos por delante de los externos para mantener y crear un entorno de empleabilidad estable.

La fundamentación de flexibilidad interna se encuentra, por tanto, en la posibilidad de moldear un modelo legal global de reestructuración empresarial que compagine la defensa del empleo con el diseño constitucional de las relaciones laborales, formando así un conjunto de medidas de flexibilidad que se ponderen en proporción a la gravedad de la situación económico-empresarial, con prioridad sobre el despido³².

³² Alonso Bravo, M.: “Flexibilidad interna, modificación contractual y trabajo decente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 58, 2021, pp. 62.

3.1.3.Reformas del marco regulador de la flexibilidad interna de interés para la institución suspensiva

La flexibilidad interna adquiere una de sus primeras juridificaciones con la reforma efectuada en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. En la misma, se dedica el Capítulo II a las “Medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo” para advertir al empresario de la posibilidad presentada para aplicar instrumentos en el marco de su actuación para adaptar tanto la plantilla como el volumen de trabajo a las circunstancias negativas que afronte.

Entre éstos instrumentos -más allá de los previstos en el art. 40, 41, 82.3 ET- destaca para nuestro interés la suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada por causas empresariales del art. 47 ET. El análisis de la presente reforma se centra por tanto en ésta modificación, analizando el régimen jurídico que se configura.

En el ámbito de la institución suspensiva del contrato de trabajo por causas empresariales, la Ley 35/2010 se muestra indiferente ante cuestiones latentes como el mantenimiento de la autorización previa por parte de la autoridad laboral para iniciar un expediente de la presente naturaleza, al igual que mantiene el procedimiento suspensivo con remisión al art. 51 ET. Un avance, sin embargo, es la inclusión del art. 7 Ley 35/2010, que formaliza finalmente la reducción de la jornada de trabajo (art. 47.2 TRLET), configurándose así la presente medida como técnicamente diferente a la institución suspensiva. Las causas que informan el procedimiento del art. 51 ET, que han de servir de justificación para emprender el mismo con aras a superar la situación de carácter coyuntural, se aplican en el art. 47 ET con la reforma realizada. Se introduce la novedad de la aplicabilidad de éste mecanismo con independencia del número de trabajadores de la empresa y número de afectados por la institución suspensiva, añadiendo así un cuarto epígrafe al art. 47 ET, cuya razón de ser se funda en la promoción de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados, en vistas de promocionar y fomentar su empleabilidad.

Por tanto, la flexibilidad interna, pese a incluirse en el conjunto de instrumentos entre los que destaca la presente medida de interés para éste trabajo, se muestra ciertamente insuficiente a pesar de realizar importantes avances en otras instituciones del Estatuto de Trabajadores.

Con la entrada en vigor de Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la Ley 3/2012, de 6 de julio de idéntico título se produce también una solidificación de las medidas de flexibilidad interna. En el Capítulo III del RD-ley en cuestión se muestran las mismas, pretendiendo ser así una alternativa a la destrucción de empleo. Una de las novedades más importantes de la presente norma es la supresión de la necesidad de una autorización administrativa previa por parte de las autoridades laborales³³. Se mantiene la causalidad de la medida de ajuste temporal, manteniéndose cierta y relevante concurrencia con la expresión del propio art. 51 ET, una vez más, debiendo entender la expresión y definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del precepto mencionado aplicables sobre la institución de suspensión y reducción.

La comunicación del empresario a la autoridad laboral otorga efectividad de la suspensión, tras cuyo plazo se establece la presunción de que concurren las causas justificativas de la misma si el periodo de consultas previsto con los representantes de los trabajadores finaliza con acuerdo³⁴, siendo posible recurrir la decisión sólo a través de la existencia de vicios del consentimiento e inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo originado en el trabajador.

Se produce así una nueva ampliación de las facultades del empresario en el marco de gestión interna, recayendo sobre el mismo la decisión final sobre la institución suspensiva de carácter temporal dada la eliminación de requisitos como la autorización administrativa previa. El

³³ Art. 47.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto-legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que tras la entrada en vigor del art. 13 Ley 3/2012 establece al respecto: “*El procedimiento, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión, se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días.*”.

³⁴ Vicente Palacio, A.: “El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (una breve presentación de la reforma en el ámbito del Derecho individual)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 31, 2012 pp. 291.

pretendido equilibrio entre la flexibilidad interna y externa, discurso promovedor de las dos reformas enunciadas parece no alcanzarse en su plenitud. En vista de las modificaciones realizadas, se opta por aceptar el carácter de preferencia de la flexibilidad interna frente al despido, pero las novedades introducidas apuntan a favorecer a la figura del empresario por encima de la contraparte.

Se puede apreciar como la intervención pública se disminuye de cara al inicio del procedimiento suspensivo, se disminuyen los plazos y otorgando la última palabra al empresario, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores, de instruir un procedimiento de regulación de empleo de índole temporal. Por todo ello, más que fomentarse como una verdadera alternativa al despido colectivo, por medio de los instrumentos de flexibilidad interna se produce una fisura que favorece la actuación empresarial a costa de adoptarse disposiciones que verdaderamente surtan efectos para el mantenimiento de los puestos de trabajo, frenando su destrucción.

En conclusión, en palabras de Rodríguez-Piñero (2005) , “la flexibilidad debe ser un medio y no un fin, pero la búsqueda obsesiva de la flexibilidad ha llevado a convertirla en finalidad, a recurrir a la flexibilidad sin motivo, de forma exagerada y sin asegurar efectos positivos sobre la eficiencia, el resultado productivo y la rentabilidad de las empresas”³⁵.

3.2. La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales

Hechas las apreciaciones acerca de la flexibilidad interna, unida a la intencionalidad y preferencia legislativa tendente hacia la progresiva adopción y proliferación del empleo de mayor número de instrumentos temporales ante necesidades de ajuste, se procede a continuación a desglosar las características propias de la suspensión del contrato de trabajo, siendo de interés resaltar las diferencias que la misma presenta con la segunda medida contenida en el art. 47.2 TRET, reducción temporal de la jornada laboral

³⁵ Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.: “Una nueva fase del Estatuto de los Trabajadores”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2005, pp. 108.

La suspensión del contrato de trabajo consiste en una de las medidas que forman el régimen jurídico de instrumentos para la reorganización empresarial, a la cual puede acudirse por parte del empresario ante momentos de dificultad para realizar correcciones sobre el factor productivo del trabajo, bajo unas características de excepcionalidad basada en crisis. Con el despliegue de ésta medida, se busca atravesar con el menor efecto negativo la coyuntura empresarial desfavorable.

El legislador permite que, bajo razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, los agentes económicos -empresas- puedan realizar modificaciones de la relación laboral existente en su organización productiva, sean las mismas de índole temporal o definitiva.

La suspensión del contrato por causas empresariales -dejando de lado la causa de fuerza mayor-, encuentran su base jurídica en el art. 47.1 TRLET, cuyo enunciado determina: *“I. El empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo a lo previsto en éste artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente.”*.

Dicha exigencia establecida al final del primer párrafo del apartado primero de éste precepto es cumplida a través de la promulgación del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, cuyo texto dedica los artículos 16 a 28 para la suspensión del contrato de trabajo al igual que para la reducción de jornada laboral por las causas empresariales mencionadas.

La presente institución suspensiva supone un ajuste de la jornada de trabajo, puesto que se produce un efecto de reducción (total o parcial, dependiendo de la medida temporal escogida) de la misma, modificándose así la en un momento inicial se establece entre las partes de la relación laboral. La diferencia con respecto a la reducción de jornada se encuentra en que la suspensión despliega sus efectos sobre días laborales íntegros, enmarcando así un

cese de la actividad por días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo³⁶, cumpliendo así con la previsión reglamentaria realizada al respecto³⁷.

Como se menciona en anteriores páginas, por medio de las reformas legislativas operadas en los años 2010 y 2012 se produce cierta diferenciación entre las medidas suspensivas temporales y las extintivas. La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral establece como propósito afianzar el presente mecanismo como alternativa a los despidos, otorgándole agilidad procedimental mediante la supresión de la autorización administrativa previa y prorrogando el sistema de bonificaciones y reposición de prestaciones por desempleo aplicables al caso. Se origina una regulación laboral en el texto del Estatuto de los Trabajadores y en la normativa de la Seguridad Social en términos de suspensión contractual y reducción de jornada; tanto el art. 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como diversos artículos -262.2 y 3, 267.b) y c), 269.5- del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante LGSS.

Sin embargo, con anterioridad a la regulación actualmente vigente, el art. 47.1 ET hace una remisión en términos de procedimiento al art. 51 ET (y su desarrollo -ya derogado- contenido en el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos), de naturaleza extintiva basada en la garantía de viabilidad futura para la empresa afectada, bajo una organización óptima de los recursos existentes.

Distinguir en ese marco jurídico existente entre ambas instituciones supone cierta dificultad, pues por mediación de las mismas causas el empresario cuenta con la posibilidad de emprender, o bien un expediente de regulación de empleo de índole extintivo que pone fin a la relación de trabajo o bien realizar una petición a la autoridad laboral con vistas a conseguir

³⁶ Benavides Vico, A.: *Guía práctica del despido colectivo y del ERTE*,. Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2020, pp. 105.

³⁷ Art. 16.1 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre: “*El contrato de trabajo podrá suspenderse (...) cuando el cese de la actividad que venía desarrollando el trabajador afecte a días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo.*”.

suspender los contratos laborales de determinado número de trabajadores -el cual depende de la casuística que se vive- puesto que los mismos impiden la continuidad y viabilidad de la empresa, de manera temporal.

La opción empresarial ante las dos medidas, con visibles efectos diferenciados, “no depende tanto de la textura de la causa, cuya configuración legal es esencialmente la misma en los arts. 47 y 51 ET, cuanto de la incidencia de aquellas posean sobre la normalidad del proceso productivo y de la contribución de las medidas adoptadas a la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma”³⁸. Por tanto, una de las notas características que diferencia suspensión de extinción contractual se encuentra en la caracterización de la situación coyuntural y temporal de la medida a adoptar. Ésta situación es originada de manera intencionada por el legislador, al no incluir en sus modificaciones realizadas con el RD-ley 3/2012 una delimitación explicativa de las causas, originándose cierta inseguridad jurídica en aras a fomentar el mayor margen de flexibilidad para beneficio del empresario en el ámbito de las instituciones que modifican la relación laboral.

El efecto fundamental de la suspensión del contrato por causas empresariales no se encuentra establecido en el art. 47 ET, por lo que ha de realizarse una genérica deducción de la aplicabilidad del precepto que da la apertura a la Sección 3ª del Capítulo III del TRLET, en cuyo enunciado se contiene que “2. *La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.*” (art. 45 TRLET). Si bien las partes quedan eximidas del cumplimiento de la obligación principal del contrato de trabajo, el mismo mantiene su vigencia a la par que continúa la aplicación de otros derechos que versan sobre el mismo, tales como la reserva del puesto del trabajador una vez finalice o se extinga la causalidad que informa el expediente, como prevé el art. 48.1 ET. A mayores, de acuerdo con el art. 262.2 LGSS, el afectado goza de una protección por desempleo, calificado de total³⁹.

³⁸ Cavas Martínez, F.: “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas”, *Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 22, 2009, pp. 103.

³⁹ Art. 262.2 LGSS: “*El desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario.*”. A mayores, se establece en el párrafo segundo de la presente norma una concordancia con lo previsto en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, en su artículo 16.1 sobre el concepto de cese en la actividad: “*Se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al*

La característica de ésta medida suspensiva de reorganización empresarial es la fundada en el *carácter coyuntural* de la casuística negativa que la empresa afronta, provocándose así las causas empresariales de índole suspensiva, de análisis posterior. Según Blasco Pellicer (2009), resulta tarea ciertamente complicada discernir si la situación adversa es coyuntural o permanente en la realidad práctica de la economía de mercado, pues existen adversidades que cambian de naturaleza e incidencia negativa en la empresa y no dependen tanto de la actividad de ésta, si no del conjunto de relaciones y fenómenos que ocurren en el mercado⁴⁰.

Peculiaridades que merecen ser mencionadas sobre la institución suspensiva, resultado de la sucesión de modificaciones de diversos textos legales y la falta de claridad, se enumeran a continuación.

En primer lugar, la problemática sobre la legitimación en la iniciación del procedimiento que activa la medida suspensiva. Así, el art. 47.1 TRLET establece que “*El empresario podrá suspender...*”, otorgando una pista inicial sobre la legitimación exclusiva del mismo para emprender tal procedimiento administrativo suspensivo. Por un lado, parte de la doctrina opina que la expresión legal del precepto ha de respetarse en su literalidad, siendo el empresario el único legitimado para iniciar un ERTE suspensivo. Por el otro lado, se defiende la opinión de que los representantes de los trabajadores cuentan con la legitimación cualificada para iniciar el expediente suspensivo, desbloqueando así situaciones tintadas de excepcionales y con correlativa falta de colaboración por parte del empresario⁴¹ que pueda ocasionar perjuicios para los mismos, a pesar de tratarse de una situación temporal.

El precepto no parece conceder la opción a una iniciativa del expediente por parte de los representantes de los trabajados, hecho que viene a ser conocido dada la histórica regulación existente de los mecanismos del art. 47 y 51 ET, que se moldean de forma paralela. Con anterioridad a las reformas que dan una imagen renovada a la institución suspensiva y los preceptos de su regulación, puede encontrarse un debate doctrinal en torno a la aplicación

menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada, decididas por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47...”.

⁴⁰ Blasco Pellicer, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 451.

⁴¹ Blasco Pellicer, A.: *op. cit.*, pp. 459.

del art. 51.9 ET, en su versión de 1994, remitiendo su expresión a la institución recogida en el art. 47 ET:

“9. Los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoación del expediente a que se refiere el presente artículo, si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación.”

Sin embargo, las reformas de 2010 y 2012 producen una modificación notoria e importante en sede de despidos colectivos, haciendo desaparecer la expresión mencionada. Por todo ello, “parece reafirmarse cierta intencionalidad de la norma reformadora de dejar la operatividad de la institución suspensiva en las exclusivas manos de la empresa”⁴².

En segundo lugar, la duración máxima de la medida suspensiva del contrato de trabajo. Si bien se sabe que, a partir de la naturaleza propia de éste mecanismo, se emplea como herramienta preventiva para la superación de una situación de carácter coyuntural en el funcionamiento y actividad de la empresa, no quedan claros los límites temporales de vigencia de la misma. En éste sentido, el art. 16.3 RD 1483/2012 expone “*el alcance y duración...se adecuarán a la situación coyuntural que se pretende superar*”, el cual precisa de un complemento y límite indirecto otorgado por el período máximo de protección por desempleo, una vez reunidos los requisitos. Por todo ello, la situación de suspensión de contrato de trabajo podrá mantenerse hasta un máximo de 720 días⁴³.

En tercer lugar, una de las diferencias principales entre la institución suspensiva y extintiva se basa en la justificación a través de los efectos negativos o adversos que está sufriendo la empresa afectada. De ésta manera, en los expedientes de índole suspensiva de la relación laboral, es necesaria una causa que afecte de manera coyuntural y no estructural, como ocurre en los expedientes extintivos. Se precisa que dicha medida adoptada sea la idónea para la superación de la situación coyuntural.

⁴² Garrido Pérez, E.: “La suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas empresariales”, *Temas Laborales*,: *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012, pp. 260.

⁴³ Roqueta Buj, R.: *Los expedientes de Regulación Temporal de Empleo: incluye las medidas excepcionales con relación a los ERTEs por causas relacionadas con el COVID-19*. Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2021, pp. 20.

Para definir dicho concepto basado en la coyunturalidad consiste en la previsión de provisionalidad de sus efectos, siendo éste el concepto jurídico indeterminado que sirve para distinguir un expediente extintivo de uno suspensivo, siendo precisa la posibilidad de que dicha dificultad temporal sea reversible en el seno de la empresa como expresa la STS 753/2003 de 14 de julio de 2003 (REC. 4352/1999). Por todo ello, analizar las situaciones económicas adversas, en un contexto de dinamismo y cambio constante, lleva a entender que las circunstancias que informan las causas empresariales para facultar el uso de la institución suspensiva permiten cierto margen de discrecionalidad empresarial, para dar uso flexible y cómodo al mismo.

