

Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

REDUCCIÓN TEMPORAL DE JORNADA COMO ALTERNATIVA AL DESPIDO

Presentado por:

Daniel Solano Bares

Tutelado por:

Milagros Alonso Bravo

Valladolid, xx de xxxxx de 20xx

RESUMEN

El presente trabajo pretende abordar los diferentes mecanismos alternativos al despido contemplados en la legislación laboral española, centrándonos sobre todo en la reducción temporal de jornada, por ser dicha medida la preferida por el legislador para hacer frente a las diferentes situaciones que pueda atravesar una empresa.

El objetivo del trabajo es realizar un estudio acerca de cómo se ha llegado a la regulación actual de las medidas de reducción temporal de jornada como alternativa al despido. Para ello realizaremos una línea temporal que nos permita abordar la historia legislativa de este método alternativo al despido, de modo que, podamos entender mejor, cuales han sido los elementos que han ido fraguando la regulación actual de este mecanismo de flexibilidad interna, tan en boga hoy día, y a pesar de haber afectado a un gran número de personas trabajadoras, sus implicaciones no resultan del todo conocidas, de manera que lleguemos mejor a entender en qué consisten y de qué manera se aplican.

ABSTRACT.

This paper aims to deal with the different alternative mechanisms to dismissal contemplated in Spanish labour legislation, focusing above all on the temporary reduction of working hours, as this measure is the one preferred by the legislator to deal with the different situations that a company may face.

The aim of this paper is to carry out a study of how the current regulation of temporary reduction of working hours as an alternative to dismissal has come about, and to do so we will look at the legislative history of this alternative method to dismissal, so that we can better understand the elements that have been forging the current regulation of this internal flexibility mechanism that is so fashionable today, and despite having affected a large number of workers, its implications are not fully known, so that we can better understand what they consist of and how they are applied.

PALABRAS CLAVE

Reducción de jornada, temporal y alternativa al despido.

Keywords

reduction of working hours, temporary and alternative to dismissal

ÍNDICE

1. ABREVIATURAS.....	4
2. INTRODUCCIÓN.....	5
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	6
3.1. Primeros antecedentes.....	6
3.2. Primer Estatuto de los Trabajadores.....	8
3.3. Reformas anteriores.....	10
3.3.2. <i>Reforma de 2010</i>	10
3.3.3 <i>Reforma de 2012</i>	14
3.3.4 <i>Reforma del 2013</i>	17
4. REFORMA DEL 2021.....	18
5. EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN.....	24
6. EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR CAUSA DE FUERZA MAYOR.....	30
7. ASPECTOS COMUNES DE LOS ERTE POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN.....	33
8. MECANISMOS RED.....	36
8.2. Activación.....	42
8.3. Tramitación de las medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos del Mecanismo RED.....	46
8.4. Protección social.....	48
8.5. Cotización.....	49
8.6. Acciones formativas.....	50
8.7. Mantenimiento del puesto de trabajo.....	50
8.8. Fondo RED.....	51
9. LA CLÁUSULA DE SALVAGUARDA DEL EMPLEO.....	53
10. CONCLUSIONES.....	66
BIBLIOGRAFÍA.....	69

1. ABREVIATURAS.

- Art.: artículo.
- AAVV: autores varios.
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CE: Constitución Española.
- ERE: Expediente de regulación de empleo.
- ERTE: Expediente de regulación temporal de empleo.
- ERTE ETOP: Expediente de regulación temporal de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- ERTE FM: Expediente de regulación temporal de empleo por causa de fuerza mayor.
- ET: Estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.
- IPREM: Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.
- ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- LGSS: Ley General de la Seguridad Social.
- LO: Ley Orgánica.
- RDL: Real Decreto Legislativo.
- RLT: representación legal de los trabajadores
- SEPE: Servicio Público de Empleo Estatal
- SPEE: Servicio Público de Empleo Estatal.
- SS: sucesivos.
- TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social.

2. INTRODUCCIÓN.

La reducción temporal de jornada y la suspensión del contrato de trabajo son mecanismos de gran utilidad, que permiten adaptar la relación laboral a las diferentes situaciones que atreviesen las empresas, resultando especialmente útiles durante los periodos de crisis de cualquier tipo, para garantizar la permanencia de las personas trabajadoras en sus puestos de trabajo.

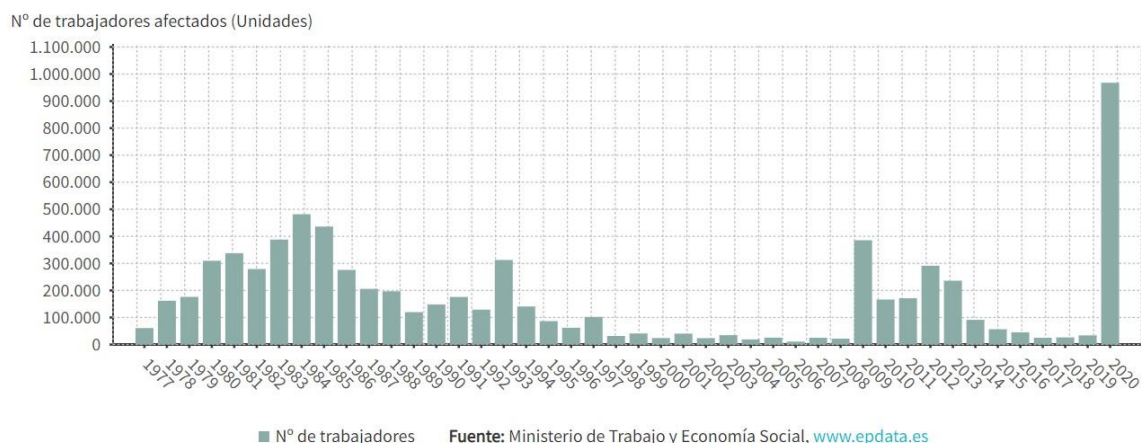
Estos mecanismos dotan a la relación laboral de un alto grado de flexibilidad, el cual permite a los empresarios realizar los ajustes de plantilla que resulten necesarios para ajustarse a las constantes fluctuaciones de los mercados económicos, de manera que, no sólo se consigan evitar pérdidas económicas, sino también el dotar de un alto nivel de protección a la persona trabajadora, de manera que su empleo no se vea amenazado ante los constantes cambios que se producen en la actualidad.

Para que su aplicación resulte beneficiosa para las dos partes de la relación laboral, los empresarios contarán con ciertos beneficios, pues al recurrir a este tipo de medidas, verán sus gastos reducidos a través de exenciones en sus cuotas a la Seguridad Social, que no sólo les permitirán rebajar costes y poder superar los periodos de crisis, sino también el conservar puestos de trabajo, al resultar más beneficioso el mantenimiento del nivel de empleo, y evitar el tener que recurrir a procesos de despido colectivo.

Gráfica 1.

Evolución del número de trabajadores afectados por un ERTE en España

Acumulado hasta septiembre, en periodos comparables



Fuente: EP Data. Agencia de Datos¹.

A pesar de que los mecanismos de ajuste temporal llevan años contemplados en nuestra legislación laboral, su uso práctico ha resultado escaso hasta épocas recientes, cuando a raíz de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, se han revelado como el mejor método de proteger tanto al empresario, como a la persona trabajadora frente a situaciones de fuerte crisis económica.

Por todo ello, en el presente trabajo se llevará a cabo un análisis de toda la regulación histórica de esta materia, desde sus primeros antecedentes, hasta su regulación actual, cuya modificación más reciente ha sido realizada mediante el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

A través de este análisis, se pretende analizar los cambios que han ido sufriendo este tipo de mecanismos a lo largo del tiempo, y que los han llevado convertirse en el instrumento tan efectivo contra la destrucción de empleo que son hoy día.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

3.1. Primeros antecedentes.

Los mecanismos de flexibilidad interna no son nada novedoso, pues su origen está situado durante la Segunda República, en el año 1935² para ser más exactos, año este, en el que se incorpora a la legislación laboral española, el despido colectivo derivado de crisis empresariales.

A pesar de todos los cambios, tanto históricos como políticos, que se han sucedido hasta la actualidad, estos mecanismos han conseguido, aunque con numerosas modificaciones, pervivir en nuestra legislación laboral, siendo especialmente llamativo, que a pesar del paso de tiempo y de la gran cantidad de cambios producidos, los elementos esenciales de esta primera regulación permanecen inalterados en el presente.

¹ Gráfica extraída de EP Data Agencia de Datos, Evolución del número de trabajadores afectado por un ERTE en España. <https://www.epdata.es/evolucion-numero-trabajadores-afectados-ere-suspension-contrato-reduccion-jornada-espana/e97d136e-57f3-427b-a5f9-abc10bb42e56>

² Art. 12 de la Ley de 25 de junio de 1935, de la previsión contra el paro (Gaceta de 26 de junio de 1935, pgs. 2442 ss), desarrollado por medio del Decreto de 29 de noviembre de 1935, para prevenir y remediar en lo posible el paro forzoso involuntario (Gaceta de 3 de diciembre de 1935, pg. 1392).

Este primer modelo, incluía la realización de un exhaustivo análisis de las condiciones de la empresa, y de la situación por la que esta estuviera atravesando, con el objetivo de determinar si a través de modificaciones en las condiciones de trabajo, de ajustes en los turnos de trabajo o de modificaciones en el horario de jornada, era posible el evitar recurrir a procedimientos de despido colectivo.

A consecuencia de ello, la actuación de los Jurados mixtos de la época resultaba de vital importancia, ya que desempeñaban el papel que en la actualidad realizan tanto los representantes de los trabajadores, como los sindicatos, además de ser los encargados de analizar las condiciones de la empresa, con el objetivo de ver en qué medida era viable reconducir la situación de la empresa a través de medidas de ajuste en las condiciones de trabajo, y de resultar inviable su empleo, se autorizaría la iniciación de procesos de despido colectivo.

En caso de que no se hubiera implementado ningún cambio, a pesar de haberse concluido que era posible reconducir la situación de la empresa a través de medidas de ajuste en las condiciones de trabajo, se le abría al empresario la posibilidad de impugnar el establecimiento de medidas ante el Ministerio de Trabajo, pasando así la Administración laboral a ser el órgano encargado de tomar una decisión definitiva³.

Posteriormente, con el establecimiento del régimen dictatorial franquista, se suprimió la intervención de los Jurados mixtos, de manera que se aumentó de manera exponencial el poder de decisión del Ministerio de Trabajo. No volviendo a recuperar su papel protagonista hasta la llegada de la transición democrática, momento este, en el que los acuerdos alcanzados entre empresarios y representantes de trabajadores, pasarán a ser el elemento determinante para proceder al establecimiento de medidas de ajuste temporal, relegándose así a la administración laboral a un segundo plano, pues su único papel pasó a ser el de ratificar el acuerdo ya alcanzado.

Estos procesos permanecerán inalterados hasta la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, (ET de aquí en adelante) de 1980, siendo en este momento cuando se vuelva a otorgar mayor importancia a la actuación de la autoridad laboral, en detrimento tanto de los empresarios como de los representantes de los trabajadores, pasando a ser la encargada

³ Cruz Villalón, J. “Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pp. 21-54.

de dictar las resoluciones administrativas que autoricen el establecimiento de medidas de ajuste temporal, siendo la autoridad judicial la encargada de dirimir cualquier posible irregularidad surgida durante el proceso, en cuyo caso, ya no se podría concluir el mismo mediante una resolución administrativa emitida por la Autoridad Laboral.

A pesar de las numerosas reformas y cambios legislativos operados en esta materia, sus elementos esenciales permanecen inalterados, y en contra de lo que se suele pensar, su origen data fechas anteriores a las que se suele atribuir la creación y el desarrollo de estas medidas.

3.2. Primer Estatuto de los Trabajadores

En el año 1978 la aprobación de la actual la Constitución Española (CE en adelante), marcó el inicio de un gran cambio tanto a nivel legislativo como normativo en nuestro país.

Siendo 1980 el año en que se aprobaría la primera de las versiones del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980 de 10 de Marzo⁴, donde en el artículo 47 del Título Primero, Capítulo III, Sección Tercera, aparecía contemplada la suspensión del contrato de trabajo por causas tecnológicas, económicas o derivadas de fuerza mayor, presentando dicho artículo una escueta redacción, que principalmente se remitía para su tramitación al artículo 51 del mismo texto legal, donde se regulaba la extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas, económicas y de fuerza mayor, si bien contaban con ciertas diferencias en su tramitación, resultando especialmente significativas en materia de plazos.

Esta primera versión del Estatuto de los Trabajadores no gozó de excesiva longevidad, ya que tan solo cuatro años después de su promulgación, recibiría una serie de reformas a través 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 Trabajadores⁵. Modificación esta, que tenía como objetivo tanto paliar los efectos de la crisis económica que atravesaba nuestro país en esos años, como para adaptar nuestra legislación a la integración en las comunidades europeas.

Esta reforma tuvo especial incidencia sobre las modalidades de contratación laboral, sobre las que no se hará mayor mención por no resultar relevante para el presente

⁴ BOE número 64, de 14 de marzo de 1980, páginas 5799 a 5815.

⁵ BOE núm. 184, de 4 de marzo de 1984, páginas 22731 a 22736

trabajo. Si bien es importante su mención, puesto que se fomentó la contratación temporal como forma de incentivar el acceso al mercado laboral de un mayor número de personas trabajadoras, aspecto este de la temporalidad, al que las sucesivas reformas laborales han intentado echar el freno.

La siguiente reforma, se llevaría a cabo en el año 1994, con la promulgación de la Ley 11/1994 de 19 de Mayo por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁶, con esta modificación legislativa se pretendía dotar de una mayor competitividad a las empresas españolas tanto a nivel europeo como mundial, de manera que la economía española ganara músculo ante el surgimiento en esos años de nuevas potencias económicas.

Además, esta reforma pretendía incorporar ciertos elementos provenientes de la política europea a nuestra legislación nacional, entre los que destacaban la libertad sindical, la negociación colectiva, y el aumento de la protección social, pues no solo se pretendía aumentar la competitividad de España de cara al exterior, sino que también se pretendía otorgar un mayor grado de protección a los derechos de las personas trabajadoras, a través de la concesión a las empresas de mecanismos de flexibilidad en el empleo, que les permitieran gozar de una mayor capacidad de adaptación a los cambios que se produjeran en su entorno.

Para alcanzar estos ambiciosos objetivos, se dotó de una nueva redacción al artículo 47 del ET, que amplió tanto el número de causas bajo las que se podía hacer uso de los mecanismos de flexibilidad interna, como la tiempo de duración de los mismos.

Ya de inicio, sin entrar en el fondo del artículo, el encabezado del mismo dejaba claro, que el número de supuestos de aplicación había aumentado, ya que esta redacción añadía que la suspensión del contrato de trabajo podía deberse a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o derivadas de fuerza mayor, en contraposición a la anterior, de menor extensión, que solo contemplaba la suspensión del contrato por causas tecnológicas, económicas o derivadas de fuerza mayor.

A pesar, del aumento de su extensión el art. 47, continuaba remitiéndose al 51, con la salvedad de que ahora el procedimiento a seguir si se incluía en el 47, a pesar de que el desarrollo del mismo continuaba rigiéndose por lo dispuesto 51, el 47, contaba con unos

⁶ BOE número 122, de 23 de mayo de 1994.

plazos de tramitación de menor duración, que reducían a la mitad el período de consultas, dotándolo así de mayor agilidad.

Apenas un año después, en 1995 se realizaría una nueva reforma, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁷. Si bien esta modificación no nos resulta de especial relevancia, puesto que la redacción del artículo 47 permaneció inalterada.

3.3. Reformas anteriores.

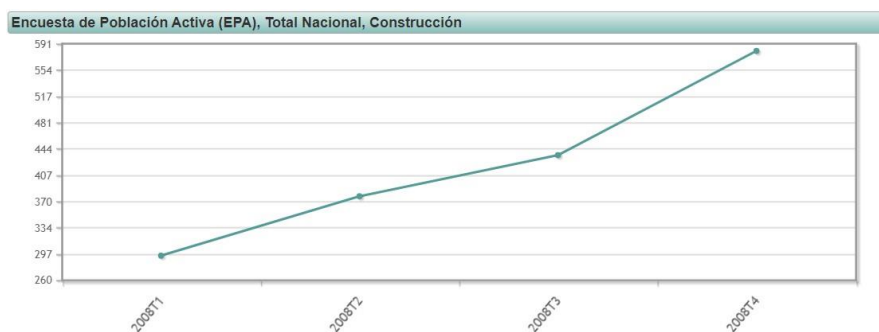
3.3.2. Reforma de 2010.

La fuerte crisis económica que golpeaba a nuestro país a finales de año 2008, tuvo un impacto especialmente negativo sobre el mercado de trabajo, provocando que los niveles de destrucción de empleo se elevaran significativamente, lo que supuso el inicio de un nuevo debate social acerca de la necesidad de realizar nuevas reformas en la legislación laboral.

Fue en este momento cuando los efectos provocados por el estallido de la burbuja inmobiliaria se manifestaron con tal dureza, que todos los intentos de reconducir la situación de forma suave, resultaron infructuosos, de manera que la crisis financiera que azotaba al conjunto de la economía mundial tuvo un impacto especialmente significativo en nuestro país.

Sin duda, el sector con el nivel más elevado de destrucción de empleo fue el de la construcción, donde entorno a unos 350.000 puestos de trabajo se perdieron, situación esta, que solo fue contenida por el aumento de actividad que experimentó el sector servicios.

Gráfica 2. Tasa de paro en el sector de la construcción.

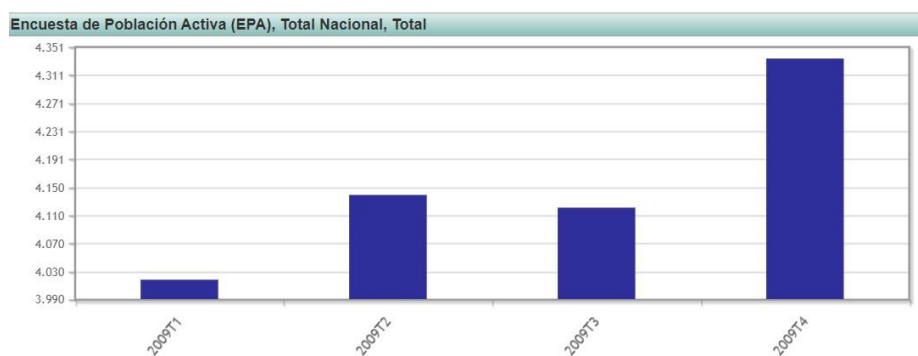


⁷ BOE número 75, de 29 de marzo de 1995.

Fuente: INE⁸.

A comienzos del año 2009, los niveles de destrucción de empleo se recrudecieron hasta tal punto, que en un solo trimestre 760.000 puestos de trabajo desaparecieron, superándose así ampliamente las tasas de paro registrado durante la crisis económica de los años 90⁹.

Gráfica 3. Tasa de paro trimestral durante el año 2009.



Fuente INE¹⁰

A pesar de la poca confianza que se profesaba hacia el diálogo social como forma de emprender cambios en la regulación laboral, en el inicio del año 2010, se restablecería la política de orientación salarial centralizada, a través de un Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de vigencia trianual.

Dicho acuerdo, preveía una disminución del poder adquisitivo de las personas trabajadoras, que sería recuperado antes de la finalización del mismo. Además de la necesidad de realizar cambios en materia de flexibilidad externa e interna de las empresas, contratación laboral, tiempo parcial, subcontratación, y absentismo.

Como fruto de este diálogo social, en junio de 2010 se promulgó el Real Decreto-ley 10/2010 de 16 de junio sobre medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo¹¹.

Sin duda el objetivo más ambicioso de la reforma fue el impulso del denominado «modelo alemán¹²» (el *kurzarbeit*¹³), de fomento de los procedimientos de reducción de

⁸ Gráfica extraída del INE, número de parados en el sector de la construcción durante el año 2008 en España. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3979#!tabs-grafico>

⁹ Gómez Valeriano. “La reforma laboral de 2010: crónica de un diálogo social frustrado”, La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010, ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 58 y ss.

¹⁰ Gráfica extraída del INE, número de parados por trimestres en España durante el año 2009. <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3979#!tabs-grafico>

¹¹ BOE número 147, de 17 de junio de 2010.

jornada de trabajo ante necesidades empresariales de disminución de empleo, como mecanismos alternativos a la realización de expedientes de despido colectivo. De manera que mediante la realización de ajustes en la duración de la jornada de trabajo, las empresas pudieran reducir costes, sin tener que prescindir de parte su plantilla, pudiendo así adaptarse mejor a los cambios en su entorno, sin perjudicar al trabajador, que pasaba a recibir el salario correspondiente a las horas trabajadas en horario reducido, más la cantidad que dejaban de percibir debido a la reducción de jornada, a través del cobro parcial de la prestación por desempleo, solución esta, que ya era contemplada en el art. 203.3 de la LGSS¹⁴.

Por todo ello, se dotó al artículo 47 ET de una nueva redacción, en la que se contemplaba una aminoración de plazos, con el objetivo dotar de mayor agilidad a estos mecanismos, y con el de aumentar su operabilidad, se incluyó la posibilidad de iniciar un expediente, independientemente del número de trabajadores que prestarán sus servicios en la empresa. Además, las causas para iniciar tanto un reducción de jornada como una suspensión del contrato, pasaron a ser comunes.

Si bien, no parecía ser la solución más acertada incluir estas nuevas medidas en un artículo dedicado a las causas de suspensión del contrato de trabajo, pues ambos mecanismos tienen objetivos opuestos, por lo que quizás hubiera sido más acertado su inclusión en el art. 37 del ET, junto con el resto de las reducciones de jornada.

Como este tipo de medidas suponen incurrir en situación de desempleo parcial, las modificaciones de estos mecanismos siempre van aparejadas de cambios en normativa de Seguridad Social, por lo que el art. 203.3 de la LGSS recibiría también una nueva redacción.

También se acotó el porcentaje en que era posible reducir la jornada de trabajo, pasándose a entender por reducción de jornada aquella que implique una disminución de

¹² 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.

¹³ En aplicación de este mecanismo, la empresa reduce la jornada de trabajo de sus trabajadores en un porcentaje determinado. Los empleados reciben una compensación por ese tiempo de reducción, a cargo de la Agencia Federal de Empleo. Esa compensación se denomina *Kurzarbeitergeld* (prestación compensatoria por reducción de jornada) y consiste en el 60% o 67% de la diferencia entre el salario neto que venían percibiendo con la jornada normal y el salario neto correspondiente a la nueva jornada reducida.

¹⁴ Gorelli Hernández, J., “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”. *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2011, pp. 404.

entre un 10% y un 70%, computada sobre base diaria, mensual o anual, no dando origen a la prestación parcial por desempleo¹⁵, las encuadradas fuera de estos porcentajes.

Además se estableció que durante los periodos de suspensión quedaba prohibida la posibilidad de realizar horas extras, si bien la norma contemplaba una excepción cuando dichas horas debieran realizarse por causa de fuerza mayor, pues no tendría mucho sentido que se hubiera admitido la posibilidad de realizarlas, de forma que la jornada se viera ampliada a la duración de la ordinaria, a pesar de la reducción.

Adicionalmente, y de manera opcional, se estableció la posibilidad de promover la realización de acciones formativas durante la duración del expediente, destinadas a aumentar la cualificación o versatilidad de la persona trabajadora dentro de la empresa.

Con todo ello, se pretendía posicionar a las medidas de flexibilidad interna como principal alternativa al despido, por lo que para lograr este ambicioso objetivo, también fue necesario aumentar el nivel de protección social durante la situación de desempleo, razón esta por la que se introdujeron algunas modificaciones en la LGSS.

Entre ellas destaca la reformulación del concepto de situación de desempleo, para adaptarlo a los periodos de suspensión, por lo que pasó a diferenciarse entre desempleo total, desempleo parcial, o el cese total de la actividad.

La situación de desempleo total se producirá en aquellas situaciones en las que cese la completa actividad de la empresa, durante una jornada completa, varias sucesivas o jornadas alternas. Mientras que la parcial, se producirá cuando la jornada de trabajo sea reducida entre un 10 % y un 70%, acompañada de una disminución proporcional de salario.

Como método de incentivar el uso de las medidas de flexibilidad interna, se establecieron bonificaciones en las cuotas empresariales de contingencia comunes del 50 %

¹⁵ Llano Sánchez, M., “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2010, pp. 26-31.

para las cuotas devengadas por los trabajadores inmersos en un expediente¹⁶, que bajo determinadas circunstancias podían ser ampliadas hasta un 80%.

Finalmente, se debe hacer una valoración de esta reforma, cuyo principal objetivo fue incentivar el empleo de medidas de flexibilidad interna por parte de las empresas, y posicionarlas como el método de adaptación más efectivo frente a los vaivenes del mercado económico.

Dando ello como resultado que los efectos de esta reforma fueran altamente positivos, si bien es cierto que las modificaciones realizadas no fueron suficientes, sí que supusieron una fuerte mejora del posicionamiento de las medidas de flexibilidad interna como primer mecanismo de adaptación al que recurrir en periodos de crisis, al resultar especialmente atractivos los beneficios en materia de seguridad asocial que van aparejados a este tipo de medidas, además del alto nivel de protección que brindaban a las personas trabajadoras, posicionándose así como la mejor alternativa al despido, y bastante cerca de la posición que ocupan actualmente.

3.3.3 Reforma de 2012.

La Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, tenía como principal objetivo el dotar de un mayor equilibrio a la relación laboral, por ello, se realizó una fuerte apuesta tanto por las medidas de flexibilidad interna como externa, para alcanzar la flexiseguridad.

Para lograrlo, el capítulo III de la Ley 3/2012 bajo la rúbrica de “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”, regulaba una serie de medidas cuyo principal objetivo era el reforzamiento de los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo, frente a los continuos periodos de crisis económica. Por lo que fueron introducidas varias novedades en materia de distribución irregular de jornada y de modificación de las condiciones de trabajo, entre otras.

Esta reforma, no llegó a cumplir del todo con su objetivo de afianzar el empleo de mecanismos de flexibilidad interna por parte de las empresas, esto se debió principalmente a una simplificación de las causas por las que los procedimientos de despido colectivo

¹⁶ Palomeque López, M.C.: “La Versión 2010 de la Reforma Laboral Permanente (Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo)”, La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 38 y ss

podían ser llevados a cabo, suavizándose mucho tanto sus requisitos, como las consecuencias para los empresarios en caso de realizar despidos improcedentes, ya que los costes de los mismos fueron rebajados, de tal forma que era más sencillo eliminar puestos de trabajos que conservarlos¹⁷.

Si realmente el objetivo de esta reforma era la flexiguridad, es decir, conjugar, al mismo tiempo mayor flexibilidad para las empresas y mayor seguridad para los trabajadores en el empleo, esta debería de haber ido acompañada de estrategias globales de aprendizaje permanente, políticas activas del mercado laboral eficaces y mejores sistemas de protección por desempleo.

En cuanto al sistema de protección por desempleo, el aumento exponencial del nivel del paro y la disminución de las cotizaciones a la Seguridad Social resultaron insostenibles, hasta tal punto, que las prestaciones por desempleo se vieron seriamente afectadas. Lo que no fue impedimento, para que estas modificaciones consiguieran aumentar el nivel de empleo, en gran medida debido a los "planes de choque" y, especialmente, al desarrollo de medidas de "flexibilidad interna" como principal alternativa al despido.

Prueba de ello, es que durante el trimestre previo a la entrada en vigor de la reforma de 2012, 256.000 puestos de trabajo fueron destruidos en el sector privado, mientras que, tras la reforma, la cifra disminuyó hasta los 100.000 puestos de trabajo¹⁸.

Gráfica 3 evolución del desempleo.



Fuente: Periódico el País¹⁹.

¹⁷ Roqueta Buj. R., *La flexibilidad interna tras la reforma laboral: la Ley 3-2012, de 6 de julio*. Ed. Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2012, pp. 11-13.

¹⁸ Sala Franco. T, "Puntos críticos para un debate sobre la reforma laboral de 2012", *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2013, pp. 31-44.

En cuanto a las modificaciones realizadas en los expedientes de regulación temporal de empleo, la exposición de motivos de la reforma anunciaba que, "en materia de suspensión del contrato y reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, la presente Ley pretende afianzar este mecanismo alternativo a los despidos, dándole agilidad mediante la supresión del requisito de autorización administrativa y estableciendo una prórroga del sistema de bonificaciones y reposición de prestaciones por desempleo previsto para estos supuestos".

De esta manera, vemos como el legislador optó por el impulso de la flexibilidad interna como principal método de adaptación de las empresas a las crisis, razón por la que el procedimiento se vio agilizado cambiando radicalmente la manera en que los ERTE se habían tramitado hasta entonces, al tiempo que se mantuvieron los incentivos económicos.

Todos estos cambios sirvieron para alcanzar el objetivo deseado, siendo la primera vez en la que el número de expedientes de regulación de empleo tramitados superó al de procedimientos de despido colectivo, como resalta el hecho, de que entre enero y agosto de 2012, las personas trabajadoras inmersas en estos mecanismos, ascendieron a 299.021. de las que sólo 50.841 perdieron su puesto de trabajo, frente a las 248.180 que fueron incluidas en ERTE, dejando claro que cada vez era mayor el número de empresarios que apostaban por el uso de las medidas de flexibilidad interna para adaptar su actividad a los periodos de inestabilidad económica²⁰.

A consecuencia de todas estas modificaciones, también fue necesario la promulgación de un nuevo Reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada, si bien este proceso se dilató más de lo debido, dada la gran cantidad de reglamentos que ya había y que debían ser derogados por este, más actual. Tras un largo periodo de negociaciones, el RD 1483/2012, de 29 de octubre, aprobaría el tan necesitado reglamento.

¹⁹ Gráfica extraída de periódico el País, evolución de la tasa de paro en España, en la que aprecia la diferencia de esta con carácter previo y posterior a la reforma de 2012. https://elpais.com/economia/2014/01/23/actualidad/1390463734_055893.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerrado

²⁰ Mella Méndez. L. "La suspensión del contrato y reducción temporal de jornada tras las reformas laborales de 2012", *Relaciones Laborales*, núm. 23/24, 2012, pp. 177.

3.3.4 Reforma del 2013.

Apenas un año después de la anterior reforma, se promulgaría el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto,²¹ para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Este decreto modificó el artículo 47 ET, de manera que se pasó a regular el procedimiento a seguir para el establecimiento de las medidas de flexibilidad interna de forma más exhaustiva y además también aumentó la importancia de la comisión negociadora.

También se introdujo una nueva regulación del periodo de consultas, que no sería superior a quince días. También se estableció que la comisión negociadora estaría conformada por un máximo de trece miembros de ambas partes. Además, la comisión representativa de los trabajadores debía de formarse con anterioridad a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas, para lo que disponían de un plazo de siete días a partir de que se produjera la comunicación por parte de la empresa. Tras ello, el empresario podía comunicar de manera formal, tanto a la autoridad laboral, como a los representantes de los trabajadores, que se daba inicio al periodo de consultas, que de terminar en acuerdo, se presumiría la existencia de las causas justificativas que daban origen a la medida, en cuyo caso solo podría ser impugnado ante la jurisdicción social si se hubiera producido alguna anomalía.

En todo caso, debía de negociarse siempre con buena fe, y cualquier acuerdo que se tomara requeriría la ratificación de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora, o en su defecto, de la mayoría de los representantes de los trabajadores, siempre y cuando representaran a la mayoría de los trabajadores que se fueran a ver afectados por la medida.

Llegado a su fin el período de consultas, la empresa comunicaría tanto a la autoridad laboral, como a sus trabajadores, su decisión acerca de si dar inicio o no a la implementación de la medida²².

En el año 2014, se promulgó la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que no serían si no una ratificación del anterior decreto.

²¹ BOE número 185, de 3 de agosto de 2013.

²² Taléns Visconti, E, Ramos Moragues F, López Balaguer M, Blasco Pellicer Á, Alegre Nuevo M. *Reforma laboral y de Seguridad Social 2013*. Ed. Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2013, pp. 15-56.

La última reforma realizada con anterioridad a la actual fue la operada mediante el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²³, con el que se derogó toda la normativa laboral anterior.

4. REFORMA DEL 2021.

No sería, hasta la llegada del año 2020, cuando los expedientes de regulación temporal de empleo pasaran a un primer plano en nuestro país, pues hasta entonces apenas se habían empleado, prueba de ello es que entre los años 2015 y 2019, los trabajadores inmersos en ellos no superaban los 57.000 al año.

Si bien durante la gran crisis del 2008, si se vieron afectados por ellos bastantes trabajadores, el número no fue excesivamente elevado²⁴, y sobre todo se promovió su aplicación debido a las exoneraciones en las cotizaciones a las SS, que recibieron las empresas como ayuda.

Todo ello daría un gran vuelco en marzo de 2020, cuando la grave crisis sanitaria que azotó al mundo obligó a poner freno casi a la totalidad de la actividad empresarial y económica del país. Con el objetivo de intentar paliar los efectos de las crisis para las empresas, se decidió realizar una fuerte apuesta por los ERTE, pues al hacerse referencia a la flexibilidad interna, se está aludiendo a la capacidad empresarial para atender a los requerimientos del mercado a través de políticas de gestión de plantilla. Acción esta, que se puede llevar a cabo de diversas formas, especialmente, como ya hemos señalado, mediante el empleo de los ERTE, ya que la definición de flexibilidad interna va unido al concepto de adaptabilidad y, por consiguiente, a la idea de cambio, en este caso, obligatoriamente temporal²⁵. Lo más importante es que el mismo permita al empleador atender a necesidades meramente empresariales a través de una herramienta de naturaleza estrictamente laboral, que, en el caso de las suspensiones de contrato o reducción de jornada, evita la destrucción

²³ BOE número 255, de 24 de octubre de 2015.