3.3. La reducción de la jornada de trabajo

La presente institución forma parte de los instrumentos de ajuste del volumen del trabajo existentes en el ámbito normativo español, siendo a su vez el segundo mecanismo previsto en el art. 47 TRET, derivándose su naturaleza a partir de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La finalidad intrínseca de ésta herramienta encuentra su razón en la preservación de los empleos existentes en la empresa que afronta una situación coyuntural desfavorable de duración temporal. Por ello, la exitosa acogida que está recibiendo la reducción de la jornada laboral de trabajo de la mano de las reformas operadas en los últimos tiempos (sin dejar de dar crédito a los antecedentes del Derecho comparado en los que se fundamentan las mismas) responde a la previsión de servir como mecanismo defensivo alternativo a la extinción de los contratos laborales.

Con la Ley 35/2010 se defiende la necesidad de impulsar fórmulas como la presente, para así afrontar las situaciones económicas adversas, y como bien se constata en la Exposición de Motivos de la misma, *“reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas”*. Por tanto, cabe pensar que la reducción de jornada por causas empresariales se brinda como combatiente a las extinciones y la precarización laboral por medio de la temporalidad. Se añade, por medio de la presente Ley, un segundo apartado al artículo 47 ET, que da cuerpo formal a ésta institución, más allá de su posterior desarrollo reglamentario.

Sin embargo, el mecanismo de la reducción no siempre ha gozado de tal grado de formalización y vinculación legal en el pasado, siendo su desarrollo y previsión sólo alcanzables en el ámbito administrativo y de Seguridad Social. Ello es palpable con previsiones como la hecha en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, por la que se modifica el título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, en cuyo artículo sexto, apartado tercero, puede encontrarse la inclusión en la situación legal de desempleo a aquel trabajador “*Cuando se reduzca, en una tercera parte, al menos, la jornada de trabajo, previa la correspondiente autorización administrativa*”. Dicha autorización administrativa, como en la práctica se venía haciendo hasta las reformas novedosas, era otorgada por la Autoridad Laboral; por ello, las dos únicas vías para conseguir una reducción de la jornada era por medio del art. 41 ET 1980, relativo a las modificaciones de las condiciones de trabajo; o por medio de la implementación de un expediente de regulación de empleo ⁴⁴. Tras las reformas de 1994, la autorización laboral para la vía existente del art. 41 ET 1980 es suprimida, manteniéndose la misma para el art. 47 del mismo texto legal. En la normativa de Seguridad Social, el mencionado art. 6.3 de la Ley 31/1984 que queda reformado, incluyéndose en el art. 208, no altera su acotamiento temporal de la reducción, remitiendo su procedimiento de adopción a un posterior desarrollo reglamentario.

Ante los cambios introducidos, legal y reglamentariamente, en los artículos 41 y 47 del Estatuto de Trabajadores, los instrumentos intrínsecos de éstos quedan aparejados, limítrofes entre sí en algunos aspectos. La problemática mayor se encuentra en el ámbito de cotizaciones sociales y desempleo, siendo necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo en diversas ocasiones para esclarecer las diferencias. Ante el tratamiento otorgado hasta el momento de las reducciones definitivas (art. 41 ET) y temporales por medio de expediente de regulación de empleo con autorización previa (art. 47 ET), la STS 14/06/1997 (REC. 4394/1996) sostiene que las de índole definitiva entran dentro del ámbito de protección por desempleo, haciendo una interpretación de la previsión legal en su norma.

Tras la reforma de 2010 (por medio del RD-ley 10/2010 y la Ley 35/2010) y de 2012 (con el RD-ley 3/2012 y Ley 3/2012), la regulación de la reducción de jornada ex art. 47 ET deja

⁴⁴ Mercader Uguina, J.R. & Nieto Rojas, P.: “La reducción de jornada por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas”, *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, ed. Comares, Málaga, 2010, pp. 302.

lugar a ciertas problemáticas de compatibilidad (principalmente, con el problema planteado por medio del art. 12.4 e) TRET, visto con posterioridad) que son de remarcado debate en sede jurisdiccional. La reducción de la jornada de trabajo debe entenderse a partir de la jornada “ordinaria”, por medio de la interpretación del art. 47.2 ET y 262.2 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre). Con la configuración legal presente, la reducción de la jornada de trabajo cabe ser reducida entre un mínimo de 10% y un máximo de 70% por causas empresariales, sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual.

Con la aplicación del presente mecanismo se consigue una disminución temporal pero queda indefinido el parámetro de computación de la misma. En previsión de ello, el legislador comienza su expresión en el art. 262.3 con: *“El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción”*. A partir de la inclusión de dicho posesivo (“su”), pese a existir discrepancia entre el ámbito temporal de la jornada previsto en el ET y en la LGSS, cabe entenderse que el parámetro es la jornada que de manera efectiva realizaba u ostentaba el trabajador previo inicio al expediente de ajuste.

La característica fundamental de la reducción de jornada es su temporalidad, la cual no sólo ha de ser respetada por la configuración legal e inclusión en los instrumentos de flexibilidad interna a través de los expedientes de regulación temporal de empleo, si no por imposición legal. Es decir, la existencia del art. 12.4 e) ET⁴⁵, formalizador del principio de voluntariedad en el ámbito laboral, limita la reducción de jornada unilateral tanto por la vía del art. 41 como del art. 47 TRET, pues opera como norma de imperatividad enfocada al primero de los mecanismos mencionados y con efectos de extensión sobre el segundo. La problemática presente es reforzada con la reforma de 2012 dada la supresión de la autorización

⁴⁵ Art. 12.4 e) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: *“e) La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a). El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c), puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. (...)”*.

administrativa por parte de la Autoridad Laboral, como ya se conoce. Por ello, se produce un reenvío de fuerza vinculante en manos del empresario, constituyendo así una indudable decisión unilateral e individual del mismo el hecho de emprender un expediente de regulación de empleo de reducción temporal de jornada.

El debate jurídico ocasionado a partir de las presentes formulaciones legales en el ámbito de la reducción de jornada lleva a precisar una cobertura jurídica por parte de los Tribunales, estableciendo una línea de interpretación sistemática de los artículos en colisión para conseguir una convivencia pacífica de las instituciones afectadas. Así, bordeando la frontera con la interpretación del art. 41 TRET con la regla de prohibición del art. 12.4 TRET, se establece lo siguiente:

- a. La reducción de jornada unilateral por la vía del art. 41 TRET no supone una conversión del contrato de trabajo, pues se precisa el consentimiento explícito del trabajador. Al no mediar el presente consentimiento, no puede hablarse propiamente de conversión del contrato, por lo que se estaría fuera del ámbito que regula el art. 12.4. e) TRET, según la STS de 14 de mayo de 2007 (REC. 85/2006). Así se salvaguarda la vigencia de la vía ex art. 41 ET, pues la prioridad de la norma de prohibición anularía su operatividad respecto de los contratos a tiempo completo, dando salida así a una situación compleja y evitando la novación contractual.

Por ello, según algunos autores, dada la necesidad de compeler al trabajador, a pesar de la normativa existente, se busca dar continuidad del empleo a través de salvaguardar la capacidad de competitividad del empresario, siendo la otra opción la de resolución contractual. Por ello, se puede observar la vinculación del modelo a partir de la lógica del mal menor, aceptándose todos los cambios unilateralmente establecidos en las condiciones de trabajo a fin de mantener el empleo.⁴⁶

- b. Para dar cobertura al problema establecido con la vía del art. 47 TRET, un sector de la doctrina pretende establecer la tesis de equiparación entre los mecanismos de la

⁴⁶ Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Principio de voluntariedad ex art. 12.4. e) ET: un obstáculo (infranqueable) para la reducción de jornada ex arts. 41 y 47 ET”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2013, pp. 786.

reducción de jornada y suspensión de la relación de trabajo, estableciendo que la primera es meramente una variable de la segunda. En la misma línea se expresa el Tribunal Constitucional, al establecer

“De hecho, difícilmente podría ser de otra forma teniendo en cuenta que, en virtud de la vigente regulación legal en materia de ordenación del tiempo de trabajo (arts. 34 y ss. LET) y de las posibilidades de cómputo anual y distribución irregular de la jornada que en dicha regulación legal se establecen, las diferencias entre una suspensión de contratos y una reducción de jornada resultan de hecho inexistentes o poseen un alcance meramente nominal. Frente a este carácter marcadamente coyuntural de las medidas de regulación de empleo, una modificación (reducción, en este caso) de la jornada de trabajo operada a través del mecanismo previsto en el art. 41 LET determina, tenga o no un carácter definitivo, que el contrato de trabajo inicialmente existente resulte modificado en lo que se refiere a la jornada y el salario se ajustan a las nuevas especificaciones que constituyen el objeto de la modificación”⁴⁷.

De ésta manera, doctrinalmente se formula una reducción de jornada de trabajo disfrazada de suspensión discontinua de la relación laboral. Sin embargo, existen contradicciones jurisdiccionales que apuntan a que en un futuro sea inviable el empleo de la reducción de jornada sobre contratos que no sean ya parciales de por sí. Por tanto, la presente configuración e interpretación se encuentra muy distante de la doctrina establecida por la STJUE en el asunto C-221/13, de 15 de octubre de 2014, referente a inadmisión de posibilitar una conversión unilateral del contrato de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial.

De igual manera, la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo muestra una línea interpretativa diferente a la expuesta en su sentencia de 2007 anteriormente mencionada, pues la STS 12 de mayo de 2015 (REC. 153/2014) se enfrenta a STS 14 de mayo de 2007, al establecer que no es posible la modificación de la jornada por la mera decisión empresarial, ni siquiera cuando exista previo acuerdo con los representantes de los trabajadores para establecer tal medida de índole colectiva; se exige, por ende, el acuerdo entre las dos partes del contrato (trabajador y empresario).

⁴⁷ STC 213/2005, de 21 de julio (REC. 4441/1998). F.J. 6º .

Como se menciona, la característica diferenciadora de la reducción temporal de jornada en materia laboral y materia social se encuentra en el cómputo de la misma, pues existen variedad de fórmulas para la misma. El art. 47.2 TRET expresa su computación “...sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual”, mientras que el art. 262.3 LGSS establece “...reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo...”, observándose así la discrepancia entre ambas previsiones legales, lo cual puede dar lugar a ciertas discrepancias en la protección por desempleo parcial. Siguiendo la línea del TRET se otorgan fórmulas para producir una reducción sobre la jornada de una serie de días del periodo de afectación o para establecer una reducción consistente en no trabajar algunos días y reducir así la jornada del empleo. Es en esa formulación mixta (días que no se trabaja por efecto de la reducción de la jornada de trabajo) donde puede dejarse entrever la asimilación entre éste mecanismo y la institución suspensiva del art. 47. 1 TRET.

Sin embargo, los efectos jurídicos de los instrumentos del art. 47 TRET son distintos, pues la suspensión no afecta a los elementos fundamentales que constituyen el contrato de trabajo previamente establecido y consentido entre las partes de la relación laboral, si no que supone la mera suspensión de la ejecución del mismo; mientras tanto, la reducción de la jornada de trabajo sí incide en las materias internas del contrato, afectando al contenido y a las posiciones jurídicas de crédito y débito de las partes, modificando lo inicialmente pactado.

3.4. El desempleo total temporal y desempleo parcial

Las instituciones suspensivas y de reducción en el ámbito de un expediente de regulación de empleo de índole temporal afectan a los trabajadores sobre los que el mismo es iniciado, ocasionando un cese de la actividad que éstos vienen a desarrollar, provocando una disminución de su salario a partir de los mecanismos del art. 47 TRET. Lo dicho posibilita la formulación de situaciones de desempleo temporales y protegidas por la normativa de Seguridad Social, dependiendo de si éste es total o parcial. Las conexiones entre las normas laborales y sociales permanecen ligadas de ésta forma, otorgando una protección para los trabajadores durante situaciones coyunturales, realizándose una apreciación sobre los

mecanismos del ERTE en materia de Seguridad Social por medio de artículos como el 262.2 & 3 y 267.1 b) y c) LGSS.

El desempleo se configura como total cuando existe un cese de la actividad laboral del trabajador en días completos, continuados o alternos, en virtud de una reducción o suspensión temporal de la jornada, tal y como expone el art. 262.2 LGSS. Es parcial en caso de que sea vea reducida la jornada diaria ordinaria del trabajador entre un mínimo de 10% y un máximo de 70%, con la consiguiente reducción de salario (art. 262.3 LGSS).

A partir de lo expuesto por la normativa de SS, se deja entrever que por medio de la aplicación del mecanismo del art. 47.1 TRET únicamente es posible el acogimiento a la figura del desempleo total temporal por parte del trabajador, pues la suspensión del contrato de trabajo se configura mediante el cese de días completos de trabajo; por el contrario, dada la regulación que el legislador otorga al mecanismo del art. 47.2 TRET, la reducción puede suponer el acogimiento del trabajador tanto al desempleo total temporal como al parcial, dada la posibilidad de diferentes configuraciones en torno a ésta medida de ajuste.

Cabe definir al desempleo parcial como consecuencia de una reducción temporal de la jornada del trabajo (por tanto, no puede extender sus efectos a la vigencia completa del contrato de trabajo) y análoga disminución proporcional del salario del trabajador. Por tanto, en virtud del art. 267.1 c) LGSS, se hallan en situación legal de desempleo aquellos trabajadores que vean reducida su jornada temporalmente, en términos de jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión empresarial con relación a lo establecido en el art. 47 TRET. Se puede apreciar como en términos de desempleo parcial el legislador establece -tanto para las normas laborales como sociales- unos límites mínimos y máximos (10%-70%). En términos de LGSS, la reducción debe ser proyectada sobre la *jornada diaria ordinaria del trabajador*, mientras que el art. 47.2 TRET estipula tal previsión sobre la jornada diaria, semanal, mensual o anual. Dicha discordancia de términos supone que no toda reducción de jornada según el ET se puede considerar reducción de jornada a efectos de la LGSS⁴⁸.

⁴⁸ Cámara Botía, A.: “El desempleo parcial: algunas cuestiones básicas”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, N.º. *Monográfico: Medidas de Seguridad Social de fomento del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia*, ed. Laborum, Murcia, 2016 pp. 84.

Por tanto, en términos de prestaciones por desempleo, cuando se configure la reducción de jornada en el sentido en que existan días durante los que no se trabaje en absoluto, existe un desempleo total temporal; por el contrario, cuando la jornada diaria ordinaria se vea reducida en los límites establecidos, existe un desempleo parcial.

Ante la regulación no coordinada plenamente entre normativa laboral y de protección por desempleo, el legislador origina la posibilidad de configuraciones de difícil acotamiento en términos de protección por desempleo en el mecanismo del art. 47.2 TRET, ya que en la práctica puede suceder que una reducción de jornada de trabajo sea configurada de forma mixta, con días de trabajo de 100% de reducción (desempleo total temporal) y días trabajo de reducción entre el 10 y 70% (desempleo parcial). Ante éstas posibilidades, Roqueta Buj (2021) considera que lo más acorde jurídicamente es considerar que “el desempleo por reducción de jornada es siempre desempleo parcial con independencia de cómo afecte esa reducción a cada día de trabajo a lo largo del período de referencia”⁴⁹ para así uniformizar la prestación a percibir.

Otra peculiaridad que mencionar es el límite de las medidas establecidas y la duración de las prestaciones. En éste sentido, los mecanismos del ERTE no cuentan con una duración estipulada por el legislador, a pesar de que reglamentariamente se determine en el art. 16.3 RD 1483/2012 que las medidas se deban de adecuar a la situación coyuntural cuya superación es pretendida. Sin embargo, en sede judicial dicho límite temporal puede llegar a ser visto de forma flexible. Para dar solución a ello, la Seguridad Social establece un límite indirecto por el que pueda guiarse el empresario al adoptar tales medidas, pues establece unos máximos de período de protección por desempleo a causa de suspensión del contrato de trabajo (720 días de tope máximo en los términos previstos en el art. 269.1 LGSS).

Para el correspondiente nacimiento de las prestaciones, los trabajadores que se vean afectados por el art. 47 TRET deben reunir los requisitos legales, en términos de afiliación y alta o situación asimilada al alta con un período de cotización previo mínimo de 360 días dentro de los seis años anteriores a la decisión empresarial. La concesión del derecho

⁴⁹ Roqueta Buj, R.: *Los expedientes de Regulación Temporal de Empleo: incluye las medidas excepcionales con relación a los ERTEs por causas relacionadas con el COVID-19*, ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2021., pp. 94.

devengado no se realiza automáticamente, siendo precisa la solicitud del trabajador en los términos del art. 268.1 LGSS, dirigiéndose a la entidad gestora competente en los quince días posteriores a la formalización de la situación de desempleo, sea ésta a partir de la comunicación escrita remitida al trabajador por parte del empresario.

Para otorgar cierta interpretación justa a la disparidad de criterios entre TRET y LGSS en términos de ERTE y protección por desempleo, tanto en lo correspondiente a la reducción de jornada de trabajo como al devengo de las prestaciones, es de importancia fundamental la emisión de las Instrucciones para la aplicación de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado del trabajo, en los aspectos relativos a la protección por desempleo, de 8 de octubre de 2010.

3.5 Elementos comunes de la suspensión de contrato de trabajo y reducción de jornada laboral

Por último, tras exponerse las características principales y diferenciadoras de cada una de las medidas temporales previstas en el art. 47 TRET, inculcándose en las mismas las nociones caracterizadoras de la flexibilidad interna, en las siguientes líneas se trata de explicar la incidencia que dicha flexibilidad ocasiona en la suspensión y reducción de interés, marcando así una pauta común a seguir por las apeladas a la hora de ser enfocadas para la búsqueda y persecución de una finalidad intrínseca, si bien en diferente intensidad o grado, común.

Con las reformas legales operadas en los años 2010 y 2012, el objetivo del legislador adquiere un nuevo rumbo en la política-social y laboral; las modificaciones realizadas enfocan su búsqueda y pretensión hacia la desvinculación de usos intensivos de medidas extintivas por parte del empresario, llegando a veces a considerarse las mismas emprendidas con finalidad de mera conveniencia, perdiéndose la centralidad de éstas en torno a los desajustes negativos en los proyectos empresariales. Así, en la presente línea se llega a circunstancias en las que la doctrina judicial ha de establecer los límites de su papel, pues *“no corresponde al órgano*

*judicial ejercer control de oportunidad alguno, esto es, arrogarse la función de sustituir el empresario en la elección de la medida empresarial óptima*⁵⁰.

Con anterioridad a las reformas, sobre dicha situación de abuso de uso por parte del empresario al emprender medidas extintivas sin el análisis detenido en el resto de los instrumentos y mecanismos que la Ley ofrece y empleando a los órganos judiciales para calificar convenientemente sus acciones, tuvo oportunidad de pronunciarse la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al establecer que,

“En el momento del despido tales problemas de gestión o pérdidas de eficiencia han de ser perceptibles u objetivables, y no meramente hipotéticos.”

y *“... , acreditados esos dos extremos, no nos incumbe a los Tribunales de Justicia tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario.”*⁵¹.

Por todo ello, se realizan ajustes en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo, justificadas en el intento de impulsar otras medidas -no extintivas- de reorganización o gestión laboral en el núcleo de la empresa. Para fomentar el uso de dichos instrumentos, con faceta renovada, el legislador -como se ve más adelante- asemeja y unifica, en un principio, las medidas extintivas y temporales al establecer una concurrencia de las causas en las mismas. La pretensión principal es clara: conseguir que los mecanismos de índole temporal o denominados de flexibilidad interna se conviertan en una auténtica alternativa a las medidas de naturaleza extintiva, conjugando y diversificando el uso de las mismas para cumplir con el objetivo de mantener el empleo, que no destruirlo, durante momentos de crisis empresariales.

El fomento intensificado durante los últimos años, en materia de flexibilidad interna, se debe a las correcciones sobre anteriores reformas que facilitan o abaratan el despido laboral. En respuesta a ello, se promueven los presentes instrumentos empresariales, de índole temporal o flexible, para fomentar una gestión del mismo que sea más plausible o razonable.

⁵⁰ Costa Reyes, A.: “Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el despido objetivo tras la Ley 35/2010”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.109, 2011, pp. 18.

⁵¹ STS 1203/2009, de 2 de marzo (REC. 1605/2008); F.J 4º y 5º .

Expuesto lo anterior, el elemento caracterizador de las medidas contenidas en el art. 47 ET se formula a través de la garantía de la temporalidad⁵², pues cuentan con un alcance limitado en términos de duración, tanto de plazo como de efectos. Por ello, la temporalidad es el elemento específico de la suspensión contractual y la reducción de la jornada laboral frente a la extinción. De ésta manera, se responde a las previsiones realizadas en la letra c) del apartado primero del artículo de interés, al hacerse mención de la necesidad de afrontar una situación de carácter coyuntural, entendiendo al mismo como transitorio. Aún así, las instituciones del artículo 47 ET, sobre todo en cuanto a su modalidad suspensiva respecta, guardan una proximidad y semejanza funcional y estructural con la institución extintiva, vinculándose ambas por los ejes de las causas y -aunque no formalmente tras la reforma de 2012- del procedimiento; por todo ello, cabe discernirse por parte del empresario la posibilidad otorgada de emplear de manera indiferente el mecanismo que más le conviene sin hacer hincapié en lo que la naturaleza propia de cada medida requiere.

El *quid* de la cuestión, vistas las circunstancias, se halla en crear una exigibilidad normativa en la cual “*la medida temporal de suspensión habría de resultar necesaria para la superación de una situación coyuntural de la actividad de la empresa*”⁵³, creando así una distancia con las medidas extintivas, cuyo uso fuese requerido en momentos de crisis de mayor incidencia o prolongado efecto en el tiempo.

Dicha exigibilidad normativa viene de la mano del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Entre sus numerosas modificaciones, se produce un lavado de cara de las instituciones suspensivas y extintivas, diferenciándolas en términos de procedimiento y estructura a través de las nuevas previsiones en el art. 47 y 51 ET. Se provoca un acercamiento de los mecanismos suspensivos y temporales hacia la zona de la flexibilidad interna, hecho que no es indiferente ante la

⁵² Solà Monells, X.: “La suspensión del contrato de trabajo y la reducción de la jornada de trabajo tras la reforma laboral de 2010 y el nuevo reglamento de procedimientos de regulación de empleo”, *Las Reformas Laborales del 2010*, ed. S.A CISS, Valencia, 2012, pp. 276 y ss.

⁵³ Garrido Pérez, E.: “La suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas empresariales”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012, pp. 253 .

delimitación problemática ocasionada con otras medidas flexibles, estableciendo así cierta distancia con la extinción de la relación laboral por despido.

Se suprime la remisión procedimental anteriormente existente y a pesar de guardarse cierto paralelismo en importantes elementos, como son los causales, se consigue concretar una nueva fisonomía al Expediente de Regulación Temporal de Empleo. Se parte de un contexto en el que el art. 47 ET se sirve de la remisión al procedimiento del despido colectivo con ciertas previsiones especiales -referidas a indemnizaciones de los trabajadores, naturaleza coyuntural de las causas, plazo reducido y menor exigibilidad de documentación a aportar por parte del empresario para justificar la medida- y con unos requisitos semejantes como es la autorización administrativa previa. En éste sentido, Blasco Pellicer (2009) relata el contexto existente a las vísperas de las reformas laborales:

“Realmente lo que hace el legislador es utilizar un procedimiento administrativo previsto para la tramitación de los despidos colectivos para viabilizar las suspensiones de contratos por las mismas causas, configurando, de ésta forma, un expediente de regulación de empleo especial; lo que es, a su vez, implica situar fuera de la órbita de la voluntad directa del empresario la reorganización productiva temporal, exigiendo la intervención administrativa que constate la existencia de las causas y la razonable constatación de que la suspensión de carácter coyuntural de la actividad de la empresa. La autorización administrativa opera aquí exactamente igual que en los despidos colectivos; constituye un requisito necesario e imprescindible para que el empleador pueda proceder a suspender los contratos de trabajo, de suerte que, concedida la autorización, podrá utilizarla disponiendo la suspensión contractual en los términos y por el tiempo previsto en la resolución administrativa”⁵⁴

Así, con las reformas realizadas, se encamina un articulado más denso, en el que el precepto admite la suspensión del contrato de trabajo y la reducción de la jornada laboral *“por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo a lo previsto en éste artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente”⁵⁵*.

⁵⁴ Blasco Pellicer, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp.452.

⁵⁵ Artículo 47.1 párr. I del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Para la reducción de la jornada laboral

Dicho mandato legislativo contemplado al final del presente párrafo se cumple con la promulgación del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, en cuyo texto se establece una de las formalidades más importantes para diferenciar ambas instituciones, extintiva y suspensiva. El legislador, dentro del Título I otorga Capítulos diferentes para ambos instrumentos, reservando el Capítulo I para el procedimiento de despido colectivo y el II para, bajo la rúbrica “*Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*”, a la institución suspensiva y de reducción, dedicando los artículos 16 a 24 del presente Reglamento a ésta. Por medio de las nuevas incorporaciones realizadas tras el RD-ley 3/2012, de la mano del RD 1483/2012, se consigue que los mecanismos contenidos en el art. 47 ET cuenten con una mayoría de elementos flexibilizadores, creando así una eficaz alternativa a las medidas extintivas, de evidente gravedad más acentuada, drástica y definitiva.

En conclusión, los elementos caracterizadores de las medidas contenidas en el art. 47 ET encuentran su existencia en la temporalidad y la flexibilidad interna, en un entorno de política social y laboral cuyo objetivo es la diferenciación de éstas con las instituciones extintivas de la relación de trabajo, fomentando así la protección en términos de funcionalidad y empleabilidad de los trabajadores que se ven afectados por un expediente de regulación de empleo por causas empresariales.

De ésta forma, por medio de la suspensión contractual y reducción temporal de la jornada se consigue favorecer y facilitar el ajuste de las plantillas laborales sin que el empresario tenga que desprenderse de sus trabajadores cualificados, poniendo fin a la relación laboral. Se consigue mantener el empleo, se proporciona cierta confianza en la recuperación y empleabilidad de los afectados, a la par que el descenso en el poder adquisitivo de los mismos se minorará en un sentido más reducido que ante una situación de desempleo total. Se añade, a pesar de los efectos positivos de los expedientes de regulación temporal, la dificultad de la posible discrecionalidad en términos de razonamiento empresarial para determinar la medida a adoptar ante aparentes conceptos jurídicos indeterminados como es el de la situación coyuntural negativa

Por todo ello, al elemento temporal de los mecanismos del art. 47 ET se le trata de otorgar mayor rigor jurídico a través de las creaciones doctrinales y jurisprudenciales, pues como a título de ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya deliberación muestra el otorgamiento de carácter de “último recurso” a los despidos colectivos, expone:

*“La Sala entiende que por mor del derecho al trabajo que se recoge en el artículo 4 ET así como con base en la buena fe contractual que debe regir las relaciones laborales entre empresa y trabajador, el empresario efectivamente está obligado a seleccionar aquella medida, de entre las varias posibles, que manteniendo la viabilidad de la empresa garantice en la mayor medida posible los puestos de trabajo, o en otro caso, mantenga la mayor parte de ellos...”*⁵⁶.

4. CAUSAS EMPRESARIALES DEL ERTE SUSPENSIVO

La suspensión del contrato y la reducción de jornada laboral precisan necesariamente de la existencia de una situación económico-empresarial negativa y coyuntural que encuentre su origen en las denominadas “causas empresariales” o causas ETOP: económicas, técnicas, organizativas o de producción. La presente delimitación es prevista por el art. 45.1. j) TRET, por el título que abre el art. 47 TRET así como el art. 16 RD 14883/2012, en adelante RDCSR. Conforme la expresión de los presentes, los dos mecanismos mencionados deben estar motivados en las causas enunciadas, guardando éstas -histórica y actualmente- un paralelismo de semejanza e identidad con las previstas para las instituciones extintivas de los contratos de trabajo vía art. 51 TRET.

La delimitación que proporciona el legislador acerca de las presentes causas es efímera, haciéndose mención en el art. 47.1 TRET sobre qué ha de entenderse bajo cada causa prevista pero apenas se adentra a precisar el contenido de cada una; no se establece un listado de situaciones, tampoco parámetros de interpretación claros ni dimensión de las mismas para

⁵⁶ STSJ CAT 15915/2001, de 17 de diciembre (REC 4481/2001), F.J. 2º .

poder encuadernar de manera automática la situación coyuntural de la empresa en alguna de las mencionadas. Como resultado de ello, la labor jurisprudencial y doctrinal para delimitar las causas empresariales -tanto suspensivas como extintivas- supone un valioso enfoque e interpretación para establecer criterios operativos a través de éstas. Y mayor debe ser la precaución, dada la proximidad y regimiento de las causas empresariales tanto para la institución suspensiva como para la extintiva.

Una aproximación al entorno de las circunstancias que habilitan un expediente de regulación de empleo puede encontrarse a partir de la STS de 8 de febrero de 2002 (REC. 6529/1996), la cual reproduce e innova los asentamientos establecidos por la importante sentencia anterior de 14 de junio de 1996 de dicho Tribunal, en la cual se trazan los elementos a tener en cuenta para analizar la concurrencia de causas ETOP. Se establece así el ámbito de cada una de las causas, siendo las técnicas las que inciden sobre los medios o instrumentos de producción empresarial; las organizativas, sobre los sistemas y métodos de trabajo de la plantilla de trabajadores; las productivas, sobre los bienes y servicios que la empresa desarrolla y coloca en el mercado económico; las económicas, sobre los resultados resultantes de la explotación y ejercicio empresarial.

Dada la histórica remisión de las causas empresariales suspensivas al núcleo regulador de las extintivas, de mayor empleo y uso histórico del art. 51 ET sobre el art. 47 ET, la primera diferenciación entre las mismas se encuentra en la justificación y gravedad de los motivos, siendo los ERTes idóneos para superar situaciones coyunturales y no un marcado problema estructural de la empresa, donde entra en juego el ERE extintivo. Por tanto, bajo la reiterada similitud en las causas para optar por una vía u otra, la preferencia y elección se basa en la posibilidad de superar la situación negativa y optar por una futura viabilidad empresarial. A mayores, se ha de tener en cuenta la ordenación legal presente, eliminada la autorización administrativa para emprender medidas de suspensión y reducción, por lo que la razonabilidad causal de optar por la institución suspensiva debe constituirse de la mano de una necesidad previa y acreditación justificativa que haga prosperar el empleo de tal instrumento de flexibilidad interna.

En éste sentido, las causas empresariales en sede de ERTes son aproximadas a las definiciones otorgadas en diferentes instrumentos previstos en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 40, 41, 51 y 82.3), lo cual lleva a entender la innegable finalidad

flexibilizadora de las últimas reformas en la materia. A mayores, con la Ley 3/2012 se eliminan las exigencias finalistas que obligan a un juicio de racionalidad de la medida adoptada respecto a la causa alegada en los presentes artículos ⁵⁷.

La discrecionalidad empresarial se ha visto fomentada tras las modificaciones de 2010 y 2012, pues tal y como expresa el art. 47.1 'TRET' a la hora de hacer mención de las causas económicas, se puede observar la “...*existencia de pérdidas actuales o previstas...*”, siendo ésta última previsión sorprendente, dado que otorga la posibilidad al empresario a iniciar un ERTE por el hecho de “pensar” que en futuro sus resultados se vean disminuidos, no siendo preciso que en el momento de emprender la vía del art. 47 'TRET' esté necesariamente atravesando por una situación coyuntural negativa. Así, existe un elemento de incertidumbre jurídica ante la indefinición de las causas y enorme poder discrecional otorgado al empresario. Monereo Pérez (2013) se muestra crítico con la ordenación legal presente, dado que si dichas *pérdidas previstas* deban partir de una base actual, no dejan de ser una “pura ficción jurídica...y tampoco justifican lo preventivo para eludir consecuencias más desfavorables en el futuro...”⁵⁸ Por ello, de acuerdo con el mismo autor, la dificultad en torno a las causas ETOP se encuentra en la confusión que origina el legislador, combinando la institución de lógica jurídica con tintes económicos. Es criticable tal alusión y ordenación de las formas jurídicas presentes a partir de nociones propios de la ciencia económica, produciéndose así un “...*reduccionismo en la descripción económica de la realidad jurídica (...) vaciando de significado las categorías construidas por los juristas...*”⁵⁹.