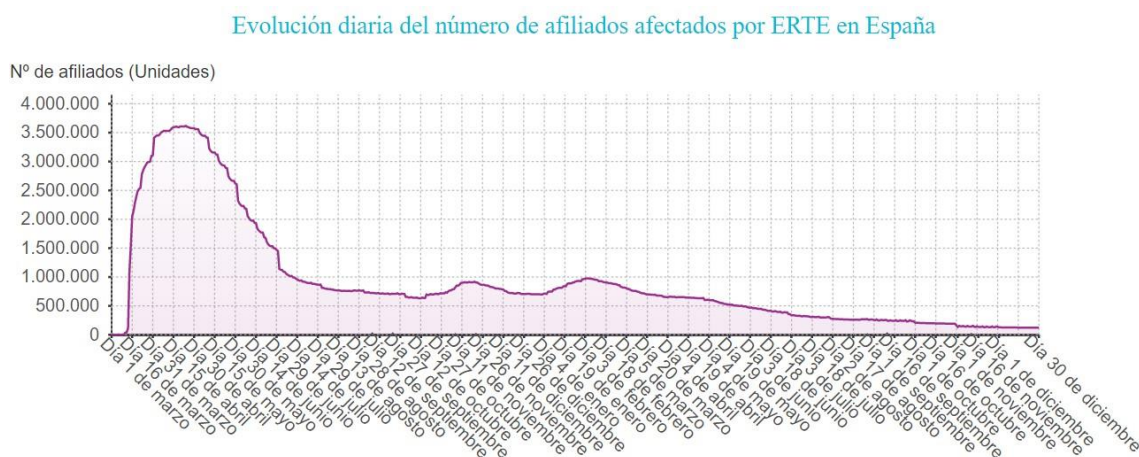
²⁴ Estadísticas de regulación de empleo, Ministerio de trabajo y Economía Social, https://www.mites.gob.es/estadisticas/REG/reg08/RES/cuadroresumen_top_HTML.htm [consulta: 23 de noviembre].

²⁵ Gárate Castro, J., “Las medidas de flexibilidad interna en la reforma laboral de 2012, en especial las relacionadas con la clasificación profesional, la determinación del contenido de la prestación de trabajo objeto del contrato y la movilidad funcional”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.8/2013, pp. 49-67.

de empleo, de tal forma, que se sientan las bases para una más temprana recuperación económica de nuestro país, según fuera evolucionando la pandemia.

Por tanto, lo más lógico era recurrir a los ERTE como medida de flexibilidad interna alternativa al despido. Prueba de ello, es que en uno de los meses de mayor virulencia de la Covid-19, como fue el mes de abril de 2020, el número de personas trabajadoras que se vieron inmersas en un ERTE fue superior a tres millones, lo que contribuyó sobremanera en que la destrucción de empleo en nuestro país decayera exponencialmente, viéndose como un gran acierto la apuesta por los ERTE.

Gráfica número 4.



Fuente: EP Data. Agencia de Datos²⁶.

Patente quedó, su importancia, en el Preámbulo del RDL 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, donde se señalaba, que se fomentaba el uso de estos mecanismos como alternativa al uso de medidas más gravosas como los despidos para las personas trabajadoras y que supusieran una mayor destrucción de empleo, pues al tener carácter temporal permitían una mejor adaptación de las empresas a la situación coyuntural que estaba atravesado nuestro país.

Si sumamos esto a las facilidades que se dieron tanto para la tramitación, como para la aplicación de las suspensiones de contrato, y sobre todo, a las prohibiciones de realizar despidos basados en la crisis sanitaria, el poco margen de actuación que se dejó, abocaban

²⁶ Gráfica extraída de EP Data Agencia de Datos, Evolución diaria del número de afiliados afectados por un ERTE en España entre el 1 de marzo de 2020 y el 1 de abril de 2021. <https://www.epdata.es/evolucion-diarial-numero-afiliados-afectados-erte-espana/0a091c94-db77-4b80-a100-4816fa1d67fa>

casi obligatoriamente a las empresas a decantarse por el uso de medidas de suspensión y reducción temporal como principal alternativa a los despidos, a lo que debemos sumar las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social y la creación de una red, generosa y extensa, de protección social para las personas trabajadoras afectadas, hacían que sus posibilidades de éxito estuvieran prácticamente aseguradas.

Resulta relevante realizar mención al empleo de los ERTE durante la pandemia, ya que la nueva redacción del art. 47 ET, dada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, toma como inspiración los datos obtenidos durante la pandemia para perfilar la nueva regulación de los expedientes de regulación temporal de empleo, haciendo así permanentes los aspectos que resultaron altamente beneficiosos de la legislación coyuntural de estos mecanismos.

Cierto es, que estos mecanismos no eran una de las materias incluidas en la reforma del Estatuto de los Trabajadores que contemplaba realizar el Gobierno, ya que su modificación fue acordada en último momento, presentando un fácil acuerdo para ello. Pero el buen empleo que se hizo de ellos para evitar la realización despidos durante la crisis sanitaria sirvió de impulso para apostar por su modificación, sumado a la necesidad de establecer mecanismos de respuesta ante los periodos de crisis, independientemente de las causas que la motiven y del sector al que afecten²⁷.

Como respuesta a todo ello, se otorgó una nueva redacción al art. 47 ET, en la que destaca sobre todo el hecho de que la nueva normativa otorga un papel prioritario a las medidas de reducción temporal de jornada, sobre las medidas de suspensión de los contratos como alternativa al despido.

Esta nueva preferencia del legislador se hace especialmente patente en el artículo 47.7 apartado a) ET, en donde de manera explícita se dice que *“en la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos”*. Realizando así una clara apuesta por la medidas de flexibilidad internas consistentes en la reducción temporal de la jornada en detrimento de la suspensión temporal del contrato de trabajo.

²⁷ Puebla Pinilla. A de la. “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, pp. 83-96.

De los términos empleados en el artículo señalado, se desprende que deberá ser la reducción de jornada la medida por la que deba optarse en primer lugar, recurriéndose a la suspensión del contrato de trabajo en aquellos casos en que la reducción no fuera viable.

De esta forma se altera la posición de la empresa a la hora de optar entre las medidas típicas de los ERTE, pues anteriormente ambas medidas estaban situadas en igualdad en la redacción anterior del artículo 47 ET y que se establecen ahora de manera jerárquica, pues como hemos indicado, solo se optará, por la suspensión del contrato de trabajo cuando no sea posible establecer una reducción de jornada²⁸.

Se trata de normalizar el uso de la disminución de las horas de trabajo, ya sea en términos diarios, semanales, mensuales o anuales, como técnica habitual de reestructuración productiva. A estos efectos, se entiende por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual y conlleva, como no podría ser de otra manera, la reducción proporcional del salario. Por su parte, la suspensión del contrato por causas empresariales permite al empresario prescindir del cumplimiento de ciertas prestaciones laborales de forma temporal, por motivos de conveniencia o de oportunidad, y con base a causas tasadas, aunque amplias, lo que sin duda es una decisión que responde a la finalidad de reordenación de las prestaciones laborales que es propia de la denominada flexibilidad interna²⁹.

Como se ha dicho con razón, la experiencia de los últimos años en la aplicación de los ERTES *“ha permitido, además, colocar al tiempo de trabajo en el núcleo de la flexibilidad interna y demostrar la eficacia de las medidas que, mediante la gestión flexible de la jornada laboral, permiten ajustar las necesidades de mano de obra en situaciones coyunturales”*. Dichos procedimientos no son los únicos a arbitrar, sino que la legislación laboral conoce muy variados instrumentos para dicho ajuste temporal, como es el que incide en los artículos 41 o 82.3 ET, que no se han

²⁸ De la Puebla Pinilla, A. “Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. el nuevo régimen de la reducción de jornada y la suspensión de contratos en el art. 47 et y el MECANISMO RED” La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.151 y ss.

²⁹ ÁLVAREZ CORTÉS, JC. “La flexibilidad “interna” en el real decreto-ley 32/2021 a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y el mecanismo red” Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, Monográfico, 2022, pp. 183-184.

visto afectados, y que pueden tener el mismo efecto en la disminución de horas, pero sin las consecuencias que implica la tramitación de un ERTE³⁰.

Se crea de este modo una fórmula de gran atractivo para las empresas, sobre todo para aquellas situaciones en las que a pesar de verse alterada la normal actividad de la empresa, esta no se vea totalmente interrumpida sino que solo conlleven una disminución de la necesidad de mano de obra y que, unida a las medidas de flexibilidad que también se han incorporado en la gestión empresarial de los ERTE, permiten dar una mejor respuesta a las necesidades de la empresa. Al mismo tiempo, optar por la reducción de jornada evita una desvinculación prolongada de las personas trabajadoras de la organización productiva.

Los términos empleados en la redacción del artículo generan cierta incertidumbre, pues no se deja claro cuáles serán las condiciones exigibles para que exista y se acredite la imposibilidad de establecer una medida de reducción de jornada, permitiendo que se pueda romper con la prioridad aplicativa anunciada en el mencionado artículo 47.

No cabe duda de que el establecimiento de esta preferencia conlleva un cambio de enfoque que sin duda condiciona la capacidad decisoria de la empresa, pues se condiciona el poder elegir libremente entre reducción o suspensión según considere más oportuno, lo cual podría traer consecuencias en cuanto a las exigencias documentales y justificativas que se requieren de la empresa para tramitar y solicitar el ERTE³¹.

En cualquier caso, ante dicha prioridad, se habrá de considerar que, en caso de desacuerdo en el período de consultas entre la empresa y la representación de los trabajadores, se podrá impugnar judicialmente la decisión empresarial de suspensión de contrato por dicho motivo, y el órgano judicial deberá entrar a dirimir la prioridad de dicha medida frente a la suspensión, que ya no se conciben por el legislador como acciones neutralmente alternativas. El empresario es quien deberá justificar, de forma objetiva y razonable, que la reducción de jornada no es viable en función de la causa y de su funcionalidad en la concreta organización productiva, y por ello, se ha decantado por la medida suspensiva, puesto que, en caso contrario, la decisión empresarial deberá ser declarada injustificada. Y, a este respecto, no se puede obviar que dicho pronunciamiento,

Molero Marañón³⁰, M.L. “Reducción temporal de jornada y suspensión de contrato ex art. 47 ET: Un heredero directo de los ERTE de la crisis sanitaria”.2022. https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/04/molero_noticias_cielo_especial_reforma_2022.pdf [consulta 19 de enero].

³¹ De la Puebla Pinilla, A. “Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. el nuevo régimen de la reducción de jornada y la suspensión de contratos en el art. 47 et y el MECANISMO RED” La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.151 y ss.

que supone que el ERTE no es conforme a derecho, implica la obligación empresarial, ahora añadida, de ingresar las diferencias de cotización a la Seguridad Social³².

También se ha introducido el nuevo art. 47.bis ET, donde se regula el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, para cuya iniciación se requiere un acuerdo previo del Consejo de Ministros, para ser aplicado en caso de crisis cíclicas o sectoriales, de modo que se pueden aplicar de manera más favorable medidas de suspensión de contratos y de reducción de jornada a la contemplada ya de por sí en el art. 47 ET³³.

Asimismo, los expedientes de regulación temporal de empleo como alternativa al despido han demostrado que, mediante el empleo de la flexibilidad en el tiempo de trabajo, se puede adaptar fácil y eficazmente la gestión de la plantilla de trabajadores, a las situaciones y necesidades que atraviesen las empresas.

Siendo este, un elemento que ha calado profundamente en la nueva redacción de los ERTE. La reciente reforma, en su Preámbulo, hace hincapié en la facilitación del empleo de los expedientes de regulación empleo como alternativa al despido y la destrucción de empleo, de modo que las medidas extintivas pasen a ser un recurso de adaptación empresarial residual.

Esta nueva reforma, también pretende enfocarse en el futuro, especialmente debido a la transformación que están experimentando los procesos productivos como resultado de la digitalización y automatización, proceso que resulta esencial para el buen funcionamiento de la economía española, proceso este impulsado mediante la Estrategia España 2050³⁴, que reconoce la necesidad de modernizar las empresas de nuestro país, lo cual conlleva fuertes inversiones tanto en tecnología como en formación para las personas trabajadoras, pues todos estos cambios demandarán mano de obra más cualificada, de forma que toda esta

³² Molero Marañón³², M.L. “Reducción temporal de jornada y suspensión de contrato ex art. 47 ET: Un heredero directo de los ERTE de la crisis sanitaria”.2022. https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/04/molero_noticias_cielo_especial_reforma_2022.pdf [consulta 19 de enero].

³³ Cruz Villalón, J. “El sistema RED de regulación temporal de empleo”.2022. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf> [consulta: 12 de noviembre].

³⁴ España 2050 es un análisis estratégico de las oportunidades y los desafíos a los que se enfrentará España durante las próximas tres décadas y búsqueda de objetivos comunes que guíe la toma de decisiones en el largo plazo

digitalización de las empresas, permita a nuestra industria ser más competitiva de cara al futuro.

Esta apuesta por la formación se ha plasmado en la nueva regulación de los ERTE, pues se incentiva la formación del trabajador, e incluso en algunos casos es condición necesaria para poder acceder a las ayudas públicas. Dicha formación debe estar dirigida a afrontar las necesidades de las empresas, enfocada sobre todo en adquirir mayor formación en competencia digitales, además de servir para aumentar la cualificación de las personas trabajadores, para facilitarles el acceso hacia nuevos puestos de trabajo en caso de pérdida de empleo.

Está claro, que lo que se quiere lograr es situar a los ERTE como principal método alternativa al despido, así como mecanismo preferente de adaptación a las situaciones de crisis, si bien su uso estará condicionado al uso que las empresas hagan de ellos, pues el uso de estas medidas con forma de respuesta a los periodos de crisis no esta muy arraigada en nuestra cultura empresarial, si bien los datos obtenidos durante la crisis de la Covid-19, parecer apuntar a un mayor uso de estos mecanismos por las empresas, dada la efectividad que ha demostrado su uso, a lo que hay que unir que la apuesta por la formación de los trabajadores durante estos periodos puede resultar altamente beneficiosas a largo plazo para el funcionamiento y crecimiento de las empresas.

5. EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN.

Antes de explicar, que entendemos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, (ETOP en adelante), es importante señalar que este tipo de causas han permanecido inalteradas desde el año 2012:

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 tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. 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 mercado³⁵.

La definición de causas técnicas, organizativas y productivas se limita a reproducir, prácticamente en su literalidad, los criterios sentados por la jurisprudencia³⁶, según afecte a cambios en la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción ("causas técnicas"); a la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción ("causas organizativas"); y, por último, a la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado ("causas productivas").

Su reconfiguración, supone que pase a regularse del mismo modo, tanto la suspensión del contrato³⁷, como la reducción de jornada, basándose siempre en la duración temporal de las causas que motivan esta modalidad de ERTE.

Cabe señalar, que, como novedad respecto a la regulación anterior, se ha suprimido el cuarto apartado del art. 47 ET, por lo que ya no se establece la necesidad de promover el desarrollo de acciones formativas destinadas a las personas trabajadoras afectadas por un ERTE, durante la duración del mismo, o en tiempo de trabajo, pero siempre respetando los descansos establecidos y el derecho a la conciliación de la vida familiar con la laboral.

Si bien tal obligación ha desaparecido del art. 47, la nueva DA 25 contempla el desarrollo de acciones formativas para los tanto para los ERTE del art. 47, como para los del nuevo 47 bis, pues establece, que, durante la duración del ERTE, las empresas podrán llevar a cabo acciones formativas para aquellos trabajadores que se hayan visto afectados por tales medidas, con el objetivo tanto de aumentar como de mejorar las competencias profesionales como la empleabilidad de cara a un hipotético futuro, de sus trabajadores.

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de junio de 2022 (Rec. 470/2022).

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995).

³⁷ Martínez Barroso, R., "El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios".2022. https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf [consulta: 1 de noviembre].

Se pretende, que de realizarse las acciones formativas se enfoquen en atender las necesidades reales de la empresa, mejorando las competencias de los trabajadores, con especial énfasis en la adquisición de competencias digitales, además de en recualificación de las personas trabajadoras, de tal modo que se aumente su empleabilidad en caso de despido.

Además, la nueva DA 39 LGSS³⁸ contempla la posibilidad de obtener exenciones a las cotizaciones a la Seguridad Social si se desarrollan acciones de formación durante la duración de expedientes de regulación temporal de empleo como alternativa al despido, tanto para la modalidad ETOP, como para el nuevo mecanismo RED en su modalidad sectorial.

Respecto a las causas motivadoras, es conveniente señalar que han permanecido las mismas que se contemplaban en el ET con carácter previo a la última reforma, si bien algunas de ellas presentan una vaguedad e indefinición importante, lo cual otorga mayor flexibilidad al empresario para ejercer el poder de organización y dirección, aspecto este que se debería haber modificado con la nueva reforma, para otorgar un mayor control de que la realidad se ajuste a las causas alegadas, de modo que estas no tengan que ser delimitadas mediante interpretación jurisprudencial³⁹.

Se sigue manteniendo el procedimiento existente, regulado en el art. 47.1 ET, así como en los art. 16 y ss., del RD 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.

El periodo de consultas se iniciará una vez constituida la comisión representativa. La falta de constitución no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad no comportará la ampliación de su duración.