Dada la necesidad de impulsar los procedimientos de flexibilidad interna en el seno de las empresas, la justificación de la semejanza entre las causas para los expedientes de regulación se encuentra en la plasmación de la Ley 3/2012, que adapta la presente materia con fines de

⁵⁷ Lousada Arochena, J.F.: “La suspensión del contrato y la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 42, 2016, pp. 189.

⁵⁸ Monereo Pérez, J.L.: “El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el anterior denominado “expediente” de crisis)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 34, 2013, pp. 390 .

⁵⁹ Monereo Pérez, J.L.: *op. cit.*, pp. 395.

unificar toda fundamentación causal en sede suspensiva y extintiva. Todo ello en un entorno legislativo en el que la flexibilización causal de la presente institución ha dado lugar a la entrada de criterios meramente económicos y otros jurídicos indeterminados, siendo éstos de imprecisa definición para cada supuesto.

4.1 Criterios comunes a las causas

El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral mantiene la relación de causas empresariales para el art. 47 ET pero no realiza una definición de las mismas, a pesar de suprimirse la histórica remisión de las mismas al texto del art. 51 ET, con las peculiaridades contenidas en sede suspensiva. La empresa, propulsor principal de las decisiones en la presente materia, no puede aludir a meras “pérdidas económicas” para acogerse a los mecanismos del art. 47 TRET, pues el volumen de control en sede judicial de éstas decisiones sería inasumible. Es necesaria, desde el punto de vista de una línea de historia jurídica, una justificación motivada de las causas en un contexto coyuntural o temporal pese a las dificultades para enmarcar la duración del presente. Se pretende que las medidas se adopten según cierta razonabilidad y visión empresarial, siendo labor de los tribunales no la mera verificación de existencia de los presentes hechos que inciden negativamente en el curso empresarial, si no ejercer un control de idoneidad sobre las medidas escogidas, como se deja entrever por la STS de 21 de diciembre de 2017(REC. 282/2016)⁶⁰.

Las causas empresariales que habilitan un ERTE de índole suspensivo responden, no sólo a criterios económicos o desde el punto de vista de ordenación de factores productivos y su gestión, si no también desde una finalidad superior, protegida por el Derecho del Trabajo. Así, más allá de encontrar su formalización a partir de expresiones constatadas o constatables en la realidad y entorno empresarial, la concurrencia de las causas en cuestión sirve a la protección de la viabilidad económica de las empresas.

Es en base a la cobertura de dicho valor (visto como una de las numerosas finalidades de la rama jurídica presente, en cumplimiento con las expresiones constitucionales que otorgan un

⁶⁰ STS de 21 de diciembre de 2017 (REC. 282/2016); *vid.* F.J. 3º.

marco idóneo para el desarrollo legislativo que potencia las medidas e instrumentos más acordes al momento de su mandato). En éste sentido, se articulan diferentes instrumentos o métodos de actuación: desde la potenciación de la flexibilidad interna, de marcada referencia en el presente mecanismo, hasta de la desregularización de determinados sectores normativos para otorgar mayor capacidad de maniobra de los agentes económicos y las partes de la relación laboral.

Así, merece mención la postura que acoge el Tribunal Constitucional acerca de un recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley 3/2012, de 6 de julio, entre cuyos puntos a enjuiciar se encontraba la constitucionalidad de la regulación diseñada a partir de dicho texto normativo en términos de causalidad en los despidos colectivos.

Con vistas a reforzar el marco legislativo moldeado en los años precedentes, la STC de 21 de enero de 2015 (REC. 5610/2012) proclama la existencia de las causas empresariales como fundadas y definidas en torno a garantizar la viabilidad futura de la empresa que se halla inmersa en una situación coyuntural -o estructural, como expone en términos de ERE-negativa. Por tanto, se muestra cierto criterio o principio de economicidad de la empresa, debiendo basarse principalmente su actuación (a partir de los instrumentos que el legislador elabora con vistas a favorecer la superación de los momentos de crisis económico-empresarial y con intereses en el mantenimiento del empleo) que busca siempre la preservación de la viabilidad empresarial, más que de la competitividad propiamente dicha, sirviendo así de premisa ineludible para la protección de los intereses del empresario y del trabajador.

Por ello, no ha de perderse de vista la conexión finalista, como expone la STS de 10 de diciembre de 2013 (REC. 549/2013) entre la concurrencia de las causas y la medida elegida basándose en criterios de idoneidad y razonabilidad, siempre con vistas de mantener o mejorar la viabilidad empresarial, constituyendo dicha noción el eje central de la causalidad en los instrumentos de flexibilidad interna.

Hecha referencia a la elevada noción finalista en términos de viabilidad empresarial, se estipulan los criterios comunes a las causas empresariales en torno al ERTE suspensivo cuya concurrencia y alegación habilita la implantación de aquél.

El primer criterio común a todas las causas empresariales suspensivas es la elevación de gravedad de las mismas al nivel de la definición de las previstas en el art. 82.3 TRET, relativo a la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable; situando de ésta forma a una y otra medida de flexibilidad interna al mismo nivel de exigencia⁶¹.

En segundo lugar, es común el criterio de la temporalidad; en éstos términos, el elemento coyuntural es clave para distinguir las causas suspensivas de las extintivas, siendo precisa la fundamentación en las primeras -de carácter menos drástico- para superar una situación económica que si bien no debe ser irreversible, resulta de difícil acotación; el elemento relevante es la posibilidad de que se trate de una situación no definitiva y por ende, recuperable o superable.

En tercer lugar, tal y como expresa la STS de 14 de junio de 1996 (REC. 3099/1995), un elemento común a las causas es la concurrencia de un “...*factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa* (“situación económica negativa”) o en la *eficiencia de la misma* (carencia o necesidad de “una más adecuada organización de los recursos”)...”⁶². A partir de dicha sentencia, históricamente se vienen desarrollando las cuatro diferentes esferas o ámbitos de incidencia de las causas, respondiendo así las esferas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

En cuarto lugar, la causa alegada por el empresario, como se viene reiterando en la práctica jurídico-laboral hasta las reformas flexibilizadoras, debe contar con una conexión de funcionalidad en relación a la medida elegida para superar la coyunturalidad negativa, sea en términos económicos o productivos; por tanto, no cabe la decisión empresarial de optar por un mecanismo del art. 47 TRET por mera conveniencia de la empresa. La causa empresarial alegada tiene que contar con la suficiente entidad para incidir de manera negativa -actual o futura- en el desempeño económico o productivo de la empresa, como expresa la STS de 11 de noviembre de 2002. Debe tratarse de una causa real y acreditada que incida de manera

⁶¹ Benavides Vico, A.: *Guía práctica del despido colectivo y del ERTE*,. Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2020, pp. 107.

⁶² STS de 14 de junio de 1996 (REC 3099/1995); *vid.* F.J. 4º.

singular en la empresa, no por generalización sectorial en momentos de crisis. Sin embargo, lo dicho se ha visto flexibilizado por las reformas de 2010 y 2012, aumenta así el poder discrecional del empresario y desincentiva la impugnación de su decisión en sede judicial dados los criterios de interpretación difusos. Solo se requiere acreditar la concurrencia de la causa; siendo eliminada la conexión de funcionalidad como requisito para apreciar las dificultades empresariales.

En quinto lugar, la ya mencionada STS de 14 de junio de 1996 establece que la carga de prueba corresponde al empresario, debiendo probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia. Todo lo anterior cabe ser presumido si la causa justificativa del expediente iniciado termina en acuerdo en el período de consultas con la representación de los trabajadores, pudiendo solamente ser impugnada en sede jurisdiccional por vicios graves, fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Visto lo anterior, pese que el legislador en 2010 no establece diferenciación alguna entre las causas del art. 47 y 51 ET, con la reforma iniciada por el RD-ley 3/2012 se establecen separaciones entre ambas instituciones, modificando la identificación de las causas justificativas del ERTE hasta el punto de reducirlas y quitar cierta complejidad haciendo que sean, como expone Garrido Pérez (2012), “...lo suficientemente imprecisos como para aportar mayores dosis de flexibilidad a la operatividad de ambas instituciones, cual es el objetivo principal pretendido en la reforma de tales preceptos.”⁶³. Por tanto, la dificultad añadida comentada es resultado de la renuncia legislativa de ofrecer un marco de desarrollo de las causas empresariales para la suspensión de contrato y reducción de jornada de trabajo como instrumentos flexibilizadores; todo ello para potenciar los instrumentos suspensivos a costa de la seguridad jurídica material.

⁶³ Garrido Pérez, E.: “La suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas empresariales”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012, pp. 257.

4.2 Las causas económicas

La primera causa empresarial para iniciar una suspensión del contrato o reducción de jornada por la vía del art. 47 TRET es la causa económica; su enunciado legal se encuentra en el segundo apartado del art. 47.1 TRET y expresa:

“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.”

Por tanto, las causas económicas se fundan necesariamente en los resultados de la empresa, a partir de cuyo análisis se percibe la situación temporal de tintes negativos dada la existencia de unas pérdidas actuales o futuras (“previstas”).

Se organiza la percepción de las causas económicas a partir de una triple escala, como expone el artículo: la pérdida actual, la prevista y la disminución persistente durante un tiempo acotado del nivel de ingresos ordinarios. Se requiere así una situación deficitaria en las percepciones empresariales, dados los efectos negativos y su incidencia sobre los resultados que produce un desequilibrio en la relación entre activo y pasivo empresarial.

Las causas económicas quedan así vinculadas a los resultados de explotación empresarial, guiándose por las pérdidas o ganancias desde un punto de vista de las reglas de contabilidad del mismo. En sede jurisprudencial, la STS de 21 de julio de 2003 (REC.4454/2002) reitera la doctrina sentada por sentencias anteriores del mismo Tribunal, estableciéndose sobre las causas económicas las siguientes notas:

- La situación sobrevenida ha de ser objetiva, real, suficiente y actual

- La causa alegada debe permanecer temporalmente en la empresa y producir efectos negativos en el desarrollo de su resultado económico o volumen productivo, mermando la rentabilidad empresarial
- Se percibe la prohibición creada en sede judicial de no apreciar la causa por mera conveniencia empresarial

La causa económica resulta así en un concepto jurídico indirectamente determinable⁶⁴, cuya manifestación se observa sobre la gestión de la empresa en todo su conjunto mediante la relación de ingresos y costes. Por tanto, en la línea de la STS de 13 de febrero de 2002 (REC 1436/2001), la causa económica supone un desajuste financiero de la propia empresa, el cual provoca el desequilibrio estructural económico.

En cuanto a los niveles previstos para las causas económicas, las “*pérdidas actuales*” suponen la causa más repetida y cotidiana en éste concepto. Se requiere una situación económica negativa en los términos anteriormente definidos, siendo de relevancia también el análisis de los estados contables de la empresa por medio de elementos de referencia⁶⁵ como las cuentas provisionales existentes a la hora de incoar el expediente de regulación.

Las pérdidas previstas se sitúan en una configuración no pacífica, como critican ciertos autores (Monereo Pérez, entre otros) ante la indeterminación por efecto de la proyección a un momento futuro de la situación económica actual de la empresa, basándose en estimaciones y especulaciones sobre el posible resultado negativo y su gravedad. La concurrencia de éste nivel se basa en vincular un análisis global a partir de auditorías, documentos de contabilidad y su carga probatoria para justificar la adopción de la medida suspensiva o de reducción.

En tercer lugar, ante la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas se produce un desplazamiento de la causa económica alegada fuera de los efectos contables de la situación

⁶⁴ Pérez Capitán, L.: *El expediente de regulación de empleo: Un análisis práctico jurídico*. Aranzadi Thomson Reuters, 1ª ed., Madrid, 2009, pp. 42.

⁶⁵ Benavides Vico, A.: *Guía práctica del despido colectivo y del ERTE*,. Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2020, pp. 109.

temporal o coyuntural negativa y su incidencia sobre los resultados; en cambio, la centralidad de la presente se encuentra en la esfera de la rentabilidad empresarial y de eficiencia ⁶⁶. Por tanto, se trata de una minoración sobre los ingresos obtenidos en el marco ordinario del desempeño laboral durante un tiempo determinado y con efectos directos sobre las ventas, es decir, productos o bienes de posicionamiento en el mercado por parte de la empresa.

El legislador establece una presunción legal en términos del art. 47.1 TRET al mencionar la persistente disminución durante dos trimestres consecutivos sobre el nivel de ingresos ordinarios como justificación de causa económica suficiente para emprender alguno de los mecanismos existentes bajo su tenor.

La prueba de la existencia de causa económica en sede suspensiva debe realizarse por medio del aporte de documentación contable y fiscal fiable que la acredite, ya sea por medio de documentos como las liquidaciones de IVA, libro de registros de facturas emitidas y demás aportes que fomenten la razonabilidad de la decisión empresarial. La superación de la situación económica negativa requiere el vencimiento de una serie de obstáculos en el seno de la empresa con una medida que sirva de medio suficiente o contribuya a revertir tal coyuntura.

La presente causa es de las más alegadas por parte de los empresarios, debido a la incrementada automatización y facilitación que realizan sobre ella las reformas de 2012, en continuidad de las bases establecidas en 2010. Cuenta con una casuística enorme, siendo su razón de ser fundada en una situación negativa o adversa; sin embargo, no es necesario que el empresario se encuentre en alguno de los tres escalones de las previstas en el art. 47.1 TRET, pues cabe la posibilidad de contar con resultados positivos y justificar la existencia de una causa económica para iniciar ERTE. En ese sentido, se pronuncia la SAN de 23 de septiembre de 2016 (REC. 146/2016) al exponer que invocándose una causa económica durante un proceso de reestructuración empresarial, pese a financiación y ayudas públicas y resultados trimestrales positivos, la misma es fundamentada.

El abanico de posibilidades en términos de empleo de causas económicas otorga un poder de decisión y apreciación amplio para el empresario. Como se ha mencionado con anterioridad, si bien la reforma de 2012 acentúa dicho aumento de poder discrecional del empresario a la

⁶⁶ Benavides Vico, A.: *op. cit.*, pp. 109-110.

hora de alegar las causas económicas, ya con la reforma de 1994 se produce una notoria flexibilización causal en sede de instituciones extintiva y suspensiva; se crea así una situación de conflicto de intereses de relevancia jurídica notoria, siendo los órganos jurisdiccionales los llamados a equilibrar los mismos a pesar de la indeterminación causal y grado de gravedad exigibles a la coyuntura empresarial. Por tanto, es necesaria la justificación a partir de un determinado juicio que razone y conecte el instrumento suspensivo o de reducción ex art. 47 TRET con la causa alegada y elegida, en vistas de mejorar así la posición y condiciones de competición empresarial.

Así lo declara la STS de 20 de abril de 2016 (REC.105/2015) al establecer que, en reiteración con la jurisprudencia sentada, el control judicial sí puede existir acerca de la racionalidad de la medida y si ésta es justa o desproporcionada con la situación existente. Para concluir, lo presente es apreciable a partir de la SAN de 21 de septiembre de 2020 (REC. 125/2020), cuyo F.J. 9º realiza una sinopsis fundamental de la doctrina del Tribunal Supremo sobre lo presente. En éste sentido expone que “...si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa “idoneidad” de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su “oportunidad” en términos de gestión empresarial (...), sí de excluirse en todo caso, como carentes de “razonabilidad” y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores...”.⁶⁷. Por tanto, el empresario cuenta con un margen de discrecionalidad en la gestión interna frente a las situaciones coyunturales; si bien dicho poder nunca puede ser absoluto e ilimitado, pues ha de regirse por criterios de proporcionalidad y adecuarse a las circunstancias económicas y causales de su caso.

En la misma línea, frente a la crítica doctrinal sobre la indefinición reiterada que se muestra en las causas económicas y posteriormente en las técnicas, organizativas y de producción, la STC 119/2014, de 16 de julio (REC.5603/2012) y con más hincapié la STC 8/2015, de 22 de enero (REC. 5610/2012) , al resolver dos recursos de inconstitucionalidad promovidos contra ciertos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, mantienen que no se produce tal indefinición de las causas legales, por lo que no existe una vulneración del art. 24.1 CE como alegan los recurrentes. Por tanto,

⁶⁷ SAN 2375/2020, de 21 de septiembre de 2020 (REC. 125/2020); F.J. 9º, letra B).

tampoco se prescinde de un control judicial pleno sobre la decisión empresarial en sede extintiva -y correlativamente, suspensiva- sobre la concurrencia de la causa o su razonabilidad.

4.3 Causas técnicas, organizativas y de producción

Las tres causas empresariales mencionadas merecen cierta agrupación, siguiendo la lógica y voluntad legislativa al dedicar a éstas un tratamiento formal no diferenciado, agrupando las tres en un mismo párrafo (tercero) del art. 47.1 TRET que expresa:

“Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”

La agrupación de las causas TOP bajo unas mismas líneas se fundamenta en la necesaria distinción de éstas con el ámbito de las patologías económicas (relación ingresos-costes con efecto en los resultados o ventas) y en la instrumentalización de las presentes como causas preventivas, ya que inciden no sobre el ejercicio económico-empresarial si no sobre los factores productivos en el seno interno de la estructura.

Sobre ello, expresa la STS de 31 de mayo de 2006 (REC. 49/2005) que *“...no es principalmente una cuestión de “beneficio”, rentabilidad o resultado final de la empresa, si no en primer lugar y antes que otra cosa una cuestión de eficiencia en el uso de los medios o recursos de la organización empresarial.”*⁶⁸.

Se trata de causas que encuentran sus núcleos en la gestión empresarial de los medios, el funcionamiento de éstos así como la organización establecida. A mayores, dado el dinamismo en las actuaciones empresariales en el mercado, el legislador hace hincapié por medio de la reiteración en las tres causas del término “cambio” en el art. 47.1 TRET.

⁶⁸ STS 31 de mayo de 2006 (REC. 49/2005); *vid.* F.J. 8°.

Desglosando cada causa empresarial de las presentes, la causa técnica cuenta con un término novedoso, frente a la anteriormente denominada causa *tecnológica* en la literatura jurídica. Es fundada en los vínculos existentes de la racionalización de la actividad productiva, formando la necesidad de formar nuevas incorporaciones en el proceso productivo para mejorar la estabilidad y competencia de la empresa. Por tanto, ante el “cambio” o necesidad de producir alteraciones del proceso productivo a través de métodos que requieren cierta reestructuración empresarial, cabe ser alegada la causa técnica, a pesar de que el balance del ejercicio económico sea positivo

Según Pérez Capitán (2009), ante la insistente voluntad de indefinición de la causa técnica (junto al resto de causas empresariales) por parte del legislador en el texto estatutario y reglamentario (art. 16 RDCSR), cabe la interpretación en aras de la antigua causa tecnológica⁶⁹, debiendo nombrarse así la doctrina de la Sala tercera del TS sobre la misma, entendida como aquella que se encuentra vinculada a la actividad productiva y surge ante los avances tecnológicos novedosos, requiriendo así una adaptación empresarial a las mismas para incorporar dichas innovaciones⁷⁰ en su maquinaria e instalaciones.

Por tanto, las causas técnicas hacen referencia a la introducción de métodos novedosos en la manera de producir en cada empresa, obligando al empresario a realizar determinadas reestructuraciones tanto en los medios como en la designación de los empleos y puestos de trabajo. De igual manera, puede fundamentarse la existencia de una causa técnica por parte del empresario ante la creación jurisprudencial establecida a partir de la STS de 6 de abril de 2000 que entiende por causas técnicas las que “...*están referidas a los medios de producción con posible vejez o inutilidad total o parcial de los mismos...*”⁷¹. Por tanto, se presenta ésta doble vía de interpretación de las causas técnicas para entender como necesarios los cambios a realizar en la empresa, requiriendo así una suspensión temporal de los contratos de trabajo o una reducción temporal de la jornada laboral.

⁶⁹ Pérez Capitán, L.: *El expediente de regulación de empleo: Un análisis práctico jurídico*. Aranzadi Thomson Reuters, 1ª ed., Madrid, 2009, pp. 48-49.

⁷⁰ STS de 16 de diciembre de 1999 (REC. 156/1994); *vid.* F.J. 5º.

⁷¹ STS de 6 de abril de 2000 (REC. 1270/1999); *vid.* F.J. 3º.

En cuanto a las causas organizativas, éstas responden a la necesidad de realizar cambios estructurales internos de la configuración empresarial, desplazando y modificando tanto los medios personales como materiales para obtener combinaciones más eficientes y competitivas de cara al mercado. Así, se fundan en la incidencia negativa sobre el organigrama funcional de la empresa⁷². La anteriormente mencionada STS de 6 de abril de 2000 define las causas organizativas como aquellas que se hallan encuadradas en los sistemas y métodos de trabajo. Debe tratarse de un reajuste temporal y no permanente en la estructura organizativa, como en caso de la fusión de departamentos internos, desaparición de determinadas áreas estructurales de la empresa o afectación a sectores descentralizados de la misma a través de contrataciones en un momento puntual.

La causa productiva se alega ante cambios en la demanda de mercado de los productos, bienes y servicios, que la empresa ofrece; de ésta manera, se ve afectada la capacidad de producción de la empresa para corregir y ajustar el volumen de éstos. Incide en la empresa creando una alteración en el equilibrio productivo que no necesariamente debe producir efectos adversos sobre el estado patrimonial o las cuentas de resultados⁷³. Dicho efecto producido sobre la capacidad productiva habilita al empresario a tomar las decisiones pertinentes para evitar perder su posición en la cuota de mercado que sostiene, adecuando las necesidades a partir de la institución suspensiva o de reducción.

La causa productiva, al igual que con las anteriores, a menudo puede sufrir una sobreposición con relación a otras causas, debido a que el legislador prefiere mantener como conceptos indeterminados a las presentes. En éste sentido, al operar las causas TOP dentro del sector concreto de la actividad empresarial pueden llegar confundirse, reiterando el Tribunal Supremo la distinción entre las mismas; así, “...*la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva...y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto afecta a los métodos de trabajo...*”⁷⁴, pudiendo por ende escalonarse de manera progresiva las causas TOP y mantener cierta distancia con la causa económica.

⁷² Cavas Martínez, F.: “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas”, *Revista de Trabajo*, núm. 22., 2009 pp. 105.

⁷³ Benavides Vico, A.: *Guía práctica del despido colectivo y del ERTE*, Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2020, pp.113.

⁷⁴ STS de 31 de enero de 2008 (REC.1719/2007); *vid.* F.J. 2º.

Ejemplos de la causa productiva se pueden encontrar en la decisión de suspensión de los contratos de trabajo por parte del empresario ante la imposibilidad de continuar con el proceso productivo desarrollado de manera exclusiva para otra entidad, como se ve a partir de la STSJ de Navarra de 23 de marzo de 2006 (REC. 126/2005). De manera plena existe la misma causa cuando se produce una disminución en la producción del producto (STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de marzo de 2005) o ante la alteración organizativa y productiva de distribución de empleados (STJS Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 de marzo de 2006).

4.4 Ámbito de afectación de las causas empresariales

En último lugar, con anterioridad a pasar a analizar el procedimiento del Expediente de Regulación Temporal de Empleo, es preciso analizar el ámbito de aplicación al cual puede extender el empresario las medidas de las instituciones suspensivas y de reducción del art. 47 TRET sobre su empresa. Como se ha podido establecer en anteriores líneas, la empresa constituye el núcleo básico de desenvolvimiento del empresario investido de sus poderes de ordenación y distribución, dentro de los cuales entran las medidas de flexibilidad interna sujetas a análisis.

En la normativa jurídica nacional, los mecanismos del poder empresarial giran entorno al concepto de la empresa. Sin embargo, existe cierta discusión y problemática en sede judicial para determinar cuán extensible es el efecto de las causas empresariales para facultar a éste para emprender un expediente de regulación de empleo. El contexto globalizador y de mayor competencia de los mercados hace precisa la necesidad de crear mayores tejidos empresariales, con organización más compleja y enredada. En éste sentido, en sede suspensiva y extintiva se aprecia el problema del ámbito de afectación de las causas ETOP. Ante figuras como los grupos de empresas, fusiones, intercentros o incluso empresas con representación mercantil unitaria, la doctrina esclarece los límites indirectos en términos de causalidad y elementos adicionales colindantes a la misma.

En un primer momento, la problemática parece ser solventada a partir de las consideraciones de la STS de 14 de mayo de 1998 (REC. 3539/1997) que determina la

situación económica negativa aplicable al conjunto de la empresa en todas sus facetas y expresiones, tanto en su autonomía productiva unitaria como sobre resto de elementos de autonomía funcional que oscilen junto a ésta, no siendo lógico disgregar la unidad empresarial en secciones o centros diferenciables.

En posteriores pronunciamientos, una vez modificada la materia relativa a la extinción y suspensión de los contratos de trabajo, la ya mencionada STS de 13 de febrero de 2002 (REC. 1436/2001) defiende la posibilidad de afectación de las causas empresariales tanto en el conjunto empresarial entendido bajo una unidad íntegra, como en un solo centro de trabajo que la misma posea a lo largo del territorio nacional.

Ante la complejidad en la práctica empresarial, la labor del Tribunal Supremo ha ido formalizando reglas de interpretación sobre los grupos de empresas, cuestión poco pacífica en determinados aspectos. Se establece por medio de la STS de 30 de enero de 1990 (233/1997) que la dirección común sobre varias empresas es irrelevante desde el punto de vista del Derecho de Trabajo, siendo las personalidades jurídicas diferentes unas entre otras. De ésta manera, dentro de la problemática solución otorgada a la figura del grupo de empresas, la doctrina se inclina mayoritariamente por valorar al grupo como una única empresa, en su forma global siempre y cuando pueda establecerse la responsabilidad solidaria de las integrantes del mismo.

Las Salas tercera y cuarta del TS varían sus interpretaciones en términos de afectación de las causas, siendo la primera menos rígida en los presentes términos. Según la misma, la labor de los tribunales a la hora de analizar la extensión de efectos de las causas ETOP en el seno de un expediente de regulación de empleo se basa en valorar la concurrencia de las razones en sí a cada empresa en concreto, ponderándose la existencia de las presentes causas en cada unidad individualizada. Por tanto, para la jurisprudencia el ámbito de afectación no puede quedar establecido por la ley, siendo permisiva la virtualidad de las causas y su extensión al conjunto completo de un grupo de empresas o a una empresa del grupo⁷⁵. Por tanto, pertenecer a un grupo de empresas no causa necesariamente el efecto de desplazamiento de los efectos de las causas empresariales suspensivas sobre la organización completa, a pesar de que la dirección del grupo sea unitaria.

⁷⁵ Blasco Pellicer, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 59.

5 EL PROCEDIMIENTO DEL EXPEDIENTE

El procedimiento administrativo a realizar por parte del empresario que quiere implantar una medida de suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada laboral de manera temporal, cualquiera que sea -sin importar- la plantilla laboral y número de trabajadores afectados por éstas instituciones, debe seguir lo previsto en la normativa del art. 47 TRET, arts. 16 a 24 del RDCSR y art. 138 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

El legislador en las reformas de 2010 y 2012 renueva el procedimiento para ERTE hasta ahora conocido, eliminado gran parte de las remisiones paralelas históricas al art. 51 TRET así como la autorización administrativa previa por parte de la Autoridad Laboral -a excepción del caso de las causas fundadas en situación de concurso de empresa-; de igual manera, sitúa en el presente escenario a tres actores, principalmente, en la piel del empresario, los trabajadores a través de sus representantes (Representación Legal de los Trabajadores, en adelante RLT) y la autoridad pública actuante.

Consiste el presente en un procedimiento detallado en fases de desarrollo legal y reglamentario a partir del cual se analizan las decisiones emprendidas por el empresario con controles sobre los criterios de oportunidad, utilidad y proporcionalidad de la medida elegida. Gravitan sus fases, por ende, en torno a la negociación con la RLT para conseguir un acuerdo sobre la decisión adoptada por el investido con ese poder, garantizando así la autorización de la medida posterior por las autoridades.

Por tanto, cabe reseñar que el procedimiento del ERTE consiste en una “fase del control colectivo de la decisión, unilateralmente adoptada por el empresario...fundamental para conocer las causas alegadas, sus efectos sobre la plantilla, la necesidad de la medida y la

proporcionalidad en relación con la causa”⁷⁶. Se articula así una serie de fases de consulta-negociación entre los actores para conseguir un acuerdo colectivo.

5.1 Comunicación inicial

El procedimiento encuentra su origen con por medio de la comunicación del empresario a los RLT de la apertura de un período de consultas. La iniciativa o legitimación, mencionada ya en anteriores páginas, refuerza a la figura del empresario a partir de la imposición legal en el art. 47.1 TRET al establece que éste “...podrá suspender...”, intensificando la capacidad de éste para abrir el expediente suspensivo o de reducción. Históricamente, el empresario debía emitir previamente una solicitud a la Autoridad Laboral cuyo contenido constase de la duración de la suspensión o reducción solicitada y de los trabajadores seleccionados a los que la misma afecte, haciéndose remisión en todo ello al art. 51 ET. En el presente art. 47 TRET, dicho requisito es suprimido.

5.1.1 Constitución de la comisión negociadora

De manera previa a la comunicación inicial, sobre cuyo contenido se relata con posterioridad, el art. 47.1 TRET establece:

“La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días”

⁷⁶ Escudero Rodríguez, R.: “Expedientes de reducción de jornada”, *Negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*. Ed. MESS, Madrid, 2012, pp. 354.

Por ende, en cumplimiento de arts. 41.4 TRET así como el 26 y 27 RDCSR, se encuentran legitimados para intervenir como interlocutores los RLT, y a falta de éstos -dependiendo de la empresa-, se procede a designar una comisión *ad hoc*.

El empresario tiene la obligación de comunicar a los trabajadores su intención de promover un procedimiento de suspensión o reducción de jornada, otorgándoles así el plazo requerido para la constitución de la comisión representativa, de siete días. Cabe la posibilidad de que la comisión resultante sea sindicalizada o directamente elegida por los trabajadores de la empresa, siendo su máximo de trece miembros en representación de las partes.

En torno a la casuística posible sobre la formación de la comisión negociadora, el RDCSR establece una serie de disposiciones comunes para el procedimiento suspensivo y extintivo, conteniendo en el art. 27.1 de su texto la necesidad de constituir una única comisión negociadora, pese a la existencia de varios centros de trabajo, en cuyo caso la presente debe quedar circunscrita a los que se hallan afectados por el procedimiento emprendido. Así, se consigue que el período de consultas posterior sea exclusivo y único a los trabajadores designados y afectados, sin importar el centro de trabajo en el que se encuentren desempeñando su labor.

De no conseguirse la formación de dicha comisión, órgano eje en el desarrollo del procedimiento, la previsión del legislador en el art. 41.4 TRET solventa la posible existencia de casuísticas de éste tipo. Ante la falta de acuerdo de la intervención por parte de determinadas secciones sindicales en la comisión, se aprecian varios supuestos posibles⁷⁷. En primer lugar, ante la afectación a un único centro de trabajo, corresponde el papel negociador al comité de empresa o delegados de personal, y a falta de representación sindical, se pasa a atribuir la misma a una comisión de máximo tres miembros de elección democrática e interna o a una de índole sindical en virtud de su representatividad en el sector empresarial concreto.