Se dará inicio al procedimiento mediante comunicación a la autoridad laboral. Al mismo tiempo se iniciará un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, cuya duración no superará los quince días, o de siete, si la empresa contará con menos de 50 empleados, siendo esto, una novedad introducida por el RD-ley 32/2021.

³⁸ 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.

³⁹Vid. En este sentido Sentencia del Tribunal supremo de 17 de marzo (Rec.14/2021).

Por otra parte, la nueva regulación de los procedimientos de despido colectivo reconoce, no obstante, relevantes funciones durante el periodo de consultas tanto a la autoridad laboral como a la ITSS.

La autoridad laboral podrá formular advertencias y recomendaciones sobre estos dos aspectos:

- Los requisitos formales de la comunicación empresarial de inicio del procedimiento a los representantes de los trabajadores.
- El desarrollo del periodo de consultas.

La autoridad laboral deberá remitir copia a la ITSS de las advertencias y recomendaciones que realice a las partes (art. 6.4 del Reglamento).

A la autoridad laboral se le encomiendan además importantes labores dirigidas a tutelar y velar por la efectividad del periodo de consultas.

En cuanto a la comisión negociadora, ha sufrido escasas modificaciones, por lo que prácticamente permanece su regulación preexistente. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

Con carácter previo, la dirección de la empresa deberá comunicar a los representantes de los trabajadores, o en su defecto a los mismos, su intención de dar inicio al procedimiento.

Disponiendo de un plazo de cinco días para la constitución de la comisión representativa, desde que se realizó la comunicación, siendo esta una novedad de la nueva reforma, o en su caso de diez días si alguno de los centros afectados no contara con representación legal de los trabajadores.

La intervención de los interlocutores de los trabajadores durante el periodo de consultas continúa rigiéndose por el art. 41.4 ET, dando preferencia a la representación sindical si es que así lo decidiera la mayoría, o en su defecto a la unitaria, si no se logrará un acuerdo al respecto, y en defecto de ambas corresponderá a una comisión ad hoc.

Expirado el plazo para la conformación de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá realizar comunicación formal tanto a la autoridad laboral, como a los representantes de los trabajadores del comienzo del periodo de consultas. La no conformación de la comisión representativa no supondrá ningún obstáculo para el normal

inicio y transcurso del periodo de consultas, de tal manera que su posterior conformación no conllevará en ningún caso la ampliación de su duración.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe con el objetivo de alcanzar un acuerdo. Tal acuerdo deberá contar con la aprobación de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores, o en su defecto, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores, siempre y cuando representen a la mayoría de los trabajadores afectados.

Tanto el empresario, como los representantes de los trabajadores, podrán decidir en cualquier momento finalizar el periodo de consultas para someterse a un procedimiento de mediación o arbitraje, cuya duración no excederá de quince días.

La nueva regulación elimina el deber de la autoridad laboral de dar traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, la actuación de la ITSS posterior a la finalización del periodo de consultas se concreta en la emisión del preceptivo informe, que deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días hábiles desde que la empresa comunica a la autoridad laboral la finalización del periodo de consultas.

Si el periodo de consultas finalizara con acuerdo, se presumirá la existencia de causas justificativas, en cuyo caso, dicho acuerdo sólo podrá ser impugnado si hubiera existido dolo, coacción, abuso de derecho o fraude de ley, ante la jurisdicción competente para ello.

No resulta relevante el hecho de que la autoridad laboral ya no de traslado al SEPE, puesto que la nueva DA 26 ET, señala que la TGSS, el SEPE y la ITSS tendrán acceso a través de los procedimientos automatizados que se establezcan, a todos los datos necesarios para la identificación y tipo del ERTE que se pretende aplicar.

Una vez finalizado el periodo de consultas, el empresario notificará tanto a la autoridad laboral como a los trabajadores su decisión acerca de si dar inicio al periodo de suspensión o en su caso de suspensión de contratos, indicando en su caso, el periodo durante el cual se van a aplicar las medidas. Y comenzará a surtir efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, a no ser, que se contemple una fecha distinta.

Si en el plazo de quince días subsiguiente a la finalización del periodo de consultas, el empresario no realizara comunicación ni a la autoridad laboral, y tampoco a los representantes de los trabajadores, acerca de sus decisión de iniciar la reducción temporal de jornada o la suspensión de los contratos, el proceso se vería caducado.

Además la decisión empresarial, podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, si aquella tuviera por objeto la obtención indebida de prestaciones por los trabajadores afectados, o bien porque se constate la inexistencia de la causa motivadora que da origen a la situación de desempleo⁴⁰.

De esta forma, el informe de la ITSS deberá pronunciarse cuando exista acuerdo, sobre si éste tiene por finalidad el acceso indebido de los trabajadores a prestaciones por desempleo; no se trata de comprobar la existencia o suficiencia de las causas que motivadoras, extremo éste que también está vedado a la autoridad laboral y a la entidad gestora de las prestaciones, sino que acredite la existencia de posibles falsedades o simulaciones de las situaciones descritas en el artículo 208.1 LGSS.

Igualmente, los trabajadores también podrán emitir reclamación contra la misma ante la jurisdicción social, que deberá de pronunciarse acerca de la validez de la medida. Tal impugnación, podrá realizarse a título individual, siendo regulada en tal caso mediante la modalidad especial sobre suspensión del contrato y reducción de jornada contenida en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁴¹, o, por el contrario, si se tratara de una impugnación de carácter colectivo se llevaría a cabo por vía de conflicto colectivo.

Los efectos de la impugnación podrán ser los siguientes:

- Si se entiende justificada, convalidará la decisión adoptada por la empresa en la reducción o suspensión de los contratos.

- Si fuese injustificada, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de la reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el período de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas, así como del ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social. Esto último, no se contemplaba en la anterior regulación, por lo que es una novedad, que a

⁴⁰Vila Tierno. F y Álvarez Cortés. J.C, “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022. pp. 281-304.

⁴¹ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

todas luces resulta totalmente lógica para que el caso en que se estimara la medida como injustificada.

Otra de las novedades que la reforma ha introducido en el art. 47.4 ET es la posibilidad de que, en cualquier momento durante la vigencia del expediente de regulación temporal, podrá el empresario comunicar a los representantes legales de los trabajadores que hubieran intervenido en el periodo de consultas su intención de prorrogar la medida. Esta necesidad de establecer una prórroga deberá ser tratada en un nuevo periodo de consultas, que se desarrollará en idéntica forma a la ya señalada, y cuya duración máxima será de cinco días. Tras lo cual, el empresario contará con un plazo de siete días para comunicar su decisión a la autoridad laboral, comenzando a surtir efectos la extensión temporal de la medida desde el día siguiente al que hubiera terminado el periodo inicial de reducción de jornada o suspensión del contrato de trabajo.

La necesidad de esta prórroga deberá ser tratada en un periodo de consultas de duración máxima de cinco días, y la decisión empresarial será comunicada a la autoridad laboral en un plazo de siete días, surtiendo efectos desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral.

6. EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO POR CAUSA DE FUERZA MAYOR.

Una sentencia del Tribunal Supremo⁴² especificó que lo que singulariza a la fuerza mayor, como causa de suspensión de los contratos de trabajo, en el supuesto de la denominada “fuerza mayor temporal”, es constituir un acaecimiento externo al círculo de la empresa, y como tal extraordinario, del todo independiente de la voluntad del empresario respecto a las consecuencias que acarrea en orden a la prestación del trabajo, e indica que el carácter de inevitable se predica sobre todo de la incidencia del suceso en la continuidad de la actividad laboral.

Como es conocido, se viene distinguiendo por la doctrina laboral y la jurisprudencia entre la fuerza mayor propia y la impropia. Se considera fuerza mayor propia la que generan sucesos como los hechos catastróficos naturales, terremotos, incendios, guerras, plagas, etc. y en cuanto a la fuerza mayor impropia la que generan hechos provenientes de

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1998 (Rec. 2788/1994).

decisiones de las Administraciones Públicas u otros supuestos distintos de las catástrofes naturales.

Con anterioridad a la última reforma, el art. 47.3 únicamente contemplaba la suspensión del contrato de trabajo derivada por causa de fuerza mayor (FM, en adelante) según lo establecido en el art. 51.7 ET y en sus normas reglamentarias de desarrollo. La nueva regulación otorgada por la reciente reforma a los apartados quinto y sexto del art. 47 ET, otorga una redacción más detallada a esta modalidad de ERTE, en la que se puede detectar una clara influencia de las normas de carácter excepcional que se utilizaron para regular los ERTE alternativos al despido durante la crisis provocada por la Covid-19.

De tal forma, que ciertos aspectos, que un principio iban a ser provisionales, ahora se contemplan en la normativa laboral para ser aplicados en esta medida de flexibilidad interna.

Como primera novedad, se contempla la posibilidad por parte de la empresa de poder adoptar tanto medidas de suspensión del contrato, como de reducción del tiempo de jornada, para aquellos supuestos en los que concurran causa de fuerza mayor, que lógicamente, deberá de ser una situación de carácter temporal.

Respecto al procedimiento que se debe seguir, la normativa actual continúa haciendo remisión al art. 51.7 ET, en el que se regula el despido colectivo, eso sí, realizando una serie de matices.

Se dará inicio al procedimiento mediante solicitud de la empresa a la autoridad laboral, en la que se adjuntarán todas las pruebas que se estimen como necesarias, y al mismo tiempo se realizará también, comunicación a la RLT.

La autoridad laboral deberá constatar la existencia de la causa de fuerza mayor alegada, sin que para ello tenga efecto alguno el número de personas trabajadoras que vayan a verse afectadas. Para ello, la autoridad laboral solicitará a la ITSS la realización del preceptivo informe, que en todo caso, deberá recoger expresamente las medidas que se adoptaron por la empresa para evitar los efectos de la causa generadora de la fuerza mayor, teniendo en cuenta que resulta necesario que la empresa acredite que se ha tratado de un acontecimiento que de ser previsible era inevitable, que se deberá de llevar a cabo con anterioridad la emisión de cualquier resolución⁴³.

⁴³ Gutiérrez Pérez. M, “La decidida apuesta por la reducción de jornada en situaciones de crisis empresarial tras la reforma laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 620, 2022, pp. 118-163.

Para emitir tal resolución, la autoridad laboral dispondrá de un plazo preclusivo de cinco días naturales desde que se realizó la solicitud, y en su caso, se limitará a constatar la existencia de la causa de fuerza mayor alegada por la empresa. Dicha resolución, comenzará a surtir efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor, hasta la fecha que se determine en la resolución. Cabe señalar, que, en caso de silencio, se entenderá que la medida ha sido autorizada.

Será potestad del empresario, decidir el establecimiento o no de la medida de reducción de jornada como alternativa al despido. Si a la finalización del periodo de reducción de jornada determinado en el expediente, siguiera subsistiendo la situación de fuerza mayor, será necesario solicitar de nuevo autorización. La empresa deberá dar traslado de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

Desde la última reforma también se considera como fuerza mayor el denominado “*factum principis*” o impedimento o limitación en la actividad normalizada de la empresa, cuando dichas alteraciones del normal funcionamiento de la empresa sean consecuencia de decisiones adoptadas por el Gobierno o autoridad pública competente, especialmente aquellas decisiones que tenga como objetivo la protección de la salud pública. Es más que claro, que esta nueva modalidad de fuerza mayor, tiene su origen en la pandemia, de tal modo que, si se vuelve a dar un nuevo estado de alarma o similar en nuestro país, las empresas puedan adaptarse rápidamente a esas situaciones coyunturales.

Recientemente, la Audiencia Nacional, en la sentencia 37/2022, de 14 de marzo de 2022⁴⁴, incorpora una nueva situación que puede ser considerada como causa de fuerza mayor, siendo totalmente novedosa, pues ha considerado procedente la aplicación de un ERTE FM en una empresa del sector de las telecomunicaciones, que había sufrido un ciberataque con un potente virus informático que desactivo todos los sistemas informáticos de la empresa, impidiendo a un alto número de personas trabajadoras desempeñar su trabajo.

La Audiencia Nacional revoca así la resolución de la Dirección General de Trabajo, que denegó el ERTE FM solicitado por la empresa al entender, que ésta no había presentado documentación acreditativa suficiente del ciberataque sufrido y que la entrada de un virus en el sistema podía entenderse previsible. También añadió que no se había

⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional 37/2022, Audiencia Nacional, de 14 de Marzo de 2022 (Rec. 13/2022)

afectado a la prestación de servicios de las personas trabajadoras, ya que estas continuaron estando a disposición de la empresa.

La sentencia revoca formalmente la resolución administrativa por entender que ésta se emitió de forma extemporánea y, por tanto, que la fuerza mayor ya había sido constatada mediante silencio administrativo positivo, la Sala entra en el fondo del asunto a los meros efectos dialécticos y considera que, el ataque informático realizado mediante virus informático, que afecte a una actividad desarrollada esencialmente mediante dispositivos electrónicos puede subsumirse en el concepto de fuerza mayor⁴⁵.

Respecto al procedimiento a seguir, en gran medida es idéntico al explicado para las modalidades anteriores, si bien presenta algunas diferencias. Pues no será preceptivo el informa de la ITSS, además, se deberán justificar las concretas limitaciones o impedimentos que atraviesa la empresa en la documentación de la solicitud, y finalmente, la autoridad laboral dará su autorización si entiende justificados los impedimentos alegados por la empresa⁴⁶.

7. ASPECTOS COMUNES DE LOS ERTE POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN.

Siempre que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada en detrimento de las de suspensión del contrato de trabajo⁴⁷.

La reducción de jornada podrá establecerse entre un diez y un setenta por ciento, computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, anual o mensual.

⁴⁵ Beltrán de Heredia Ruiz. I ERTE por fuerza mayor derivado de un ciberataque mediante virus ransomware (SAN 14/3/22) <https://ignasibeltran.com/2022/03/22/erte-por-fuerza-mayor-derivado-de-un-ciberataque-mediante-virus-ransomware-san-14-3-22/> [consulta: 12 de noviembre].

⁴⁶ Alonso Arena, M. “La reforma laboral del 2021 (Análisis normativo del RDL 32/2021, de 28 de diciembre)”. *Aranzadi digital*, núm.1, 2021, pp. 21 y ss.

⁴⁷ Rojo Torrecilla, E “Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED”.2022. El Blog de Eduardo Rojo, http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_10.html [consulta: 1 de diciembre].

La empresa junto con la solicitud emitida a la autoridad laboral, comunicará su decisión acerca de reducir la jornada o en su caso la suspensión de los contratos, mediante los procedimientos automatizados determinados para ello, en donde incluirá:

- El período durante el cual se va a aplicar la reducción temporal de jornada o la suspensión del contrato
- Identificación de las personas trabajadoras que van a verse afectadas por el expediente de regulación temporal de empleo alternativo al despido.
- El tipo de medida que se le va a aplicar a cada una de las personas trabajadoras, el porcentaje máximo en el que van a ver reducida su jornada, o en su caso el número máximo de días de suspensión del contrato que se les va a aplicar.

Asimismo, la empresa, de acuerdo con el artículo 298 letra h) de la LGSS, deberá comunicar a la entidad gestora, con carácter previo a que se produzcan, las variaciones realizadas en el calendario, o en el horario inicialmente previsto para cada una de las personas trabajadoras afectadas, en los supuestos de aplicación de medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada previstos en el artículo 47 ET.

Durante la duración del expediente, la empresa podrá afectar o desafectar trabajadores según vayan marcando las necesidades de la empresa o según varíen las causas alegadas para el establecimiento de las medidas. Para ello, deberán informar con carácter previo a los representantes legales de los trabajadores, también deberán realizar comunicación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades.

Durante el periodo de aplicación del ERTE como alternativa al despido, la empresa contará con ciertas prohibiciones, pues los trabajadores afectados no podrán realizar horas extra, así como tampoco podrán llevarse a cabo nuevas externalizaciones de la actividad de la empresa, ni nuevas contrataciones laborales, constituyendo esta acción una grave infracción contemplada en Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social⁴⁸.

Tampoco podrán realizarse nuevas contrataciones, exceptuando el supuesto en que los trabajadores afectados por la medida que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones, no les sea posible debido a su falta de formación o a cualquier otro motivo, siempre que sea objetivo y este justificado, realizar

⁴⁸ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

las tareas encomendadas a los nuevos trabajadores, de lo que previamente la empresa deberá informar a los representantes legales de los trabajadores⁴⁹.

El nuevo artículo 11, apartado cuarto, letra f ET, otorga a las empresas la posibilidad de concertar contratos de formación durante el periodo de duración de las medidas reguladas en los artículos 47 y 47 bis, siempre y cuando los así contratados no desarrollen las mismas tareas que de forma habitual desarrollan en la empresa los trabajadores afectados por el ERTE.

Las empresas que opten por el desarrollo de las acciones formativas contenidas en la nueva DA 25, para aquellos trabajadores que se vean afectados por la medida de flexibilidad interna como alternativa al despido, tendrán derecho a un aumento de crédito para la financiación de acciones en el campo de formación que se haya programado, de la manera en la que se regula en el art.9.7 de la Ley del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral⁵⁰. Las acciones formativas deberán llevarse a cabo durante la aplicación de las medidas de reducción de jornada o de suspensión del contrato, en el ámbito de un expediente de regulación temporal de empleo, o en tiempo de trabajo. En cualquier caso, deberán respetarse los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

Como ya se mencionó anteriormente, esta apuesta por la formación de los trabajadores de las empresas afectadas por medidas de flexibilidad interna, tienen los objetivos de adaptar las competencias de los trabajadores a las necesidades de la empresa, fomentar la mejora en competencias digitales, así como de otorgar u mayor nivel de cualificación a las personas trabajadoras, tanto para mejorar sus capacidades dentro de su puesto de trabajo, como para aumentar su empleabilidad de cara al futuro, si es que perdieran su trabajo, de forma que no se vean descolgados del cambiante mercado de trabajo.

Por último, he de señalar que la regulación de las prestaciones por desempleo que tienen derecho a percibir las personas trabajadoras afectadas por las medidas de flexibilidad

⁴⁹ Vila Tierno. F y Álvarez Cortés. J.C, “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022. pp. 281-304.

⁵⁰ Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

interna como alternativa al despido se contienen en el art. 267 LGSS, así como en su normativa de desarrollo.

8. MECANISMOS RED.

Surge de un modelo de inspiración francesa, a consecuencia de la pandemia, pero enfocado en establecer un modelo innovador que asocie al empleo con la formación, su creación se propuso durante el periodo de diálogo previo a la reforma, pero con el nombre de “Mecanismo de Sostenibilidad en el Empleo”

A diferencia de otros de los cambios que se estaban debatiendo, la posible introducción de este nuevo mecanismo de alternativa al despido pasó desapercibida, tanto entre el público general, como entre la doctrina, que apenas se hizo eco de ello, y que únicamente lo fundamentaban en razones empresariales, dado que entrañaba la realización de un periodo de consultas, al ser un mecanismo de acción temporal, la reutilización de los incentivos empleados durante la crisis sanitaria, la creación de un Fondo como fuente de financiación, y la creación de un modelo de control de acuerdo a las grandes sumas invertidas.

Según fue avanzado el trabajo realizado por la mesa de diálogo social, también lo hizo el interés por este nuevo mecanismo alternativo al despido, comenzando así a desarrollarse de forma diferente al modelo que inspiró su creación. Con el paso de los meses, acabaría recibiendo el nombre por el que se le conoce actualmente, a la vez que despertaba un gran número de propuestas que denotaban los grandes cambios que se querían introducir, basándose en dos vías principales, por una parte, se pretendían implantar de manera definitiva en el ordenamiento laboral los aspectos mas positivos obtenidos de la experiencia adquirida de la gestión del empleo que se realizó durante la pandemia⁵¹.

Pues se demostró que los expedientes de regulación temporal de empleo como alternativa al despido, pese a todas las dificultades que surgieron para su gestión, se mostraron como medidas de flexibilidad interna altamente eficaces a la hora de permitir a las empresas adaptarse rápidamente y de forma temporal, a las necesidades que demandaba su actividad diaria durante un fuerte periodo de crisis, de forma que se consiguió evitar la

⁵¹ Fernández Domínguez. J.J, “El Mecanismo RED: un marco estable para preservar el empleo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022, pp. 4 y ss.

destrucción de numerosos puestos de trabajo. Por ello dicha regulación durante la pandemia, desde el RD-ley 8/2020⁵², y en sus sucesivas prórrogas, han servido como terreno de pruebas previo a la adopción de esta regulación en el RD-ley 32/2021, que ha sentado las bases para la creación de este mecanismo con vocación permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo así en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social⁵³.

La experiencia adquirida durante la crisis provocada por la Covid-19, posibilitó que se modificara la forma de afrontar este tipo de periodos, apostando para su superación tanto por la realización de una fuerte digitalización y actualización tecnológica a tan alto nivel como si de una revolución industrial se tratara, como desde la creencia de que la realización de despidos colectivos no es el mejor ni el único método de adaptación de las empresas a los periodos de crisis.

En ningún caso, se deben obviar los cambios tecnológicos, pues gran cantidad de estudiosos y de obras literarias, los señalan como dañinos para el mercado laboral, puesto que se tiene la perspectiva, de que las nuevas tecnologías van a cambiar el modo en que se estructura y entiende el trabajo, que puede provocar destrucción de empleos, pero la realidad es, que a lo largo del tiempo se ha demostrado que tras fuertes periodos de transición tecnológica, así como de reformas legales, los cambios siempre han dado lugar a un aumento de los puestos de trabajo, de forma que se demuestra, que mediante cambios legislativos es más que posible aumentar el número de empleos disponibles.

Centrándonos en los cambios legales, hemos de destacar el Componente 23 del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia⁵⁴, que tenía como objetivo la creación de un nuevo mecanismo de flexibilidad interna de carácter permanente, que proporcione

⁵² Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

⁵³ Álvarez Cortés, JC, “La flexibilidad “interna” en el real decreto-ley 32/2021 a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y el mecanismo red” *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, Monográfico*, 2022, pp. 183-184.

⁵⁴ Es un proyecto de País que traza la hoja de ruta para la modernización de la economía española, la recuperación del crecimiento económico y la creación de empleo, para la reconstrucción económica sólida, inclusiva y resiliente tras la crisis de la COVID, y para responder a los retos de la próxima década.

estabilidad al empleo, y que al mismo tiempo permita la recualificación de los trabajadores de cara a aumentar sus competencias, o bien de forma que les permita a estos adentrarse en nuevos sectores de actividad. Además, era necesario contar con una normativa que permitiera una rápida adaptación ante los sucesivos periodos de crisis, de forma que se establezca un marco estable para hacer frente a los periodos de crisis estructural.⁵⁵

A diferencia de reformas anteriores, en la actual, el legislador si actúa con coherencia, y siguiendo los puntos anunciados, mostrando un verdadero cambio respecto a las reformas precedentes, en una clara apuesta por aumentar tanto los derechos laborales, como su garantía, al tiempo que se pretende realizar un mayor compromiso por las medidas de flexibilidad interna como principal alternativa al despido, pues *“el mecanismo RED pretende presentarse como alternativo a los despidos, por cuanto que, de un lado, abarca escenarios que en el pasado sólo se proyectaban responder con extinciones contractuales, al tiempo que, de otro lado, se ofrecen ventajas económicas comparativas a las empresas, en términos tales que para las mismas resulte más atractivo el mecanismo RED que el tradicional de los despidos”*⁵⁶.

Por otra parte, y desde un punto de vista crítico, resulta llamativo el que se haya optado por la inclusión de un nuevo art. 47 bis ET. Si bien no es nada nuevo, pues el empleo de este tipo de técnica ha sido ampliamente empleado tanto en materia normativa de seguridad social, como en el Derecho sancionador del trabajo.

Si bien, no deja de resultar llamativo, pues para evitar el empleo de este tipo de técnicas, habría resultado más coherente haber optado por incluir los mecanismos contemplados en este nuevo artículo, en alguno de los preceptos ya existentes en nuestra legislación laboral.

Con todo ello, se puede considerar que el empleo de esta técnica es la forma más correcta que se podía utilizar para la inclusión y regulación del nuevo Mecanismo RED dentro del ET.

⁵⁵ Fernández Domínguez, J.J, “El Mecanismo RED: un marco estable para preservar el empleo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022, pp. 4 y ss.

⁵⁶ Cruz Villalón, J. “El sistema RED de regulación temporal de empleo”.2022. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf> [consulta: 12 de diciembre].

Si bien la doctrina más reciente en la materia⁵⁷, considera que de realizarse la redacción de un nuevo Estatuto de los Trabajadores, más acorde con la época y sociedad actual, lo más lógico sería incluir este tipo de mecanismos en un nuevo artículo separado del 47, pues esto denotaría una técnica legislativa más depurada por parte del gobierno.

También resulta sorprendente, que se haya decidido denominarlo como Mecanismo RED, pues su nombre podría inducir a cierta confusión con el sistema de remisión electrónica de datos de la Seguridad Social⁵⁸, cuyo nombre es “Sistema RED⁵⁹”.

Una de las grandes novedades que presenta el Mecanismo RED con respecto al resto de mecanismos de suspensión o reducción de jornada, es que este no se activa por decisión empresarial motivada como consecuencia de alguna situación coyuntural que obligue a la toma medidas, ya que se trata de un mecanismo especial de protección del empleo que requiere la acción del Ejecutivo, pues se activará a propuesta de los titulares de los Ministerios de Trabajo y Economía Social, Asuntos Económicos y Transformación Digital, e Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y acuerdo del Consejo de Ministros.

Para que el Mecanismo Red pueda cumplir con sus ambiciosos objetivos, el legislador ha decidido establecer dos modalidades diferentes, cuya diferencia se basa en las causas que las motivan, de tal forma que se distinga entre situaciones estrictamente temporales derivadas de una coyuntura macroeconómica que requieran de una intervención pública más incisiva que la ofrecida por las vías legales ordinarias, con una duración máxima de un año, siendo esta modalidad denominada como cíclica, y de otra parte, las provenientes de cambios permanentes en un ámbito funcional determinado que demandan iniciativas de recualificación y/o procesos de transición profesional de las personas

⁵⁷ Rodríguez-Piñero Royo. M. “La reforma laboral de 2021: un análisis de la norma reformadora”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, (Monográfico), 2022, pp. 25–62.

⁵⁸ Gimeno Díaz de Atauri P, “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”.2022. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6642>. [consulta 19 de diciembre]

⁵⁹ Se trata de un servicio electrónico ofertado por la Tesorería General de la Seguridad Social para empresas y profesionales autónomos, el cual permite el contacto directo y el intercambio de información y documentos entre ambos a través de internet.

trabajadoras, a la que podemos denominar como modalidad sectorial, y cuya duración máxima inicial será de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una⁶⁰.

Con la modalidad clica, se pretende hacer frente a “*coyunturas macroeconómicas generales que aconsejen la adaptación de instrumentos adicionales de estabilización*” como son las disminuciones transitorias del nivel normal de actividad económica de las empresas.

Bajo estas circunstancias y previa declaración por acuerdo del Consejo de Ministros, se concede a las empresas reducir la jornada o suspender los contratos de trabajo de parte de sus trabajadores durante un plazo máximo de un año en lugar de llevar a cabo procedimientos de despido colectivo.

Igualmente, durante el tiempo que estén activas las medidas de reducción o suspensión, se proporcionará formación a las personas trabajadoras afectadas, de modo que una vez se haya recuperado su sector de actividad se reintegren a sus puestos de trabajo, o a otros nuevos con un mayor nivel de competencias adaptado a las necesidades de la empresa⁶¹.

Se trata, por tanto, de un mecanismo de reestructuración, que tiene por objetivo facilitar la recolocación de las personas trabajadoras en nuevos sectores o empresas que no estén afectadas por tal crisis.

A simple vista, puede parecer que la duración del mecanismo RED en su modalidad cíclica es bastante breve, pero parece que su corta duración es consecuencia de que el legislador haya querido confiar en que la situación que afecte al sector económico del que se trate, sea rápidamente superada o estabilizada, siendo este también el motivo por el que las exenciones para este tipo de situaciones se han configurado de manera decreciente⁶².

La configuración de las exenciones será la siguiente:

- De 0 a 4 meses, la exención será del 60%, desde el momento en que el Consejo de Ministros acuerde su activación, has el último día del cuarto mes subsiguiente al día de su activación.

⁶⁰ Fernández Domínguez, J.J, “El Mecanismo RED: un marco estable para preservar el empleo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022, pp. 4 y ss.

⁶¹ Nogueira Guastavino, M. “Mecanismos de flexibilidad interna en la reforma laboral”.2022. <https://almacendederecho.org/mecanismos-de-flexibilidad-interna-en-la-reforma-laboral> [consulta 19 de diciembre].

⁶² Fernández Ramírez, M, “Anatomía jurídica del Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización de empleo”, *Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 2, 2022, pp.31-44.

- Entre 5 y 8 meses, a contar desde los cuatro meses siguientes de la terminación del plazo anteriormente señalado, la exención será de un 30%.

- De 9 a 12 meses, una vez han transcurrido los cuatro meses iniciales, hasta su terminación, la exención a aplicar será de un 20%.

Sea cual sea la duración del mecanismo, las exenciones serán siempre aplicadas por la TGSS, bajo solicitud previa de la empresa que haya hecho uso del mencionado mecanismo, además la aplicación de tales exenciones estará siempre supeditada al mantenimiento del puesto de trabajo de los empleados que se hayan visto afectados, en los seis meses subsiguientes a la finalización de la aplicación del mecanismo⁶³.

La segunda de las modalidades es la sectorial, que será empleada cuando en un determinado sector de actividad se hayan observado cambios de carácter permanente, y como consecuencia de estos cambios se genere la necesidad de iniciar tanto procesos de recualificación como de transición profesional para las personas trabajadoras, para ello, se dispondrá de una duración máxima inicial de un año, que podrá ser prorrogada hasta en dos ocasiones, por periodos de seis meses.

Con esta segunda modalidad, se pretende hacer frente a los denominados procesos de reconversión industrial, de modo que se puedan abordar con carácter permanente las necesidades de reestructuración que demande el sector o sectores de actividad afectados, de forma que el aumento de cualificación profesional de los trabajadores que conformen el sector de actividad les permita seguir conservando sus puestos de trabajo⁶⁴.

Es destacable el hecho de que el legislador, en lugar de hacer mención a que pudiera existir un exceso de mano de obra en el sector de actividad afectado, que llevaría al fomento de los despidos colectivos, opta por establecer nuevas vías que permitan a las personas trabajadoras tener un puesto de trabajo, bien en el mismo lugar que venían ocupando, aunque habiendo adquirido nuevas atribuciones a través de la recualificación, o bien formando parte de un nuevo sector mediante la denominada “*transición profesional*”.

Por tanto, esta modalidad del Mecanismo RED surge para hacer frente a necesidades permanentes de un sector de actividad, ahondando en la potestad de los

⁶³ Fernández Ramírez, M, “Anatomía jurídica del Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización de empleo”, *Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, núm. 2, 2022, pp.31-44.

⁶⁴ Esteban Gómez, A, *ERTE del Siglo XXI. ERTE del Siglo XXI: Mecanismos permanentes de flexibilidad interna centrados en la formación, recualificación y la transición profesional*. Ed. Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2022, pp. 124-125

empresarios que componen el sector, de acudir a las medidas de flexibilidad interna, en lugar de la externa, de naturaleza temporal, de modo que se consiga romper con el modo tradicional en que se venía actuando, auspiciado por las anteriores reformas laborales⁶⁵.

8.2. Activación.

Para poder llevar a cabo su aplicación, es necesario que previamente haya sido activado por el Consejo de Ministros. Dicha activación, podrá llevarse a cabo en el momento que se desee, a partir de la entrada en vigor del Mecanismo RED, que tuvo lugar el último día del año 2021. La activación actúa como si de un interruptor se tratase, que permitirá a las empresas acudir a las medidas de reestructuración temporal asociadas al Mecanismo⁶⁶. Son dos los cauces a través de los cuales se puede solicitar la activación por el Consejo de Ministros:

El primero de ellos, es mediante la realización de una propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y Economía Social, de Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Sin duda, las plurales implicaciones de las medidas que pueden adoptarse una vez activado el Mecanismo, justifican la intervención de los mencionados ministerios, a pesar de que cumplir con este requisito pueda ser complicado de cumplir, dada la composición del Consejo de Ministros, la toma de una decisión conjunta⁶⁷.

Por otra parte, aunque esta posibilidad solo está prevista para la modalidad sectorial del Mecanismo RED, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, podrán solicitar a los Ministerios referidos la convocatoria de la Comisión tripartita del Mecanismo RED, que deberá reunirse en un plazo de quince días desde que se produzca dicha solicitud, para analizar los cambios producidos en el sector de actividad,

⁶⁵ Ramos Quintana, M. I, “La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?”, *Trabajo y Derecho*, núm.87, 2022, pp. 18-38.

⁶⁶ Gimeno Díaz de Atauri P, “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”.2022. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6642>. [consulta 19 de diciembre]

⁶⁷ De la Puebla Pinilla, A. “Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. el nuevo régimen de la reducción de jornada y la suspensión de contratos en el art. 47 et y el MECANISMO RED” *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.151 y ss.

así como en su caso, la necesidad de elevar la solicitud de activación de la modalidad sectorial del Mecanismo RED al Consejo de Ministros. En cualquier caso, y con carácter previo a su elevación al Consejo de Ministros, será necesario informar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas del sector a nivel estatal. En todo caso, la decisión y las consideraciones que se incorporen al acuerdo del Consejo de Ministros, no serán por sí mismas causas para la adopción en el ámbito empresarial de las medidas previstas en relación con las condiciones de trabajo o el empleo.

Una vez realizados los trámites descritos, el art. 47.bis.2 ET autoriza al Consejo de Ministros para que lleve a cabo la activación del Mecanismo, si lo considerara oportuno. Si bien para ello, estará sometido, tanto a un límite competencial, pues es el Consejo de Ministros el único órgano competente para activarlo, como a un límite temporal, que dependerá de la modalidad en la que se vaya a activar, y un límite procedimental.