En caso de que el procedimiento afecte a dos o más centros, los interlocutores a intervenir se atribuyen en primer lugar al comité intercentros en caso de que éste exista. A falta del mismo, se constituye la comisión por los RLT en caso de que sean los mismos para todos los centros

⁷⁷ Roqueta Buj, R.: *Los expedientes de Regulación Temporal de Empleo: incluye medidas excepcionales en relación a los ERTes por causas relacionadas con el COVI-19*. Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2021, pp. 35 y ss.

afectados; en caso contrario, a falta de representación en algún centro, éste se acogerá a la RLT de los demás que sí cuentan con ella. En el último caso, como se ha mencionado, si no existe representación alguna, se opta por crear una comisión *ad hoc* con designación proporcional en relación con el número de trabajadores afectados de cada centro.

Puede apreciarse, por último, como el esquema procedimental es idéntico para diferentes instrumentos del ET, como los arts. 40, 41, 47, 82.3 y 51 en términos de constitución de la comisión negociadora. Las comisiones *ad hoc* constituyen así una novedad legal en el proceso de consultas, dada la complejidad y casuística de las estructuras de representación en las empresas, recayendo en el presente caso la decisión de composición de la misma en manos de los trabajadores afectados de cada centro. La misma tiene, en la línea interpretativa de la STS de 21 de abril de 2015 (REC. 311/2014), un carácter subsidiario y precisa de la actuación colegiada y no individual de sus miembros.

La fundamentación de la necesidad de una notificación previa por parte del empresario a los RLT se encuentra en la existencia de derechos de consulta previos que los mismos ostentan, distando de los periodos de consulta que se encuentran en las disposiciones legales relativas a las decisiones del empresario en términos organizativos (sea en las modificaciones sustanciales del contrato, las suspensiones de éste o los despidos colectivos)⁷⁸, articulando así los instrumentos preventivos con los defensivos de ambas fases.

5.1.2 *Comunicación del inicio del período de consultas*

La comunicación del inicio del procedimiento de consultas coincide con la apertura del procedimiento, una vez otorgada la presente por escrito a los RLT, debiendo cumplimentarse la misma con las previsiones realizadas del contenido (art. 17 RDCSR) y documentación (art. 18 RDCSR) a aportar. En éste sentido, se requiere la “...*especificación de las causas que motivan la suspensión de contratos o la reducción de jornada*” (art. 17.2 del mencionado Reglamento) con su añadido previsto en el artículo siguiente, cuya aportación es de índole justificativa y debe

⁷⁸ Alonso Bravo, M.: “La participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones empresariales organizativas con riesgo para el empleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18, 2008, pp. 13 y 14.

necesariamente acompañar la comunicación de apertura del período de consultas. A mayores, se han de concretar los siguientes:⁷⁹

- *“La especificación de las causas que motivan la suspensión de contratos la reducción de jornada*
- *Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada. Cuando el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.*
- *Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.*
- *Concreción y detalle de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada.*
- *Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada.*
- *Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada.*
- *Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales”.*

En éste sentido, se deben recoger en la comunicación de inicio del procedimiento no sólo las causas que motivan al mismo, si no una serie de criterios y designaciones que se fundan en la misma. De ésta manera, los datos requeridos legal y reglamentariamente cumplen una función de justificación de concurrencia causal y otorgan a su vez, la posibilidad de que los RLT puedan conocer y discutir las condiciones expuestas por el empresario y proponer soluciones alternativas a las decididas. Se deben igualmente detallar las características y configuración de la medida elegida -sea suspensión o reducción-, dado que los ajustes temporales “no pueden quedar indeterminados ni depender de la exclusiva voluntad del

⁷⁹ Art. 17.2 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

empresario”⁸⁰. A continuación, se analizan las aportaciones y actuaciones más relevantes del empresario para con la presente fase del procedimiento

a) Documentación a aportar

La documentación, justificativa en términos de la expresión del art. 18 RDCSR, debe acompañar a la comunicación a los RLT y acreditar la concurrencia de la causa observada por el empresario, la cual trata de revertir o superar. Puede apreciarse como, en el caso de alegarse causa económica, las exigencias en cuanto a la misma se rigen por las estipuladas para el despido colectivo en el art. 4 RDCSR con las especialidades previstas en el art. 18.2 del mismo texto. En éste sentido, se exige la aportación de las cuentas anuales del último ejercicio económico completo (en vez de los dos últimos, como en el caso de la medida extintiva).

Deben complementarse con un balance de situación, relación de pérdidas y ganancias y estados patrimoniales netos, flujos de efectivos, memoria de gestión y también en formato abreviado. Se puede ver, a partir de la lectura del artículo 18 RDCSR que las exigencias se articulan a partir del escalonamiento en triple vertiente que se constata en el punto relativo a las causas económicas, siendo éste triple nivel el de las pérdidas actuales, las previstas y la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas. Se establecen diferentes documentos a aportar por el empresario en virtud de la opción elegida por el mismo en términos económicos.

En lo relativo a las apreciaciones y alegaciones en torno a causas técnicas, organizativas o de producción, la documentación que se le requiere al empresario incluye la novedad de una memoria explicativa de dichas causas, acreditando las mismas a partir de informes técnicos y al nivel de exigencia del art. 18.3 RDCSR en relación al art. 5.2 del mismo texto⁸¹.

⁸⁰ Roqueta Buj, R.: *Los expedientes de Regulación Temporal de Empleo: incluye medidas excepcionales en relación a los ERTes por causas relacionadas con el COVI-19*. Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2021, pp. 41.

⁸¹ Art. 5.2 RDCSR: “El empresario deberá aportar los informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción o la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.”

Como expone Roqueta Buj (2021), rige con carácter general el principio de plenitud informativa al servicio de las consultas⁸², debiendo así entenderse que es vinculante aportar toda la documentación obrante en poder del empresario que sea de interés para el procedimiento; todo ello, en cumplimiento de la obligatoriedad de su deber de información en procedimientos de ésta naturaleza.

Por último, en lo relativo a documentos afines a los de concurrencia causal, cabe mencionar que ciertos de éstos, como las medidas de acompañamiento social, si no se aportan los presentes no puede calificarse de nulo el ERTE por tal motivo, puesto que, como relata la SAN de 29 de julio de 2020 (REC. 124/2020) éstas no están previstas expresamente en materia de ERTE, si bien son opcionales y potestativas.

b) Comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral

Como se ha mencionado con anterioridad, a partir de las modificaciones operadas en materia de ERTE con las reformas de 2010 y 2012 la autorización administrativa previa cuya solicitud a la autoridad laboral era preceptiva para iniciar eficazmente el procedimiento de interés es eliminada, reservándose en tal sentido la Autoridad el papel de velar por el correcto desarrollo de la fase de período de consultas y posteriores efectos sobre la relación de las partes.

Ante los requisitos establecidos en el art. 47.1 TRET y 19 RDCSR, la comunicación en el presente caso debe ser aportada de manera simultánea a la comunicación realizada a los RLT, de igual contenido y sumado el informe que el empresario debe solicitar a los representantes remitidos en virtud del art. 64.5 a) y b) TRET. Cumpliendo con los requisitos de los arts. 17 y 18 RDCSR, debe igualmente aportarse información a la Autoridad Laboral sobre la composición de la comisión negociadora, constituida con anterioridad al inicio del procedimiento.

La finalidad de éste aporte por parte del empresario, de exigencias idénticas tanto a los representantes legales como a los órganos públicos competentes, cumple en el presente

⁸² Roqueta Buj, R.: *Los expedientes de Regulación Temporal de Empleo: incluye medidas excepcionales en relación a los ERTEs por causas relacionadas con el COVI-19*. Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2021, pp. 45.

momento la finalidad de garantizarse el traslado de comunicación hacia las entidades gestoras de las prestaciones por desempleo -en virtud del art. 294.1 LGSS, el Servicio Público de Empleo Estatal-, el cual como ya se ha mencionado, constituye uno de los efectos principales de la suspensión del contrato o reducción de la jornada laboral.

De igual manera, es precisa dicha comunicación para el traslado a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con vistas de elaborar un informe preceptivo y velar por el cumplimiento de los requisitos exigibles durante el período de consultas, conforme al art. 19.4 RDCSR, a falta de alguno de los cuales, advertirá la autoridad laboral a RLT y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin suponer dicha falta un efecto de suspensión sobre el procedimiento.

5.2 El período de consultas

El período de consultas en el procedimiento de adopción de una suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada laboral forma el eje central del mismo, en el cual se reúnen los RLT con el empresario para intentar finalizar el mismo con la adopción de un acuerdo sobre las medidas adoptadas unilateralmente por el empresario.

Dicho período, tal y como establece el art. 47.1 TRET, tiene su origen tras la constitución de la comisión representativa y el traslado de comunicación empresarial formal a los representantes legales y a la autoridad laboral. De igual manera, reglamentariamente su configuración se halla en el art. 20 RDCSR, en cuyo apartado primero define la finalidad del período de consultas en la búsqueda de *“...llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores sobre las medidas de suspensión o de reducción de jornada.”*

El desarrollo de la presente fase debe realizarse en una única comisión negociadora, como ya se expuso, a pesar de la diferente casuística empresarial. Ante la eliminación de la autorización administrativa previa, el objeto del período de consultas adquiere una fundamental importancia, quizás intensificada a partir de la reforma de 2012. Lo expuesto se explica con la búsqueda por parte de los RLT en llegar a un acuerdo con el empresario, siendo éste escenario preferente a otro en el que el empresario tenga “vía libre” para emprender

unilateralmente la medida que estime. Con anterioridad a la reforma, la situación es invertida, dado que quien más interés mostraba en llegar a dichos acuerdos es el empresario, evitando así la libre decisión por parte de la autoridad laboral.

El objeto del presente sigue manteniendo dicha finalidad expuesta, a la par que sirve de información a los representantes legales de los trabajadores sobre la alegación de las causas empresariales en sede suspensiva, otorgándose así la posibilidad para éstos de debatir y conseguir un criterio sobre el número de trabajadores afectados y la designación de los mismos diferente a la pretendida por el empresario.

Se alude en la descripción del art. 47 TRET la posibilidad de que los actores de la presente fase puedan acudir a un proceso de arbitraje, pese a que se eluden determinadas circunstancias que en opinión de Garrido Pérez (2012) hacen que la ordenación presente del período de consultas no favorezca a la RLT pues la regulación presente “...despreocupa a la empresa de tal exigencia, y con ello da lugar a la consiguiente irrelevancia de un mecanismo de control, acreditación de la causa y preservación del interés de los trabajadores...”⁸³.

5.2.1 Duración del período de consultas

A la apertura del período de consultas deben fijarse diferentes aspectos, entre los que se encuentra el calendario de reuniones de acuerdo con los parámetros del art. 20 RDCSR, siendo la primera reunión “...en un plazo no inferior a un día desde la fecha de la entrega de la comunicación a que se refiere el artículo 19.1 (comunicación de inicio del procedimiento a la autoridad laboral).”.

Por medio del presente artículo, en su apartado tercero se estipula una duración no superior a quince días, debiendo -salvo pacto en contrario- celebrarse al menos dos reuniones entre las partes con un intervalo no superior a siete ni inferior a tres días.

Sin embargo, la duración siempre puede verse acortada en caso de alcanzarse un acuerdo entre las partes sobre las medidas pretendidas, o ampliada en caso de que se solicite por la RLT o se establezca de común acuerdo.

⁸³ Garrido Pérez, E.: “La suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas empresariales”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 115, 2012, pp. 263.

5.2.2 *El deber de negociar de buena fe*

El período de consultas en el seno de un procedimiento de ERTE debe estar informado y fundado en los principios de la buena fe, al igual que ocurre en los demás instrumentos de flexibilidad a lo largo del texto estatutario (arts. 40.2, 41.4, 51.2 y 89.1 TRET). Dicho deber cuenta con un contenido positivo y otro negativo, exigible entre las partes. Por un lado, la RLT puede alegar y aportar modificaciones sobre la documentación obrante en el procedimiento, promoviendo así ciertas alternativas acordes a sus intereses, debiendo el empresario mostrar cierto esfuerzo en la persecución de llegar a un acuerdo y facilitación en la disminución de los efectos adversos producidos en los trabajadores afectados.

Por otro lado, negociar de buena fe supone la evasión de obstrucciones en el desarrollo de las consultas, simulando un negocio de aparente intención de llegar a un acuerdo. Así, el período de consultas se configura como una fase del procedimiento donde no se trata de realizar un mero trámite preceptivo si no una verdadera negociación colectiva que busque el acuerdo entre las partes.

Para ello, la jurisprudencia considera que el concepto de buena fe presente debe equipararse al de la buena fe negocial de los contratos de trabajo en virtud del art. 1258 del Código Civil o la previsión del art. 89 TRET, relativo a la negociación colectiva específica que expone el requisito de que “*Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe*” en el período de tramitación; se establecen determinadas líneas interpretativas en tal sentido. El Tribunal Supremo en su STS de 16 de julio de 2015 (REC. 306/2014) incluye dentro del deber empresarial el hecho de ofrecer la información necesaria a la RLT sobre la causa y la medida que ésta precisa, siendo preciso un intercambio efectivo. Se aprecia por tanto, la posibilidad de apreciar falta de buena fe en caso de falta de entrega de información y documentación por parte del empresario, su remisión tardía y posterior a la comunicación inicial o la ultranza en mantenerse firme en su posición y decisión, siendo inflexible.

La buena fe durante el desarrollo del período de consultas se presume siempre, siendo la carga de la prueba de lo contrario a quien lo alega y en cuya posible estimación se puede conseguir apreciar defectos en el desarrollo de la presente fase. Las manifestaciones generales de la buena fe para el ámbito de interés se encuentran en la exigencia y muestra de voluntad

negociadora -que no obliga a los interlocutores a la férrea búsqueda y consecución de un acuerdo, como confirma la STS de 27 de mayo de 2015 (REC. 160/2014)- que no se encuentre carente de la predisposición de diálogo entre las partes. Se debe intentar conseguir una aproximación de posturas por medio de las ofertas propuestas.

De igual modo, los acuerdos a los que se consiga llegar en el período de consultas requieren de la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora, como expone el art. 28 RDCSR, representando en ésta a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

5.2.3 Finalización del período de consultas

La finalización del período de consultas puede derivar en dos vías: su conclusión con acuerdo o sin él. Rara vez se produce la previsión del apartado séptimo del art. 20 RDCSR, en el cual el transcurso del plazo establecido con anterioridad el empresario no realiza la comunicación pertinente y el procedimiento decae como caduco, impidiendo notificar las medidas adoptadas a los trabajadores afectados y seleccionados.

En caso de existir acuerdo, entra en juego la presunción realizada en el art. 47.1 TRET al establecer que se presume la existencia o concurrencia de las causas justificativas alegadas por el empresario, siendo impugnabile dicho acuerdo ante la jurisdicción social. A falta de acuerdo, el empresario decide unilateralmente si la medida -suspensión o reducción- se lleva a término o no, comunicando en plazo de quince días su decisión a la autoridad laboral competente y surtiendo efecto la misma desde la fecha de comunicación, en términos del art. 20.6 RDCSR.

Si se ha llegado a un acuerdo en el período de consultas con la otra parte, el empresario remite una copia íntegra del mismo al órgano público interviniente o competente; complementando el calendario con los días concretos de suspensión del contrato de trabajo o en caso de optarse por la reducción, individualizando la misma según cada trabajador afectado y determinando igualmente el porcentaje -mínimo 10 y máximo 70%- sobre la base diaria, semanal, mensual o anual -en la línea del art. 47.2 TRET- y su vigencia. Dichas especificaciones se encuentran en el art. 20.6 del mencionado Reglamento

El empresario notifica con posterioridad a los trabajadores afectados y a la autoridad laboral acerca de su decisión, acompañando la comunicación con el acuerdo suscrito con la RL/T, en caso de que exista. A partir de ahí, la autoridad laboral se limita a controlar la corrección del acuerdo y proceder a su impugnación en caso de apreciar existencia de causas de nulidad. Igualmente da traslado de la comunicación empresarial al órgano competente en materia de prestación por desempleo. Comunica a su vez a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la finalización de la presente fase del procedimiento, remitiendo la documentación exigida en virtud del art. 22.1 RDCSR para que la remitente emita un informe sobre el desarrollo del período de consultas y la decisión empresarial.