Pero en todo caso, la decisión se adoptará en función de la valoración realizada por el Consejo de Ministros, de la oportunidad de su activación atendiendo a las circunstancias concurrentes. Por tanto, se trata de una decisión de carácter puramente político, y en consecuencia, no sujeta a control judicial⁶⁸.

El acierto o no de tal decisión, su pertinencia o la valoración sobre su alcance, será un juicio de signo político y no jurídico⁶⁹. Cuestión distinta es que dicha decisión vaya acompañada de previsiones sobre el régimen jurídico aplicable al Mecanismo RED, estos aspectos concretos de desarrollo del régimen jurídico, serán controlables judicialmente desde la perspectiva de su ajuste al diseño legal de la figura⁷⁰.

Sólo tras la activación del mecanismo RED, resultará posible a las empresas acogerse al mismo, pues la aplicación del Mecanismo RED es voluntaria para cada empresa

⁶⁸ Gimeno Díaz de Atauri P, “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”.2022. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6642>. [consulta 19 de diciembre]

⁶⁹ Vid. al respecto las consideraciones de las SSTS (CA) de 7 de octubre de 2020 (Tol 8108025, rec. 67/2019) y de 29 de abril de 2021 (Tol 8416878, rec. 165/2020) sobre la naturaleza política y no normativa de la fijación por el Gobierno del SMI, señalando que el art. 27 ET apodera al Gobierno para que adopte una decisión, la de “fijar” el SMI, expresando así una potestad atribuida a este órgano para dictar un acto político y no normativo.

⁷⁰ De la Puebla Pinilla, A. “Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. el nuevo régimen de la reducción de jornada y la suspensión de contratos en el art. 47 et y el MECANISMO RED” La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.151 y ss.

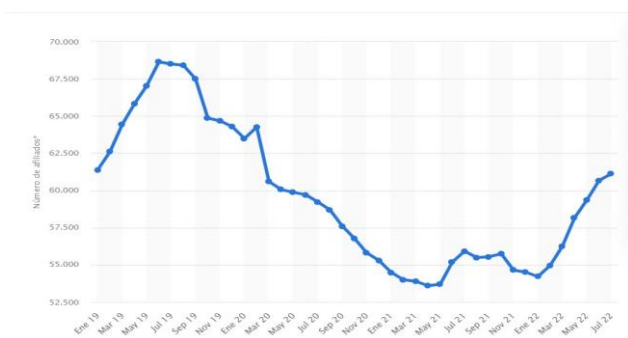
de modo que son estas las que deciden si aplicarla. En todo caso, la solicitud deberá tramitarse siguiendo el procedimiento regulado en el art. 47.bis ET. La adhesión de las empresas al Mecanismo RED supone la intención de estas de aplicar medidas de reducción de jornada o de suspensión de contratos, ya que la mera circunstancia de activación del Mecanismo RED, y las consideraciones que el Acuerdo del Consejo de Ministros incluya para justificar la activación, no constituyen por sí mismas causa suficiente para adoptar las medidas contempladas en el art. 47.bis ET.

En todo caso, si no se hubiera realizado la activación del Mecanismo, las empresas podrán recurrir con normalidad a los instrumentos ordinarios de alternativa al despido contemplados en el art. 47. ET, si se dieran las causas previstas, pero sin disfrutar de las ayudas públicas ni la protección de los trabajadores tan ventajosa, que lleva aparejada la activación del Mecanismo RED.

A comienzos de año, el Consejo de Ministros ha aprobado, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Economía Social, del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, la activación por primera vez del Mecanismo RED⁷¹.

Esta primera activación, viene asociada al Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, con que se pretendían tomar medidas para paliar las consecuencias tanto económicas como sociales, derivadas del estallido de un conflicto bélico en Ucrania, por todo ello, se ha realizado la activación del Mecanismos RED, en su modalidad sectorial, para el sector de las agencias de viajes.

Gráfica número 5.



⁷¹ Fernández Ramírez, M, “Anatomía jurídica del Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización de empleo”, *Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, núm. 2, 2022, pp.31-44.

Fuente: STATISTA⁷².

Al mismo tiempo, se aprobó la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, en la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2022, necesario para la activación del Mecanismo RED, tal y como se establece en la regulación del mismo, y comenzando a surtir efectos a partir de su publicación en el BOE.

Con su activación, las empresas pertenecientes al sector de las agencias de viajes, podrán implementar las medidas de suspensión del contrato de trabajo o de reducción de jornada aparejadas a la modalidad sectorial del mecanismo, durante el plazo establecido para ello.

El Mecanismo Red, que se puso en marcha el 1 de abril para facilitar la protección del empleo en crisis sectoriales, perdió su vigencia el 31 de diciembre, pues el Gobierno decidió no extender su duración durante otros tres meses más, rechazando así la petición de la Confederación Española de Agencias de Viajes. Esta decisión no se ha comunicado oficialmente, pero esta organización entiende que la decisión de prorrogarlo, ha sido denegada al haber finalizado el año 2022 sin haber obtenido respuesta alguna a su petición por parte del Ejecutivo y sin que se haya publicado nada en el BOE acerca de la ampliación solicitada⁷³.

El Real Decreto-ley 4/2022 ha marcado el camino a seguir para las primeras activaciones del Mecanismos RED, previéndose que en el futuro se lleve a cabo el desarrollo reglamentario del artículo 47 bis ET, en el cual se recoge el procedimiento a seguir para la su aplicación.

La disposición transitoria segunda del Real Decreto-Ley 4/2022 regula el procedimiento aplicable al Mecanismo RED, hasta que no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario de esta figura, se aplicarán los capítulos II y III del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, sin perjuicio de ciertas especialidades que serán de aplicación, y en cuanto no resulten incompatibles con lo recogido en el propio artículo 47 bis ET, en concreto,

⁷² Gráfica extraída de STATISTA, Evolución del número de afiliados a la seguridad social en el sector de las agencias de viajes. <https://es.statista.com/estadisticas/541720/afiliados-a-la-seguridad-social-en-servicios-de-agencias-de-viaje-y-turoperadores-al-mes-en-espana/>

⁷³ Porras Núñez, C “Agencias de viajes: el Gobierno no prorroga el Mecanismo RED”. <https://www.hosteltur.com/155043-el-gobierno-no-amplia-el-mecanismo-red-como-pedian-las-agencias-de-viajes.html> [consulta: 3 de enero].

no son aplicables los artículos 17 (iniciación del procedimiento), 18 (documentación), 19 (comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral) y 22 (Informe de la Inspección de Trabajo), ni los porcentajes de reducción de jornada del artículo 16.2 del Real Decreto 1483/2012.

8.3. Tramitación de las medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos del Mecanismo RED.

Una vez que el Mecanismo ha sido activado, las empresas del sector del que se trate, si así lo deciden, podrán solicitar a la Autoridad Laboral la implementación de una reducción temporal de jornada, o en su defecto la solicitud de suspensión del contrato de trabajo, mientras este activado el mecanismo, en cualquiera de sus centros de trabajo⁷⁴.

El procedimiento para tramitar la solicitud empresarial de acogerse a este instrumento, adoptando medidas de reducción de jornada o de suspensión de contratos, se regula en el art. 47.bis.3 ET que, a tales efectos, se remite a las reglas contempladas para los ERTE por fuerza mayor y para los ERTE por causa ETOP, diseñándose así, un procedimiento de tramitación de carácter mixto, principalmente basado en la regulación de los ERTE por fuerza mayor, aunque tomando también características propias de los ETOP.

En este sentido, resulta destacable la exigencia de obtener autorización administrativa previa, tomada de los ERTE FM, así como la de realizar un periodo de consultas con la RLT, tomada en este caso de los ERTE ETOP, al no ser esta preceptiva para los de fuerza mayor⁷⁵.

No se puede pasar por alto, en un contexto de progresivo repliegue de la intervención de la autoridad laboral en los procesos de reestructuración de empresas auspiciado por las reformas del 2012, que suprimieron el requisito de recabar autorización en los expedientes temporales de regulación de empleo como alternativa al despido y en los despidos colectivos por causas empresariales, que se haya vuelto a incorporar como requisito, la autorización administrativa en un tipo de medidas laborales fundadas en causas típicamente económicas, productivas o técnicas. No cabe duda, que la Re-inclusión de este

⁷⁴ Fernández Ramírez, M, “Anatomía jurídica del Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización de empleo”, *Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 2, 2022, pp.31-44

⁷⁵ De la Puebla Pinilla, A. “Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. el nuevo régimen de la reducción de jornada y la suspensión de contratos en el art. 47 et y el MECANISMO RED” La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.151 y ss.

requisito se debe a la gran implicación pública que va unida a este mecanismo. Ya que como hemos mencionado, es una decisión política la que permite activar el Mecanismo RED, además de que esta respaldado por fondos públicos. Lo cual justifica el fuerte control administrativo, de manera que todo el proceso se ajuste a la más estricta legalidad vigente, y asegurando que las ayudas públicas sean verdaderamente destinadas a los fines previstos.

El procedimiento se inicia mediante solicitud por parte de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente, que autorizará las medidas de suspensión o reducción de jornada solicitadas por la empresa si el período de consultas realizado con carácter previo ha finalizado con o acuerdo, o si no hubiera sido el caso, tras haber constatado la existencia de la causa, cíclica o sectorial alegada⁷⁶. Y se realizará también comunicación simultánea a la representación de las personas trabajadoras, de la misma manera en que se prevé para los ERTE FM.

La única diferencia si se tratase de la modalidad sectorial, es que junto a la solicitud deberá de adjuntarse un plan de recualificación para las personas trabajadoras que vayan a verse afectadas por las medidas, pues se trata de uno de los requisitos exigidos por esta modalidad para poder acceder a exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social, además de para poder obtener la autorización para el inicio de las medidas que la empresa desee llevar a cabo.

Recibida la solicitud de la empresa, la autoridad laboral deberá remitir el contenido de la solicitud a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para que esta recabe un informe que certifique la concurrencia de los requisitos necesarios, para lo cual contara con un plazo de siete días a contar desde la recepción de la notificación empresarial, que en ningún caso podrá ser prorrogado, siendo este un plazo notablemente más breve que el necesario para las modalidades convencionales de ERTE.

La finalización del periodo de consultas será comunicada a la autoridad laboral, y partir de comunicación de la finalización de las consultas, la autoridad laboral contará con

⁷⁶ Cavas Martínez, F, “El Mecanismo RED se pone en marcha”.2022. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Mecanismo-RED-F.-Cavas.pdf> [consulta 20 de diciembre]

un plazo de siete días para resolver sobre la solicitud, operando aquí el silencio administrativo positivo, en caso de no pronunciamiento⁷⁷.

Una vez obtenida la autorización, la empresa podrá dar inicio a las medidas de reducción temporal de jornada o de suspensión del contrato como alternativa al despido, en los términos que se hayan acordado.

Por el contrario, si el periodo de consultas hubiera concluido sin haberse alcanzado un acuerdo, la autoridad laboral valorará las circunstancias existentes, y decidirá si de la documentación aportada se deduce que la situación cíclica o sectorial temporal concurre en la empresa según lo dispuesto en el art. 47.bis ET. En caso contrario, la solicitud será desestimada y se impedirá a la empresa aplicar las medidas asociadas al Mecanismo RED. Pero en ningún caso se prevé que la empresa no pueda implementar un nuevo ERTE como alternativa al despido de alguna de las modalidades tradicionales del art. 47 ET.

8.4. Protección social.

Respecto de las personas trabajadoras afectadas por el Mecanismo, la pérdida salarial que va aparejada a la implementación de las medidas de suspensión o de reducción temporal asociadas al Mecanismo RED, serán compensadas a través de una prestación denominada como de Seguridad Social, y de sostenibilidad de empleo, de nueva creación, recogida en la D.A 41ª LGSS, cuyo disfrute, al igual que sucedía con los ERTES Covid, no está condicionada a ningún periodo mínimo de cotizaciones y tampoco consumirá el derecho a desempleo que se hubiera generado⁷⁸.

Esta prestación es incompatible con la percepción de prestaciones y subsidios por desempleo, pero compatible con la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, hereda las generosas características de las medidas extraordinarias para la protección por desempleo aplicadas durante la pandemia.⁷⁹

⁷⁷ De la Puebla Pinilla, A. “Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. el nuevo régimen de la reducción de jornada y la suspensión de contratos en el art. 47 et y el MECANISMO RED” La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.151 y ss.

⁷⁸ Ferrando García, M.F, “Aspectos clave del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo” <https://www.cielolaboral.com/2022/05/31/aspectos-clave-del-mecanismo-red-de-flexibilidad-y-estabilizacion-del-empleo/> [consulta 20 de diciembre].

⁷⁹ Cavas Martínez, F. en “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad en el empleo en la nueva reforma laboral de 2021”, <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/> [consulta 21 de diciembre].

En todo caso, la cuantía de esta prestación se fijará aplicando a la base reguladora el porcentaje del 70 por ciento; el máximo mensual será equivalente al 225 % del IPREM⁸⁰ mensual vigente. Si la relación laboral es a tiempo parcial, la cuantía máxima se calculará conforme al IPREM, calculado en función de las horas trabajadas. Adicionalmente, a las personas trabajadoras beneficiarias se las considerará como colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral⁸¹.

Se generará derecho a la percepción de este tipo de prestaciones, desde el día en que se puedan comenzar a implementar en las empresas medidas de reducción temporal de jornada o de suspensión del contrato como alternativa al despido, o en su defecto, desde la fecha en que la empresa haya emitido solicitud para adherirse al mecanismo, y serán abonadas cuando se reciba la comunicación empresarial mensual, que debe remitir la empresa acerca del funcionamiento de la misma durante el mes previo. Cabe señalar, que los días que hayan sido trabajados en régimen de reducción de jornada se computaran como días trabajados a jornada completa.

8.5. Cotización.

Las cotizaciones a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia del Mecanismo RED, se llevarán a cabo según lo regulado en el artículo 153 bis LGSS, que también ha sido renovado por la reforma laboral operada por el RDL 32/2021, en dicho artículo se contienen reglas especiales de cotización de la cuota empresarial por contingencias comunes, omitiéndose las cotizaciones por incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, además las cuotas correspondientes a cada persona trabajadora serán abonadas por el SPEE⁸².

Adicionalmente, mientras se encuentre vigente la reducción temporal de jornada, o en su caso la suspensión del contrato de trabajo como alternativa al despido, los

⁸⁰ Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples es el índice de referencia en España para la asignación de ayudas y subsidios en función de los ingresos

⁸¹ Fernández Ramírez, M, “Anatomía jurídica del Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización de empleo”, *Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 2, 2022, pp.31-44.

⁸² Cano Galán, Y, “El Mecanismos Red”, *Revista de Derecho Laboral VLEX*, núm.5, 2022, pp. 90-96.

empresarios podrán solicitar las exenciones en la cotización de la cuota empresarial por contingencias comunes contempladas en la nueva DA 44ª LGSS, que ha sido incorporada por la última reforma laboral, que se aplicarán en una cuantía porcentualmente determinada, siempre que se cumplan ciertos requisitos, como la existencia de una declaración formal por parte de la empresa de llevar a cabo actividades formativas para las personas trabajadoras afectadas, además de como es obvio, de comprometerse a mantener el puesto de trabajo de las personas trabajadoras afectadas por la medida durante los seis meses posteriores a la finalización de la vigencia de la modalidad del Mecanismo RED que se hubiera aplicado.

8.6. Acciones formativas.

En la nueva DA 25ª ET, que ha sido añadida por la última reforma laboral, se contempla que las personas trabajadoras que se hayan visto afectadas como consecuencia de las medidas aparejadas a la activación del Mecanismo RED, tendrán la consideración de prioritarias para llevar a cabo acciones formativas, cuyo objetivo es aumentar las competencias profesionales de los trabajadores, así como su empleabilidad para así propiciar una rápida recolocación del trabajo en el mundo laboral en caso de pérdida de empleo. Esta formación, en todo caso irá orientada a cubrir las necesidades tanto de la empresa, como de los trabajadores, así como a propiciar la adquisición de competencias digitales, además de en la ya mencionada recualificación del trabajador.

En todo caso, la formación irá asociada al catálogo de actividades recogido en la LO 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, además de la del sistema de formación profesional, o de cualquier otro tipo, siempre que dicha formación se encuentre acreditada. Como es lógico, dichas acciones formativas deberán de llevarse a cabo, durante la vigencia de la reducción temporal de jornada, siendo esta la opción preferente del legislador, o de la suspensión del contrato de trabajo si se hubiera optado por esta segunda opción, en todo caso, siempre deberán respetarse los descansos pactados legalmente, y guardando respeto siempre al derecho de la persona trabajadora a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

8.7. Mantenimiento del puesto de trabajo.

En caso contrario, de no cumplirse con el compromiso de mantener el puesto de trabajo, el empresario deberá de devolver todas las cantidades que le hayan sido exoneradas

de abonar a la SS con cargo a la persona trabajadora que haya sido despedida. Con ello se pretende que no se abuse del uso de este tipo de medidas, o que se usen bajo premisas erróneas, para que una vez llegadas a su fin, realizar procesos despidos colectivo, siendo esto algo que choca frontalmente con el objetivo de estos mecanismos, que es situarse como alternativa los procesos de despido⁸³.

Es por ello que se establece la obligación de mantener el puesto de trabajo de la persona trabajadora que se haya visto afectada por la medida, al menos durante los seis meses subsiguientes a la finalización de vigencia del ERTE, independientemente del momento en que se desactive el Mecanismo Red que lo propició⁸⁴.

Si bien existe este compromiso de mantenimiento del puesto de trabajo, este no será absoluto, pues existen ciertos casos, en los que se puede llevar a cabo el despido del trabajador, sin que ello suponga consecuencia alguna para la empresa, si han acontecido alguna de estas circunstancias:

- El contrato de trabajo ha sido extinguido como consecuencia de un despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora.
- Fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo.
- En los contratos temporales, no se entenderá como incumplido este requisito, si el contrato se extinguió por alcanzarse el periodo normal de finalización del mismo, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

8.8. Fondo RED.

En el Real Decreto-ley 32/2021 se contempló la creación, “*como fondo sin personalidad jurídica, adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social, un Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, que tendrá como finalidad atender a las necesidades futuras de financiación derivadas de la modalidad cíclica y sectorial del Mecanismo RED en materia de prestaciones y*

⁸³ Gimeno Díaz de Atauri P, “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”.2022. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6642>. [consulta 21 de diciembre]

⁸⁴ Fernández Ramírez, M, “Anatomía jurídica del Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización de empleo”, *Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 2, 2022, pp.31-44.

exenciones a las empresas del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, incluidos los costes asociados a la formación, en la forma y condiciones previstas en su normativa de desarrollo”.

A pesar de marcarse un objetivo tan ambicioso, no se estableció ningún plazo para iniciar su consecución, fue apartado por legislador, dado que este no fue capaz de alcanzar ningún acuerdo sobre este punto, durante el proceso negociador de la última reforma laboral.

Es obvio, que una medida que pretende responder a los situaciones de crisis coyuntural de forma tan eficaz, como lo pretende el Mecanismo RED, necesitará servirse para ello de una importante financiación pública como respaldo. Esta financiación se destinará principalmente, a prestaciones y exenciones a las empresas en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social, además de a sufragar los gastos que suponen las medidas de formación asociadas a las diferentes modalidades del mecanismo durante su activación⁸⁵.

Si bien a principios del año 2022, y con posterioridad a la reforma, se contempló en el RDL 4/2022 la conformación del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, aún no se ha esclarecido cuales van a ser las fuentes de financiación de las que va a nutrirse. Este asunto resulta de especial relevancia, más si tenemos en cuenta los compromisos contraídos en materia fiscal y financiera para este fondo de nuestro país con la Unión Europea, puesto que es uno de los puntos clave para que el legislador europeo dé su conformidad a la última reforma laboral española⁸⁶.

Mientras se dilucida de manera definitiva cómo se va a sufragar la financiación necesaria para la constitución del fondo, el Gobierno, de manera transitoria, ha establecido que sea financiado a través de dotaciones presupuestarias tanto al SPEE como a la TGSS, de la misma forma en que se han sufragado las modalidades clásicas de ERTE, por lo que hasta que se establezca una partida presupuestaria específica para ello, todos los ERTE, independientemente de la modalidad de la que se trate, tendrán una financiación común.

El Fondo recibirá también las aportaciones que se consignent en los Presupuestos Generales del Estado, las procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión

⁸⁵ Cruz Villalón, J. “El sistema RED de regulación temporal de empleo”.2022. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf> [consulta: 12 de diciembre].

⁸⁶ Fernández Ramírez, M, “Anatomía jurídica del Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización de empleo”, *Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, núm. 2, 2022, pp.31-44.

Europea orientados al cumplimiento de su objeto y sus fines, así como los rendimientos de cualquier naturaleza que genere el propio Fondo.

9. LA CLÁUSULA DE SALVAGUARDA DEL EMPLEO.

Como ya hemos mencionado, con el comienzo de la pandemia la aplicación de los ERTE como alternativa al despido, ha aumentado exponencialmente como el mejor método de protección, tanto para las personas trabajadoras como para la actividad de las empresas contra los efectos de la crisis sanitaria. Sería a comienzos del año 2020, cuando se promulga el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, donde se establecían una serie de mecanismos que atenuaban la obligación de cotizar de las empresas cuyo efecto pretendía ayudar a su subsistencia. Por ello era, que se regulaban exoneraciones de cuotas de la Seguridad Social durante la vigencia de estos mecanismos.

Pero para que ello fuera posible, se instauraron algunas obligaciones, que se plasmaron en la Disposición Adicional Sexta del decreto mencionado, donde se reguló la cláusula de salvaguarda como contraprestación a la reducción de las obligaciones empresariales en materia de contribución al sistema. De tal forma, que el disfrute de las medidas mencionadas en el decreto estaba sujeta la obligación por parte de la empresa de mantener el puesto de trabajo durante los seis meses subsiguientes a la fecha en que se reanuda la actividad empresarial, instaurándose así como otro método alternativo al despido, de protección para la persona trabajadora.

A lo largo de la pandemia se fueron realizando constantes modificaciones en la regulación de los ERTE, según fue marcando la evolución de la pandemia, en todos ellos, se han recogido exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social, en un principio solo se contemplaban para los casos de fuerza mayor, pero acabaría también por extenderse a la modalidad ETOP, teniendo en común las distintas regulaciones, el que en todas se incluyó la obligación de mantenimiento del empleo⁸⁷.

La aplicación de esta cláusula levantó gran cantidad de dudas, que con el tiempo fueron siendo aclaradas por las sucesivas normas que se fueron promulgando.

⁸⁷ Blázquez Agudo. E.M “La cláusula de salvaguarda del empleo. Desarrollo y límites a través de la historia de la normativa laboral covid” *Trabajo y Derecho*, núm. 89, 2022, pp. 1-18.

Como ya hemos mencionado, fue en el Real Decreto-ley 8/2020 donde se contemplan este tipo de cláusulas por primera vez, el cual, en su artículo 24 establecía beneficios en materia de cotización para los ERTE por fuerza mayor que fueran consecuencia de la crisis sanitaria, reconociendo para estos casos una serie de exoneraciones a las empresas en el abono de las cuotas empresariales y los conceptos de recaudación conjunta durante la vigencia de las medidas.

Por otro lado, en el artículo 25 del mismo texto legal, se reconoció la prestación contributiva por desempleo a todas las personas afectadas por las suspensiones de contrato o reducciones de jornada mencionadas, con independencia de que carecieran del período de cotización mínimo necesario para acceder a dicho beneficio, sin consumir los períodos máximos de percepción establecidos.

Estableciendo para ello, la Disposición Adicional 6ª del mismo texto legal, que todas las medidas extraordinarias que se implementaran estarían sujetas al compromiso empresarial de mantenimiento del empleo durante los seis meses siguientes a la fecha en que se reanudara de la actividad.

Situación esta, que generó varias cuestiones⁸⁸. Al hacer referencia a medidas extraordinarias, parece clara la aplicación de la condición a la exoneración de las cuotas empresariales de la Seguridad Social. Por lo que de no cumplirse este requisito, la empresa tendría que abonar las cantidades que le fueron exoneradas, más compleja será su relación con los beneficios extraordinarios ligados con el pago de las prestaciones de desempleo.

Dada la redacción del precepto, el condicionamiento de las medidas extraordinarias a la cláusula de salvaguarda del empleo da a entender que en caso de incumplimiento, la empresa también debería afrontar el pago de dichas prestaciones, aunque lo más lógico es entender, que la obligación de mantenimiento del empleo es solamente obligatoria en relación a la exoneración de cuotas, pues las subsiguientes regulaciones de la materia sólo hicieron remisión a las exoneraciones⁸⁹.

⁸⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda del empleo en la legislación social anti-covid. O el canon que han de soportar las empresas por las medidas laborales y económicas para mitigar el impacto de la pandemia por Covid-19” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.240, 2021, pp. 18.

⁸⁹ Menéndez Sebastián, P. *Facultades Extintivas del Empresario en la era COVID*. Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2021, pp. 105 ss.

Otras cuestiones que cabe plantearse, acerca de la cláusula de salvaguarda del empleo, es si esta tendrá efectos para todas las personas trabajadoras que desempeñan sus servicios en la empresa, o solo para aquellas que se hayan visto inmersas en un ERTE, el que sucedería en el caso de que las empresas no hicieran uso de las exenciones mencionadas o si nuevos ERTES podrían ser implementados durante la vigencia del compromiso del empleo⁹⁰.

Aunque sin duda alguna, la cuestión sobre esta materia que más interrogantes presenta, es la forma en la que se debe de aplicar el cómputo del plazo de seis meses, y el momento en el que este se debe comenzar a contar. En un principio, la DGT estableció que el plazo comenzaría a computarse desde que se produjera la reanudación de la actividad, entendiendo que se comenzaría a contar desde el momento en que finalizara el período de vigencia de las medidas extraordinarias, es decir, una vez hubiera finalizado estado de alarma o sus prórrogas⁹¹.

Por otra parte, la obligación de mantenimiento del empleo nos hace preguntarnos, si las empresas pueden finalizar los contratos temporales que cumplan su vigencia durante la aplicación de esta cláusula, o si se puede dar algún caso en el que la extinción del contrato no implique el incumplimiento de la condición que estamos estudiando, cuestiones estas, que se fueron aclarando según se fue promulgando la sucesiva normativa sobre la materia.

Otra pregunta que debe plantearse, es si el requisito de mantenimiento del empleo conlleva la obligación de no extinguir el contrato de las personas trabajadoras afectadas por las medidas o si sólo se hace referencia al mantenimiento del nivel de empleo, de forma que los trabajadores despedidos puedan ser cambiados por otros sin que la empresa infrinja la mencionada cláusula. Duda esta, que fue aclarada por la Dirección General de Trabajo⁹² quien señaló que dicha obligación hacía referencia a las personas trabajadoras que se hubieran visto afectadas por las medidas, siendo por tanto estas, irremplazables⁹³.

⁹⁰ Blázquez Agudo. E.M “La cláusula de salvaguarda del empleo. Desarrollo y límites a través de la historia de la normativa laboral covid” *Trabajo y Derecho*, núm. 89, 2022, pp. 1-18.

⁹¹ En este sentido vid. DGT-SGON-850CRA, de 7 de abril de 2020.

⁹² La Dirección General de Trabajo de España es el órgano directivo del Ministerio de Trabajo y Economía Social dependiente de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social encargada de desarrollar la política del Gobierno de la Nación en materia de relaciones laborales y de empleo.

⁹³ En este sentido vid. DGT-SGON. 919CRA, de 29 de abril de 2020.

A pesar de ello, nada impide a la empresa el realizar expedientes de despido colectivo para aquellas personas trabajadoras que no hubieran sido afectadas por las medidas, lo cual resulta ciertamente contrario al objetivo que la cláusula pretendía conseguir, por lo que igualmente el número de empleados en la empresa podrá verse reducido, por lo que cabría plantearse si hubiera sido una mejor opción establecer este requisito para la totalidad de los trabajadores de las empresas afectadas⁹⁴.

El resto de las preguntas a plantearse surge en torno a las consecuencias que tendrá el incumplimiento de la condición, y la forma en que afectará a las empresas que la hayan incumplido.

En la DA 14ª del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, la cláusula de salvaguarda del empleo se contempla para un solo sector únicamente, el de las artes escénicas, musicales, el cinematográfico y audiovisual. En este mismo decreto, se precisaron algunas cuestiones acerca de las causas de exoneración de la obligación de mantenimiento del empleo y acerca de cómo debían de aplicarse para empresas inmersas en un concurso.

La DA 6ª señala que hay que valorar la condición de mantenimiento de empleo de acuerdo con las especificidades de las empresas que presentan alta variabilidad o estacionalidad del empleo, o una relación directa con eventos o espectáculos concretos. Y, posteriormente, recoge ejemplos, indicando que «entre otros» están ciertos sectores. De modo que se deja abierta su aplicación a otros, siempre que presenten los mencionados rasgos⁹⁵.

Cabe preguntarse, si fuera de esos sectores cabrán otras causas para la aplicación de la cláusula, pues no para muchos sectores se cumplirán de manera clara las condiciones descritas, además, puesto que en el momento en el que se promulgó la norma, todos los

⁹⁴ Ortega Lozano P.G., “¿Y después de la crisis sanitaria? Cuestiones litigiosas consecuencia del derecho excepcional en materia laboral y eventuales escenarios interpretativos” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.238, 2021, pp. 4 y ss.

⁹⁵ BAYLOS GRAU, A “El Acuerdo Social en el BOE: el RDL 18/2020 de medidas sociales en defensa del empleo”.2020. <https://baylos.blogspot.com/2020/05/el-acuerdo-social-en-el-boe-el-rdl.html> [consulta: 23 de diciembre].

sectores de actividad atravesaban una situación compleja, podría haberse valorado como algo excepcional, el mantenimiento del empleo para todos ellos⁹⁶.

Tampoco se regula en qué forma se va a valorar, lo cual presenta numerosas dudas en cuanto a la forma en que se va a aplicar la cláusula, y sobre todo, el cómo se procedería en caso su no cumplimiento, de forma que no se perjudique a las empresas que lo incumplan.

En esta ocasión también se señala, que no se entenderá como incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo, cuando los contratos temporales se extingan por expiración del tiempo convenido o por la finalización de la obra o servicio que fue objeto del contrato. Además de estas causas, también se amplían los supuesto de excepción a la extinción del contrato de trabajo por motivos disciplinarios si el despido es procedente, a la dimisión del trabajador, la jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Otra de las novedades introducidas por este decreto, es que el compromiso de mantenimiento del empleo se define como la voluntad de la empresa de conservar el puesto de trabajo durante los seis meses subsiguientes a la terminación de las medidas de ajuste temporal fundamentadas en la crisis sanitaria.

Apenas un par de meses después, el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, modificó la DA 6ª del RDL 8/2020, aclarando así algunas de las dudas surgidas.

En el anterior RDL mencionado, se indicaba que el plazo de seis meses comenzaba a contarse desde la fecha de terminación de las medidas de ajuste temporal provocadas por el COVID-19, pero en la Disposición Final 2ª del RDL 18/2020, se especificó que tal plazo comenzaría a contarse desde el momento en el que los trabajadores afectados se incorporasen de manera efectiva a su puesto de trabajo⁹⁷, puntualizando, que se entenderá producida la reincorporación desde el momento en que uno de los trabajadores afectados vuelva a ocupar con normalidad su puesto de trabajo.

Como novedad, este decreto, añade una nueva causa que no se consideraría como incumplimiento de la obligación de mantener el puesto de trabajo en los casos de fin del

⁹⁶ Blázquez Agudo, E.M “La cláusula de salvaguarda del empleo. Desarrollo y límites a través de la historia de la normativa laboral covid” *Trabajo y Derecho*, núm. 89, 2022, pp. 1-18.

⁹⁷ Mercader Ugina, J. R. /De la Puebla Pinilla, A “El RD Ley 18/2020 y la ‘nueva’ concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas”.2020. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html>. [consulta: 23 de diciembre].

llamamiento de las personas con contrato fijo discontinuo, cuando este no suponga un despido, sino una interrupción del mismo.

Además, ahora sí, se incluyen en la norma las consecuencias que llevará aparejada el incumplimiento del mantenimiento de los puestos de trabajo, que sería la obligación de abonar tanto el importe de las cotizaciones exoneradas con su correspondiente recargo e intereses de demora, una vez que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social hubiese constatado la producción del incumplimiento, y a su vez haya determinado las cantidades que deben abonar.

Este nuevo decreto, creó cierta confusión, pues en su redacción se recoge que el requisito de mantenimiento del empleo ya no será de aplicación para aquellas empresas que se encuentren en riesgo de concurso, rompiendo así con lo establecido en el anterior texto normativo.

Asimismo, el RDL precisó que se exoneraría de dicho requisito a las empresas que estuvieran en riesgo de concurso, según lo dispuesto en la Ley Concursal del año 2003, cuestión que se tornó aún más compleja con la publicación de una nueva Ley Concursal en el año 2020⁹⁸, que rompió con lo dispuesto en la norma anterior, cambiando las situaciones en las que una empresa se encontraría en riesgo de concurso.

A pesar de que en la redacción de la DA 6ª se hace referencia a la Ley de 2003, resulta obvio, que la aplicable en todo caso, es la de 2020 pues es la que se encuentra en vigor actualmente⁹⁹.

De esta remisión, se presentó la duda de quien debería valorar la existencia del riesgo de concurso. Siendo la respuesta un tanto contradictoria, pues será la Autoridad Laboral la encargada de prejuzgar si concurren las causas necesarias en la empresa para que esta sea exonerada de sus obligaciones, para que más tarde, la autoridad judicial sea quien decida, por tanto cabría el riesgo valoraciones contradictorias¹⁰⁰.