La emisión de dicho informe es preceptiva en términos del art. 47.1 TRET y 22.2 RDCSR, siendo el plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad de la finalización del período de consultas. La labor de éste órgano público interviniente se ve afectada por la reforma de 2012, pues su función históricamente encontraba su importancia en supervisar el cumplimiento de las formalidades exigidas en el desarrollo del proceso, a diferencia de su labor actual basada en el análisis de la documentación aportada por el empresario y la relación de causas con pretensiones del mismo.

El informe emitido verifica, según lo expuesto, que tanto las causas no se fundan en vicios que pueden hacer peligrar la validez jurídica del acuerdo (dolo, coacción, abuso de derecho o fraude de ley) como la no discriminación en los criterios de selección de los trabajadores afectados por la medida. En cuanto a los mismos, existe cierta libertad de decisión por parte del empresario al encontrarse ante medidas de suspensión o reducción, siendo una manifestación ésta de su poder ordinario de dirección y organización. El texto estatutario establece ciertos límites a dicha discrecionalidad, al aplicar la prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores en la empresa en virtud del art.68 b) TRET. Otro límite explícito es el del acuerdo alcanzado en fase de período de consultas entre las partes, estableciendo un convenio sobre criterios de selección determinados. Tampoco es viable que la decisión empresarial desprenda un trato discriminatorio según la casuística de su plantilla laboral.

5.3 La impugnación de la decisión empresarial

La impugnación de la medida de suspensión de contrato de trabajo o reducción de jornada laboral por causas ETOP encuentra su cuerpo normativo en los artículos 138, 153 y 162 LJRS, común para los instrumentos de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, trabajo a distancia y las presentes medidas de interés.

Como puede apreciarse a partir del art. 138.5 LJRS, la tramitación del procedimiento iniciado por los trabajadores afectados por la decisión empresarial cuenta con las características de urgente y preferente tramitación. El legitimado -trabajador afectado- en caso de conseguir la declaración de la decisión empresarial como injustificada, obtiene el reconocimiento del derecho de ser repuesto a su puesto de trabajo con las condiciones previas a la toma de la decisión impugnada, siempre que éste opte por la presente modalidad procesal. De igual manera, proceden las indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados en la figura del trabajador.

En vista de lo anterior, el trabajador cuenta con dos vías posibles de impugnar la decisión que le afecta, según las posibilidades que otorga la Ley. En éste sentido, es posible la impugnación por medio de la búsqueda de una declaración de justificación o injustificación o la impugnación por la modalidad del conflicto colectivo.

Para impugnar la decisión o atacar su validez jurídica, el primer elemento posible es la existencia de dolo, consistente en un vicio volitivo en la formalización del contrato que por medio de maquinaciones emprendidas conscientemente consigue formar la voluntad de la parte débil de la relación, como es el presente caso. En segundo lugar, la coacción, en términos del art. 1267 del Código Civil, requiere un acto injusto que influya -bajo la inminencia del daño que pueda producir- en la voluntad del trabajador en contra de su interés personal. En tercer lugar, el abuso de derecho entendido jurisprudencialmente como uso de un derecho aparentemente legal para proporcionar daño a otro, perjudicándole en dicho ejercicio. Por último, la conducta de fraude de ley, consistente en llevar a cabo actos amparados en la norma que buscan un resultado prohibido. Sin embargo, también cabe la impugnación de la medida empresarial por motivos fundados en las causas de discriminación tal y como se prevén constitucional y legalmente.

La demanda, con alegación de causas por parte del trabajador, se presenta en el plazo de 20 días hábiles posteriores a la notificación del empresario. El órgano jurisdiccional puede hacer uso del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al remitir a éste copia de la demanda y documentos que la acompaña, en virtud del art. 138.3 LRJS.

La segunda modalidad, relativa al proceso de conflicto colectivo, puede emplearse también para impugnar las suspensiones o reducciones temporales, cuando éstas se funden en decisiones que afecten de manera colectiva o individual a un grupo de trabajadores y se solicite por parte de la RLT. Por tanto, se precisa la existencia de un interés general dentro del centro o centros de trabajo afectados para la impugnación por la presente vía apreciada en el art. 153 LRJS. Por tanto, a partir de la misma cabe destacarse una triple posibilidad en torno a la impugnación judicial: a instancia de la RLT, a instancia individual o en vía de oficio, solicitándose por la Autoridad Laboral interviniente en el procedimiento de ERTE al apreciar alguno de los elementos anteriormente mencionados, que invalidan la eficacia jurídica de la decisión empresarial o el acuerdo alcanzado por medio de las consultas.

6 ERTE SUSPENSIVO ORDINARIO EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo constituyen una figura jurídica depurada a lo largo de la historia legislativa de España, incentivándose su uso en las últimas décadas por medio de los procesos flexibilizadores e impulsión de los mismos como alternativa a los despidos colectivos y destrucción de empleo, siendo su mayor logro el sostenimiento del empleo de calidad y el combate contra la temporalidad en la contratación laboral. Suponen por tanto, un escudo social frente a crisis económicas y etapas de recesión mundial.

La fortaleza y la ordenación jurídica de éste mecanismo se ve en peligro a causa de la sufrida por todos crisis sanitaria derivada de la COVID-19, arrojando la necesidad de introducir modificaciones e innovaciones que si bien se encuentran a la altura de las exigencias del momento, pueden ser valoradas para una posterior incorporación legislativa duradera y no

quedarse en meramente “excepcionales”. Es ilógico exigir a una herramienta que no fue diseñada para la pandemia, afrontar una situación coyuntural de tal magnitud; pues el ERTE es más efectivo en cuanto menor sea el impacto y la duración de las circunstancias negativas que lo habilita. La resistencia que se exige a los instrumentos propios del mismo no son acordes a la realidad que vivimos, debiendo realizarse aportaciones en su cuerpo estructural, más teniendo en cuenta la perduración en el tiempo de los efectos de la pandemia en sectores laborales que sostienen a gran parte del empleo en nuestro país (hostelería, turismo, etc.).

Como se ha podido establecer en anteriores páginas, el ERTE constituye un mecanismo de lesividad interna, que en el corto plazo ha demostrado su funcionalidad y eficacia. Sin embargo, en un contexto negativo, requiere de medidas sociolaborales e impulso del motor del Estado para contener el efecto desbordante que viene de la mano de la alarma sanitaria.

Desde la aprobación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, la importancia que se otorga a la figura del ERTE lo convierte en eje central de la misión de salvaguardar el empleo, compaginando lo presente con el interés superior de la salud pública. Se pretende así, frenar la situación coyuntural -por medio de los incentivos para las empresas al acogerse a las nuevas modalidades formalizadas a partir del ERTE- antes de que el escenario sea irreversible y el problema adquiera tintes estructurales.

En torno a la figura presente se formulan dos tipos de diferenciado tratamiento, que responden a las causas por fuerza mayor (con sus tres modalidades establecidas a lo largo del último año y medio) y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. En los primeros meses, es exitosa la difusión y empleo de ERTEs por causa de fuerza mayor, quedando las causas empresariales -tal y como se conocen con anterioridad a la situación presente- relegadas a un segundo plano, impulsándose instrumentos empresariales que cumplen con la exigencia de salvaguardar la salud pública (tales como el trabajo a distancia o teletrabajo) como muestra el art. 5 del RD-ley 8/2020. Los ERTEs por fuerza mayor se impulsan también, en cierto sentido, debido a la estrategia político-legislativa enfocada a medidas menos rigurosas en el planteamiento de éstos, así como de la exoneración de las cuotas empresariales y flexibilización máxima de los requisitos para acceder a las prestaciones por desempleo en la presente coyuntura.

En ésta línea de frenesí legislativo para implantar medidas sociales en defensa del empleo, con el paso del tiempo y de manera gradual se puede apreciar el distanciamiento de la preferencia de ERTEs por fuerza mayor -desde los sucesivos cambios posteriores al *histórico* RD-ley 8/2020, de 17 de marzo- hacia una recuperación de la institución suspensiva y de reducción implantada con anterioridad en la normativa laboral, por causas ETOP -cuya expresión última se encuentra, por el momento, en el Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, que extiende la prórroga de éstas medidas hasta el 30 de septiembre de 2021-. Todo ello, una vez cumplida, debe entenderse, la función de los “nuevos ERTEs” nacidos a partir de las circunstancias excepcionales que se viven.

Por todo ello, merecen mencionarse ciertos cambios y novedades legislativas, que si bien son fundadas en un contexto negativo en todos los aspectos -no sólo laborales-, deben ser tenidos en cuenta para futuras reformas de los ERTEs ETOP, una vez el mundo encamine de nuevo su verdadera normalidad cotidiana.

6.1 Especialidades en materia de tramitación, actividad y desempleo

Una de las primeras medidas a tener en cuenta sobre las novedades -temporales, quizás- en términos de ERTEs por causas ETOP es el tratamiento que se establece sobre los mismos en términos de celeridad procesal en la tramitación de su procedimiento. Las bases del mismo se sientan a partir del art. 23.1 RD-ley 8/2020, estableciendo que a falta de representación legal de los trabajadores, la comisión representativa puede ser formada por los sindicatos más representativos del sector de la empresa, de ámbito nacional o en su caso, autonómico y sectorial. Se apuesta así por una nueva percepción de las comisiones *ad hoc*, tratadas en el punto dedicado al procedimiento del ERTE, para aquellos casos en los que se aprecie la falta de RL.T.

En segundo lugar, puede apreciarse una significativa reducción de los plazos procedimentales, siendo la constitución de la presente comisión de 5 días, improrrogables. Sobre el periodo de consultas se efectúa otro recorte: 7 días, a diferencia de los 15 que establece con carácter general el texto reglamentario que regula el procedimiento en cuestión.

Otro fenómeno que muestra la celeridad y urgencia en las reformas a causa de la COVID-19 se encuentra en el art. 23 del RD-ley 8/2020, que apuesta por la tramitación del periodo de consultas y ventilación de dicha fase en una única reunión.

Se produce una nueva faceta de ésta fase procedimental de las suspensiones de contrato y reducciones de jornada, debiendo entender como prescindida también toda estipulación que requieren los arts. 47.1 TRET y apartados 2 a 5 del art. 20 RDCSR. A mayores, el anteriormente preceptivo informe de órganos como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pasa a ser potestativo, a solicitud de la autoridad laboral -dado el volumen enorme de adopción de la presente medida de ajuste laboral- y con plazo igualmente reducido de 7 días.

En términos de flexibilización causal, parece positiva la apreciación del legislador al establecer en el art. 25 RD-ley 8/2020 la automaticidad y continuidad de las prestaciones por desempleo para los trabajadores ante posibles erróneas apreciaciones del empresario de emprender una modalidad de ERTE diferente a la causa propia de cada empresa. Por tanto, no se sanciona la confusión de modalidad, siempre que ésta obedezca a “...*una causa real, no ficticia o manifiestamente insuficiente...*”⁸⁴.

Para establecer un mayor control sobre las prestaciones devengadas en los trabajadores, habilitadas por la decisión empresarial, es adecuada también la medida que endurece el régimen sancionador, incorporándose por medio del RD-ley 15/2020, de 21 de abril una modificación en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), considerándose la actuación o declaración por medio de datos falsos o inexactos que da lugar a la errónea obtención o disfrute indebido de prestaciones para el trabajador como sanción muy grave, dentro del art. 23.1 c) de dicha ley. De ésta manera, se establece un mayor control indirecto sobre la actuación empresarial con intención fraudulenta, aprovechando la casuística del momento de volcado apoyo por parte del Estado a las Entidades Gestoras de dichas prestaciones.

La siguiente medida favorable en términos de conservación de empleo y su impulso en términos de calidad es la fundada en la interrupción de contratos de duración determinada

⁸⁴ Cavas Martínez, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, *Revista de estudios jurídicos laborales y de Seguridad Social*, núm. 1. 2020, pp. 134.

que se encuentran afectados por ERTes en tiempos de pandemia. La novedosa regla es incorporada a partir del RD-ley 9/2020 en su artículo quinto, con fines de garantizar la óptima y mayor duración de dichos contratos, que de lo contrario quedarían posiblemente ineficientes ante la incertidumbre y emergencia generada. Por tanto, se produce con ésta nueva norma un efecto añadido al ámbito de la suspensión de contrato y reducción de jornada laboral, interrumpiéndose no sólo las obligaciones del contrato entre las partes -que quedan inexigibles durante la duración de la medida y en los términos que ésta establezca- sino que también queda interrumpido el propio contrato con un novedoso efecto retroactivo al momento en que la medida venza.

Otra innovación, fundada de nuevo en el necesario contexto negativo y su necesidad de superación, es la especialidad que se contempla en torno a la protección por desempleo de los trabajadores afectados por un ERTE ETOP. En ese sentido, el art. 25 del RD-ley 8/2020 elimina las exigencias de períodos mínimos de cotización y cuya duración de prestaciones se alarga mientras subsista la medida empleada. Por tanto, los trabajadores pueden acogerse a las prestaciones contributivas por desempleo, como señala el artículo, pese a carecer del periodo de ocupación cotizada mínima exigida en la normativa de Seguridad Social

6.2 El problema del silencio administrativo en ERTes COVID

La figura del ERTE, pese a sufrir en la época en la que vivimos ciertas modificaciones basadas en la urgencia, sigue encontrando su regulación intocable en el texto estatutario y reglamentario conocidos con anterioridad a la pandemia. En éste sentido, es de aplicación el art. 47 TRET y el Reglamento 1483/2012 (RDCSR).

El contexto que se vive desde la proclamación del estado de alarma enseña los detalles por sí solo: una cantidad enorme de empresas acogándose a las figuras del ERTE que el legislador diseña con especialidades en los plazos, procedimientos y prestaciones; mientras tanto, se mantiene la preceptiva contestación por parte de la Autoridad Laboral ante la solicitud -ahora de plazo reducido de 5 días- por parte del empresario para implementar una medida fundada en los instrumentos del art. 47 TRET.

En un juego de técnica jurídica, la solución adoptada por el legislador ante la acumulación de expedientes y sobrecarga de la Administración es la adopción de constatación de existencia

de las causas por medio del silencio positivo. En éstos términos, el legislador se pronuncia de manera clara en la Exposición de Motivos del RD-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. Expone que “...en los expedientes de regulación temporal de empleo solicitados por fuerza mayor, en los que el silencio, que es positivo conforme a lo previsto en el art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas...”. Por tanto, de acuerdo con lo previsto en dicho artículo, al estimarse éste silencio administrativo, la resolución expresa sólo puede confirmar al mismo.

Rodríguez Hernández (2021)⁸⁵ muestra la relación entre los criterios jurisprudenciales con el alcance del silencio positivo a partir de la doctrina fijada en el cobro indebido de cantidades a partir de FOGASA. En ese sentido, los actos -pese a ser presuntamente contrarios al ordenamiento jurídico- que se vean estimados por silencio administrativo posesivo, únicamente pueden ser confirmados por el órgano obligado a resolver y enjuiciar sobre la validez de los mismos. Así pues, para anular la eficacia de éstos, debe iniciarse el correspondiente procedimiento a partir del art. 146 LRJS⁸⁶.

Por tanto, la operatividad legislativa y la imposibilidad material de la Administración lleva a una situación en la que, dadas las circunstancias de volumen de solicitud ante la incipiente emergencia sanitaria y económica, puede adquirir eficacia un acto (la solicitud de medida suspensiva o de reducción) que no cumpla con los requisitos exigibles o sea directamente fraude. El legislador establece la primacía de la seguridad jurídica del acto sobre el cumplimiento efectivo de los requisitos exigibles, pese a su posible anulación posterior por los cauces legales determinados.

En conclusión, el marco jurídico en cuestión ha dado lugar a posteriores inspecciones y averiguaciones sobre los ERTes en época de pandemia, por actuación de oficio de la

⁸⁵ Rodríguez Hernández, J.: “El silencio administrativo en los ERTes Covid”, *Diario la Ley (Estudios doctrinales)*, núm. 9823, 2021, pp. 5-8.

⁸⁶ “1. Las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido”

Administración y Autoridad Laboral. Debido a ello, se pueden conocer datos como los extrapolados a partir de la noticia de 8 de agosto de 2021⁸⁷ -tiempo después de la previsión del silencio positivo por parte del legislador en el año anterior- en la que se “han detectado infracciones en uno de cada seis ERTE investigados”, habiendo sancionado 5459 expedientes de los 33553 analizados desde el inicio de la pandemia. Razón por la cual, ante el abuso de derecho y lucro obtenido a partir de las ayudas estatales y en términos de cotizaciones, se propone en el corto plazo una solución ciertamente inquietante, consistente en la emisión automatizada de sanciones sin requerir intervención directa por parte de la Administración.

6.3 Los efectos y su importancia en la jurisdicción social

La incidencia de la pandemia sanitaria ha ocasionado ciertos replanteamientos en torno a la jurisdicción social. A lo largo de la historia jurídico laboral, partiendo de la modalidad del juicio verbal civil, la sucesión de leyes reguladoras en la presente rama jurídica añade cierta especialidad en el mismo, pasando desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 hasta la creación de los Juzgados de lo Social a partir de los valores que inspira nuestra Constitución de 1978.

Desde 1900, apenas se ha producido cambio en la forma de llevar a cabo el proceso; la generalidad se ha basado siempre en la oralidad, sin posible contestación escrita a la demanda. (ciertamente criticada por la inseguridad jurídica en la postura del actor). Sí es cierta la existencia de especialidades en cuanto al mismo, como la limitación de motivos de oposición a la demanda o en las alegaciones en una reclamación previa. Sin embargo, la crisis sanitaria ha llevado al motor jurisdiccional a un impacto de tal magnitud, que ha requerido la suspensión de las actuaciones judiciales e interrupción de plazos procesales (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en su Disposición Adicional segunda).

⁸⁷ Olías, L. (2021); “La inspección de Trabajo multa a 5.500 empresas por fraude en los ERTE con 26 millones de euros”, *elDiario.es*. Recuperado de https://www.eldiario.es/economia/inspeccion-trabajo-multa-5-500-empresas-fraude-erte-26-millones-euros_1_8195767.html

En momentos anteriores a la pandemia se produce algún intento reformativo, más bien informado por los debates doctrinales subyacentes, acerca de la introducción de mayores ámbitos de escritura en el procedimiento social. Con la sucesión de diferentes normas (LRJS, entre otras) se ha perfilado con el tiempo un proceso semi verbal, el cual se ha visto insuficiente ante los efectos y consecuencias del COVID-19.

A partir del plan de choque que establece el Consejo General del Poder Judicial en su Comisión Permanente de 8 de abril de 2020, se articulan determinadas medidas entorno a los instrumentos de flexibilidad y ajuste de empleo más relevantes para el momento y el presente trabajo. en éste sentido, en materia de ERTes se realiza la proposición de facilitar la impugnación por parte de los representantes legales de los trabajadores por medio del proceso de conflicto colectivo, dando celeridad así a la maquinaria jurisdiccional y resolviendo lo oportuno en un único pleito, en vez de causarse acumulación de litisconsorcio pasivo con los intereses individuales de cada trabajador afectado.

A la vista de las consecuencias negativas que la crisis actual ha acometido sobre la jurisdicción social, que si bien no es la única, es de fundamental importancia en el corto y medio plazo para atender todas las situaciones futuras entre agentes laborales e interlocutores sociales. Por ello, en aras de otorgar cierta evolución dela jurisdicción social y desbloquear la acumulación de causas conocidas en la misma en la actualidad, sí parece necesaria la incorporación de determinadas reformas, que en palabras de Lamo Rubio (2020), han de versar sobre la introducción de la contestación y trámite de conclusiones de forma escrita, así como invirtiendo en las plataformas digitales y herramientas informáticas a disposición del cuerpo funcional ⁸⁸.

⁸⁸ Lamo Rubio, J.: “La jurisdicción social y las consecuencias de Covid-19”, *Diario la Ley*, núm.9620, Wolters Kluwers, 2020, pp. 10 y ss.

7 CONCLUSIONES

El presente trabajo ha tenido por objetivo analizar y discernir la finalidad y regulación en el uso de la medida que brinda el Expediente de Regulación Temporal de Empleo, buscando situar los antecedentes legislativos necesarios para conocer a fondo su actual fisionomía.

En primer lugar, analizadas las fases de nuestro texto estatutario, cabe apreciarse la evolución hacia una tendente flexibilización y potenciación de los instrumentos, en el marco de ajuste de empleo, de índole interna. Dicha posibilidad se debe, en primer lugar, al diseño que otorga el constituyente en 1978, esbozando un marco jurídico-laboral de relaciones que no siguen un modelo impuesto o rígidamente determinado; se da por tanto, dentro de los límites establecidos por la Constitución, cobertura a la actuación del legislador para adoptar las fórmulas que estime oportunas en cada momento histórico, alternando las posibles configuraciones y potenciando las medidas laborales que más concuerden con los objetivos políticos y sociales establecidos. Por tanto, ha de concluirse que el ERTE es fruto de una medida flexibilizadora potenciada legislativamente, que depura las aristas y segmentos subyacentes al mismo, dentro de un escenario normativo en el que las medidas internas han de ser acogidas con cierta preferencia a las de índole extintiva.

En segundo lugar, centrándome en el concepto de la flexibilidad interna, la naturaleza de la misma está recubierta por la prevención en el ámbito laboral. Prevención a la destrucción de empleo y precarización de los contratos laborales son expresiones que abanderan a la presente institución; se ha dibujado en el marco de nuestro Estatuto de Trabajadores y su desarrollo reglamentario una decantación creciente por la alternatividad al despido y la adaptación a las situaciones económicas adversas a partir de reestructuraciones empresariales racionales que no menoscaben los intereses propios y de los trabajadores. En conclusión, en un ambiente de cierta vulnerabilidad económica, la variabilidad en términos de gestión y organización otorgada por parte de la flexibilidad interna en el seno de la suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada laboral de índole temporal se valora con positividad. Por tanto, a partir de la conjugación de los mecanismos investidos de flexibilidad interna, puede concluirse

que el legislador realiza movimientos adecuados en la búsqueda del empleo pleno en compaginación con la libertad de empresa y viabilidad de la misma, referenciándose en el marco de la Constitución.

El siguiente objetivo en el presente trabajo se encuentra en la búsqueda de la legislación y principios relevantes que configuran de manera plena a la institución del ERTE. En éste sentido, se ha podido observar como las disposiciones estatutarias remiten a un desarrollo reglamentario unitario -con especialidades- para los mecanismos suspensivos y extintivos; los principios giran en torno a la conservación del empleo, el fomento de la empleabilidad y evitar la destrucción de contratos de trabajo con fines de no incidir más en contextos típicos en nuestro país, como puede ser el paro estructural.

A mayores, se ha podido observar la necesidad exigida por el empresario de cierto fomento innovador en su conjunto de facultades, brindándosele la misma a partir de la vinculación de las causas empresariales en torno a su unidad productiva y relajándose las exigencias de las mismas. Puede concluirse que el legislador desregulariza determinados requisitos subyacentes a las causas justificativas del ERTE, guiándose por el principio de conservación de la empresa y su búsqueda de la mayor competitividad en el mercado, a la par que la superación de la situación coyuntural negativa y viabilidad empresarial futura.

En cuarto lugar, el análisis de las causas empresariales que dan pie a la activación de un Expediente de Regulación Temporal de Empleo muestra una marcada aplicación judicial del Derecho a partir de la valoración en las elecciones realizadas en base a principios establecidos en vía jurisprudencial. No existe una discrecionalidad ilimitada en el poder de gestión del empresario, debiendo superarse exámenes de control de viabilidad, idoneidad y razonabilidad de las medidas tomadas al concurrir las presentes causas. En conclusión, pese a la indeterminación señalada en el ámbito causal de los ERTEs, con existencia de conceptos jurídicos indeterminados, puede constatarse la existencia de una interpretación y aplicación de la legalidad vigente a través la conjugación de apreciaciones por parte de los órganos jurisdiccionales en sintonía con los principios y valores que consagra la Constitución. Por todo ello, los parámetros normativos establecidos resultan idóneos para el desarrollo de instrumentos, como el de pertinente interés de éste trabajo.

En términos de procedimiento, la voluntad legislativa se acentúa en la necesaria búsqueda de acuerdo entre las partes potenciando, positivamente a mi parecer, la negociación colectiva entre empresario y representación legal de los trabajadores, siendo las fases del mismo de óptimo desarrollo para alcanzar alternativas favorables para ambos.

Atendiendo a las circunstancias que se viven en los días actuales, siendo aún palpables los efectos negativos originados a causa de la crisis sanitaria mundial, el empleo y diferentes adaptaciones realizadas a partir de la figura del ERTE han supuesto un efecto paliativo o amortiguador sobre las galopantes consecuencias negativas en términos económicos.

El frenesí legislativo ha supuesto una configuración de urgencia, siendo en mi opinión necesaria una futura propuesta de reforma sobre el presente mecanismo, por medio del diálogo proactivo entre interlocutores sociales con tendencia a legitimar la implementación un mecanismo consensuado por todas las partes, hecho que dista ciertamente de las circunstancias actuales.

8 BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO MELLADO, Carlos. *Las actuaciones para reducir la temporalidad en los contratos laborales*. Valencia; Temas Laborales, núm. 107, (2010).
- ALONSO BRAVO, Milagros. *Flexibilidad interna ,modificación contractual y trabajo decente*. Valladolid: Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 58, (2021).
- ALONSO BRAVO, Milagros. *La participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones empresariales organizativas con riesgo para el empleo*. Valladolid: Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 18, (2008)

- ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio. *El contrato a tiempo parcial: reflexiones sobre su régimen jurídico, flexibilidad y precariedad*. Valencia: Lex Social, vol. 9, núm. 2, (2019).
- BELTRÁN DE LA HEREDIA RUIZ, Ignasi. “Principio de voluntariedad” ex art. 12.4 e) ET: Un obstáculo (infranqueable) para la reducción de jornada ex arts. 41 y 47 ET. Barcelona: Actualidad Laboral, núm. 6, (2013)
- BENAVIDES VICO, Antonio. *Guía práctica del despido colectivo y del ERTE*. Barcelona; Tirant lo Blanch, 1ª ed., (2020).
- BLASCO PELLICER, Ángel. *Los expedientes de regulación de empleo*. Valencia; Tirant lo Blanch. (2009)
- CÁMARA BOTIA, Alberto. *El desempleo parcial: algunas cuestiones básicas*. Murcia: Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº Monográfico: Medidas de Seguridad Social de fomento del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia, (2016).
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino. *Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas*. Murcia: Revista de Trabajo, núm. 22, (2009)
- CAVAS MARTÍNEZ, Fausto. *Los expedientes de regulación temporal de empleo por covid-19. Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia*. Murcia: Revista de estudios jurídico-laborales y de Seguridad Social, núm. 1, (2020).
- COSTA REYES, Antonio. *Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el despido objetivo tras la Ley 35/2010*. Córdoba; Temas Laborales, núm. 109, (2011).
- DE LAMO RUBIO, Jaime. *La jurisdicción social y las consecuencias de Covid-19*. Diario La Ley, núm. 9620, (2021).
- DEL REY GUANTER, Salvador. *Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial*. Madrid; Temas Laborales, núm. 107, (2010).

- ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo. *Expedientes de reducción de jornada*. Málaga; La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo. Ed. MESS, (2012).
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. *Reflexiones sobre los despidos por causas empresariales*. Madrid: Temas Laborales, núm. 55, (2000).
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Expedientes de regulación de empleo: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Perspectiva jurídica*. Sevilla; Temas Laborales núm. 99, (2009).
- FERRADANS CARAMÉS, Carmen. *La reducción de la jornada de trabajo como mecanismo de reestructuración empresarial frente a las crisis de empleo*. Cádiz; Temas Laborales, núm. 107. (2010).
- FROHLICH, Martin. *La reducción de la jornada (kurzarbeit) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania*. Colonia; Temas Laborales, núm. 105, (2010).
- GARRIDO PÉREZ, Eva. *La suspensión del contrato y la reducción de la jornada por causas empresariales*. Cádiz; Temas Laborales, núm. 115, (2012).
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración & ILLUECA BALLESTER, Héctor. *El Huracán neoliberal: una reforma laboral contra el trabajo*. Madrid: Ediciones sequitur, (2012).
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando. *La suspensión el contrato y la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*. Santiago de Compostela; Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 42, (2016).
- MERCADER UGUINA, Jesús R & NIETO ROJAS, Patricia. *La reducción de jornada por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas*. Granada; La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa, (2011).

- MONEREO PÉREZ, José Luis. *El nuevo procedimiento de regulación de empleo (en contraste con el antes denominado “expediente en crisis”)*. Granada: Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 34, (2013).

- NAVARRO NIETO, Federico. *Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente*. Córdoba; Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 190, (2016).

- PÉREZ CAPITÁN, Luis. *El expediente de regulación de empleo: un análisis práctico jurídico*. Madrid; Thomson Reuters, 1ª ed., (2009).

- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Jesús. *El silencio administrativo en los ERTEs Covid*. Cuenca: Diario la Ley, núm. 9823, (2021).

- ROQUETA BUJ, Remedios. *Los expedientes de Regulación Temporal de Empleo: incluye las medidas excepcionales en relación a los ERTEs por causas relacionadas con el COVI-19”*. Valencia; Tirant lo Blanch, 2ª ed., (2021).

- RUESGA BENITO, Santos. *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva*. Madrid; Informes y estudios general de Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 101, (2012).

- RUESGA, Santos & VIÑAS, Ana. *Desempleo y ERTEs: un dilema para España ante la pandemia de COVID-19*. Madrid: Economíaunam, vol. 18. núm. 52, (2021).

- SOLÁ MONELLS, Xavier. *La suspensión del contrato y la reducción de la jornada de trabajo tras la reforma laboral de 2010 y el nuevo reglamento e procedimientos de regulación de empleo*. Barcelona: Las reformas laborales de 2010. Cap. 7, (2012).

- VICENTE PALACIO, Arántzazu. *El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (una breve presentación de la reforma en el ámbito del derecho individual)*. Castellón: Revista General de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 31, (2021).

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

- STC de 28 de enero de 1982 (REC. 63 y 91/1981)
- STC de 21 de julio de 2005 (REC. 4441/1998)
- STC de 16 de julio de 2014 (REC. 5603/2012)
- STC de 21 de enero de 2015 (REC. 5610/2012)

- STS de 30 de enero de 1990 (REC. 233/1997)
- STS de 14 de junio de 1996 (REC 4394/1996)
- STS de 14 de junio de 1996 (REC 3099/1995)
- STS de 14 de mayo de 1998 (REC 3539/1997)
- STS de 16 de diciembre de 1999 (REC. 156/1994)
- STS de 6 de abril de 2000 (REC. 1270/1999)
- STS de 8 de febrero de 2002 (REC. 6529/1996)
- STS de 13 de febrero de 2002 (REC. 1436/2001)
- STS de 11 de noviembre de 2002 (REC. 246/2002)
- STS de 14 de julio de 2003 (REC. 4352/1999)
- STS de 21 de julio de 2003 (REC. 4454/2002)
- STS de 31 de mayo de 2006 (REC. 49/2005)
- STS de 14 de abril de 2007 (REC. 85/2006)
- STS de 31 de enero de 2008 (REC. 1719/2007)
- STS de 2 de marzo de 2009 (REC. 1605/2008)
- STS de 10 de diciembre de 2013 (REC. 549/2013)
- STS de 21 de abril de 2015 (REC. 311/2015)
- STS de 12 de mayo de 2015 (REC. 153/2014)
- STS de 27 de mayo de 2015 (REC. 160/2014)
- STS de 16 de julio de 2015 (REC. 306/2014)
- STS de 20 de abril de 2015 (REC. 105/2015)
- STS de 21 de diciembre de 2017 (REC. 282/2016)

- SAN de 23 de septiembre de 2016 (REC. 146/2016)
- SAN de 29 de julio de 2020 (REC. 124/2020)
- SAN de 21 de septiembre de 2020 (REC. 125/2020)

- STSJ Cataluña de 17 de diciembre de 2001 (REC. 4481/2201)
- STSJ Navarra, de 23 de marzo de 2006 (REC. 126/2003)