⁹⁸ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

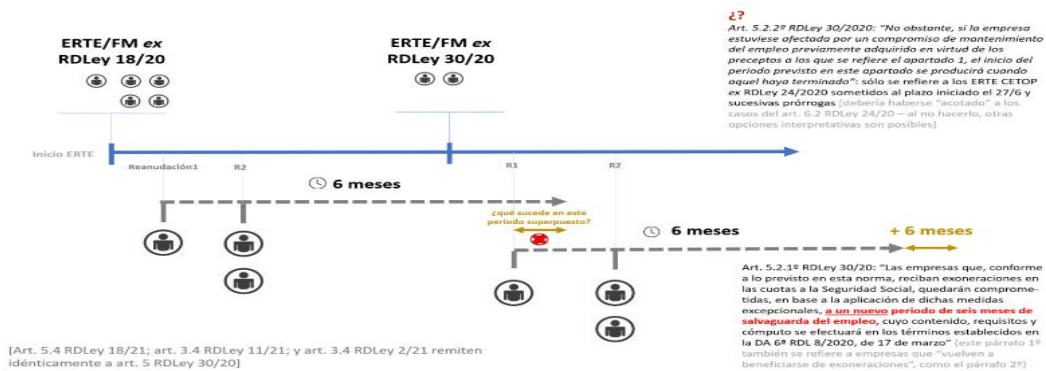
⁹⁹ Blázquez Agudo. E.M “La cláusula de salvaguarda del empleo. Desarrollo y límites a través de la historia de la normativa laboral covid” *Trabajo y Derecho*, núm. 89, 2022, pp. 1-18.

¹⁰⁰ En esta materia, existe ya cierta jurisprudencia a tener en cuenta, como La STSJ de Castilla y León de 4 de octubre de 2021 (recurso 1825/2021), y en el mismo sentido que la anterior la STSJ de Madrid de 2 de noviembre de 2021(recurso 698/2021).

En todo caso, resulta altamente contradictorio que si la normativa anterior sí extendía los efectos de la cláusula de salvaguarda a las empresas en concurso, que esta posterior las excluya de forma expresa. De manera que lo más razonable sería pensar que esta exención es de posible aplicación a ambas situaciones¹⁰¹.

Más tarde el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección de trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, haría también extensivas las exoneraciones en materia de cotización a los ERTES ETOP. Añadiendo, que para las empresas que hicieran uso por primera vez de estos beneficios, el plazo de seis meses comenzaría a computarse desde la entrada en vigor de la norma, y no desde que se produjera la reincorporación efectiva de las personas afectadas por las medidas de flexibilidad interna.

El Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, extiende estas mismas obligaciones a las empresas que reciban exoneraciones previstas en esta norma, de forma que quedarán sometidas a la cláusula de salvaguarda del empleo por un nuevo período de seis meses¹⁰².



Fuente: Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁰³.

¹⁰¹ Ortega Lozano, P.G., «¿Y después de la crisis sanitaria? Cuestiones litigiosas consecuencia del derecho excepcional en materia laboral y eventuales escenarios interpretativos» en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.238/2021, pág. 8

¹⁰² Beltrán de Heredia Ruiz. I "Cláusula de salvaguarda del empleo: a propósito del encadenamiento de períodos de 6 meses (una «adenda» revisada)". 2021. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. [Cláusula de salvaguarda del empleo: a propósito del encadenamiento de períodos de 6 meses \(una «adenda» revisada\) – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES \(ignasibeltran.com\)](https://www.ignasibeltran.com/una-mirada-critica-a-las-relaciones-laborales-a-proposito-del-encadenamiento-de-periodos-de-6-meses-una-adenda-revisada/) [consulta: 24 de diciembre].

¹⁰³ [UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES – Por Ignasi Beltran de Heredia Ruiz. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.](https://www.ignasibeltran.com/una-mirada-critica-a-las-relaciones-laborales/)

Durante el año 2021, se promulgaron nuevos textos normativos en los que se incluyeron prórrogas de las exenciones de cuotas de la Seguridad Social para los ERTES COVID, también condicionados al requisito de mantenimiento del empleo.

Así, el RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, recogió los mismo requisitos para su empleo, que en el último decreto del año 2020, apostando de nuevo por el computo sucesivo de los periodos de seis meses, pues por lo que un nuevo periodo se computaría una vez concluido el anterior, modo de computar plazos este, que permanecería inalterado en sucesivos decretos.

El RDL 18/2021¹⁰⁴ añadió un nuevo requisito para que las empresas hicieran uso de las exenciones, que sería el desarrollo de acciones formativas, pasando a ser por tanto, dos los requisitos necesarios para poder acceder a ellas. Cabe mencionar, que las acciones formativas iban principalmente orientadas a la adquisición de competencias digitales o bien a la recualificación de la persona trabajadora, siendo varias las posibilidades en la que dicha formación podía llevarse a cabo, siendo posible que se desarrollaran tanto durante la aplicación de las medidas de ajuste temporal como durante el tiempo de trabajo, pero siempre con respeto a los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

Una vez que hubiera finalizado el plazo para el desarrollo de las acciones formativas, la TGSS comunicará al Servicio Estatal Público de Empleo, a qué trabajadores le han sido aplicadas las exenciones, y comprobará que efectivamente la formación se hubiera realizado, en caso de no haber sido así, la TGSS informará a la Inspección de Trabajo para que esta inicie un expediente sancionador y de liquidación de cuotas por cada uno de los empleados que no las hubieran realizado. En todo caso, la empresa no tendría que reintegrar las exenciones, cuando la persona trabajadora no hubiera realizado las acciones formativas por su propia voluntad¹⁰⁵.

Recientemente se ha aprobado el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, donde se han incluido diversas modificaciones en el

¹⁰⁴ Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo.

¹⁰⁵ Blázquez Agudo. E.M “La cláusula de salvaguarda del empleo. Desarrollo y límites a través de la historia de la normativa laboral covid” *Trabajo y Derecho*, núm. 89, 2022, pp. 1-18.

ámbito de los ERTES. Aprovechando lo aprendido en la pandemia sobre estos instrumentos, se han incluido en el texto del ET modificaciones en todos los tipos ERTES, e incluso introducido una nueva modalidad.

Para todas las modalidades de ERTES se contemplan beneficios en materia de exención de cuotas de la Seguridad Social, ahora obligatoriamente condicionadas al desarrollo de acciones formativas con los mismos objetivos que la época COVID, por lo que es obvio, que todas ellas también estarán condicionadas de igual forma a la cláusula de salvaguarda del empleo, que de igual modo desarrollará sus efectos durante los seis meses siguientes a la finalización del período de vigencia del ERTE.

Varias son las formas sobre las que se ha teorizado acerca de en qué momento se debe comenzar a computar el periodo de seis meses durante los cuales se encontrará vigente la cláusula de salvaguarda del empleo.

Como ya se mencionó anteriormente, en sus inicios la DGT estableció que se comenzaría a computar el plazo cuando las medidas de ajuste temporal llegaran a su fin para todas las personas trabajadoras que se hubieran visto inmersas en ellas¹⁰⁶. Criterio este, que posteriormente fue modificado en textos normativos posteriores, pues en el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, se comenzará a computar en el momento en el que los trabajadores que se hayan visto afectados vuelvan a reincorporarse con normalidad a su puesto de trabajo, aunque dicha vuelta sea de carácter parcial.

Han sido varias las sentencias que se han pronunciado a favor de la reincorporación parcial, pues según la jurisprudencia, se entiende que la actividad se reanuda desde el momento de la desafectación parcial y, por tanto, desde ese momento no existe no incumplimiento por despido objetivo, incluso aunque no se haya comunicado la desafectación al trabajador que ha sido despedido¹⁰⁷.

En la nueva DA 44ª de la LGSS se recogen algunas situaciones, en las que a pesar de haberse producido disminuciones en la plantilla de la empresa, el compromiso de mantenimiento del empleo no se tendrá por incumplido. En esencia, son las mismas situaciones que inicialmente se contemplaron para la época COVID, como cuando el

¹⁰⁶ En este sentido vid. DGT-SGON-850CRA, de 7 de abril de 2020.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de octubre de 2021 (Rec. 1433/2021)

despido se haya producido por motivos disciplinarios y sea declarado procedente¹⁰⁸, por jubilación o dimisión del trabajador, por producirse una incapacidad permanente en cualquiera de sus grados o si se produjera el fin del llamamiento en los contratos de fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido, sino una interrupción de la prestación de servicios. Lo mismo ocurrirá con los contratos temporales, siempre que terminen por haber expirado la duración pactada o se haya concluido la obra acordada.

Cabe plantearse si esta es una enumeración cerrada, o si por el contrario existen más causas excepcionales en las que no se entenderá incumplida la cláusula, a pesar de haberse producido la extinción, pero de momento, esta enumeración ha sido tomada como *numerus clausus*¹⁰⁹.

Si se entendiera que la cláusula de salvaguarda del empleo ha sido incumplida, y por tanto es necesario abonar las cuotas de las que la empresa ha sido exonerada, además de abonar las cantidades que en su momento fueron exoneradas, también se tendrá la obligación de abonar, tanto el correspondiente recargo como los intereses de demora, pues si no se realizara así, se entendería que el abono de las cuotas habría sido aplazado, lo que supondría el tener que abonar una mayor cantidad de interés y de recargo, por pagar fuera del plazo establecido.

Por último, cabe señalar que la violación de la cláusula para una persona trabajadora que fue afectada por un ERTE y por la que se dejaron de pagar cuotas al beneficiarse de las exoneraciones, no afectará a la totalidad de los trabajadores que se hayan visto inmersos en el ERTE, sino únicamente a las no abonadas por la persona trabajadora para la que se haya incumplido el pacto, pues en sentido contrario se estaría yendo en contra del objetivo de la cláusula, que no es otro que mantener el empleo y extender la deuda podría evitar su consecución¹¹⁰.

¹⁰⁸ Sentencia del TSJ Castilla y León de 1 de marzo de 2021 (Rec. 93/2021) califica como procedente, el despido de un trabajador cuando este no se reincorpora a su puesto de trabajo después de la finalización de un ERTE, por lo que no es necesaria la devolución de las cuotas de la Seguridad Social que se dejaron de abonar como beneficio adscrito al expediente.

¹⁰⁹ Cavas Martínez, F. “Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda del empleo en la legislación social anti-covid. O el canon que han de soportar las empresas por las medidas laborales y económicas para mitigar el impacto de la pandemia por Covid-19” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.240, 2021. pág. 26.

¹¹⁰ Falguera Baró, M.A. *Los ERTEs en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*. Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2020, pp. 104 y ss.

Más recientemente, el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en una reciente sentencia¹¹¹, ha sentado un nuevo criterio de interpretación respecto al artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, establecía que *“la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”*. Los decretos promulgados con posterioridad, también dentro del marco de la pandemia, mantuvieron su vigencia, para más tarde pasar con esta misma redacción a la Ley 3/2021.

Como ya se ha indicado, estas medidas han suscitado gran controversia desde su entrada en vigor. Se ha discutido, en efecto, si, en caso de ser desconocidas, recurriendo a la extinción contractual en lugar de a las medidas de regulación temporal de empleo, aquella había de ser declarada nula o improcedente.

Como consecuencia de este debate, la cuestión llegó hasta el Tribunal Supremo mediante un recurso de casación para la unificación de doctrina, dando lugar a esta sentencia, que ha sentado un nuevo criterio de interpretación respecto al artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, en el sentido de que su infracción no provoca la nulidad del despido sino su improcedencia, siendo además sus pronunciamientos de elevado interés, de cara al futuro de las relaciones laborales.

De inicio, se hace énfasis en la literalidad del mencionado artículo, que a pesar del continuo uso de la expresión «prohibición de despedir», en realidad el contenido del artículo no es tal, sino que contiene *“una destipificación, una neutralización de causas extintivas”, en ningún caso una prohibición de despedir. La magra formulación legislativa no prohíbe la extinción contractual, sino que retira la cobertura del despido por dificultades empresariales, que podrían justificar, en condiciones de normalidad, una extinción ajustada a Derecho ya no pueden alcanzar esa legitimación”*. De manera que nos situamos en el terreno de los vicios causales, cuya calificación natural es la de improcedencia¹¹².

Por lo que el fin de este precepto, siguiendo el razonamiento del tribunal, es que los despidos que, sin la normativa COVID estarían justificados dejen de estarlo. Lo que se contempla en la regulación es el tratamiento de despidos potencialmente justificados, que,

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022 (Rec.1359/2021)

¹¹² Goerlich Peset, J.M. “Despidos sin causa durante la vigencia de la normativa de emergencia sanitaria: la STS 841/2022, de 19 de octubre”. <https://www.aedtss.com/despidos-sin-causa-durante-la-vigencia-de-la-normativa-de-emergencia-sanitaria-la-sts-841-2022-de-19-de-octubre/> [consulta: 7 de febrero].

por decisión del legislador, en la situación excepcional derivada de la pandemia, dejan de estarlo.

Y, por supuesto, en ningún caso la imaginativa interpretación que sustentaba la sentencia casada por la del Tribunal Supremo de que la norma daba una protección al empleo frente a la pandemia, similar a la reservada para los derechos fundamentales no tiene fundamento alguno. Y ello por la equiparación entre el derecho al trabajo (artículo 35 de la Constitución Española) y la libertad de empresa (artículo 38), aparecen integrados en la misma sección del capítulo segundo del título I de la norma fundamental, y por tanto *“no parece viable que entre ellos se produzca una impropia alteración de rango o de protección, sin perjuicio de que el legislador vaya dando preponderancia a uno u otro a medida que adopta sus decisiones”*.

Finalmente, la sentencia apunta que *“el RDL 9/2022 no contiene una verdadera interdicción del despido, sino una temporal restricción de su procedencia; durante ese tramo cronológico, por así decirlo, ha quedado suspendida la vigencia de los preceptos sobre las referidas causas de despido objetivo, colectivo o por fuerza mayor”*. Los despidos con vulneración de derechos fundamentales, en los términos consagrados por la jurisprudencia, y enumerados por la sentencia, siguen siendo nulos. La presencia de despidos sin *“causa acreditada, sea cual fuere la invocada por el empresario, reconduce el supuesto al despido improcedente”*, cuyo régimen jurídico sigue también siendo el mismo. El cambio radica en que despidos que, sin la norma del artículo 2, serían considerado procedentes, puedan ser declarados improcedentes.

Y esto último, con un matiz importante. El Tribunal Supremo aclara, con apoyo en la sentencia de la propia sala de 16 de marzo de 2022 (239/2022), que el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2022 *“no resulta de aplicación cuando el origen de las causas económicas o productivas que justifican el despido se hubieran iniciado antes de la pandemia y trajeran causa de una crisis estructural o sectorial, pero no en la crisis sanitaria”*. Por tanto, a pesar de la destipificación que realiza el citado artículo 2 *“si la empresa acredita la existencia de una situación estructural, sí que puede acordar el despido colectivo”*.

El Tribunal Supremo reafirma la doctrina sobre la improcedencia de los despidos sin causa. El despido carente de causa debe considerarse improcedente y no nulo, y ello cumple con la reparación alternativa contemplada en el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT, que recoge expresamente la indemnización como consecuencia posible del incumplimiento del principio de causalidad del despido. Y, aunque el Tribunal Supremo no lo considere, porque no se trajo a colación en el caso, hay que concluir que la legislación española al respecto cumple también con el artículo 24 de la Carta Social Europea, que

contempla el derecho de los trabajadores despedidos sin motivo válido a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada¹¹³

¹¹³ López Durán. F “Despidos: la prohibición que no fue tal”
https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/despidos-prohibicion-no-fue-tal#:~:text=Y%20esta%20es%20la%20l%C3%ADnea,del%20despido%20sino%20su%20improcedencia.
[consulta: 1 de noviembre].

10. CONCLUSIONES.

1. Realizado el análisis del desarrollo legislativo de las medidas de flexibilidad interna, de las que son paradigma los expedientes de regulación de empleo, queda claro que el legislador siempre ha intentado priorizar el hacer un mayor uso de estos mecanismos para situarlos como la principal alternativa al despido, como se puede extraer de las diferentes reformas que se han realizado a lo largo de los años, hasta el momento actual, en cual se ha situado a los ERTE en el centro de la relación laboral, especialmente tras la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, no sólo como un método de adaptación a los periodos de crisis, sino también como una oportunidad de desarrollo para las personas trabajadoras, gracias a la realización de acciones formativas, que permitan tanto mejorar las competencias ya adquiridas como obtener otras nuevas, siendo esto altamente beneficioso tanto para el futuro de la empresa, como para el del trabajador.
2. La gran evolución que han sufrido los mecanismos de flexibilidad interna en los últimos años, se ha debido sobre todo, a la crisis provocada de la pandemia, que adelantó una serie de reformas en materia laboral, que de otra forma habrían tardado años en ver la luz, o que incluso no se habrían llevado a cabo nunca. De entre todos los elementos que se han introducido con carácter permanente en el ET, tras la pandemia, destaca especialmente, la introducción de cláusula de salvaguarda del empleo como forma de establecer una alternativa al despido adicional tras la finalización de las medidas de flexibilidad interna, o el hecho de que para que las empresas puedan obtener exenciones en materia de seguridad social deban desarrollar acciones formativas durante la vigencia de los ERTE. Aunque sin duda, la más significativa de estas nuevas adiciones al ET, es la creación del Mecanismo RED, que se ha creado sobre todo con vocación de futuro, y que hasta el momento solo ha sido activado en una ocasión para el sector de las agencias de viajes, arrojando resultados bastante positivos. Sin duda la novedad más destacada ha sido la preferencia del legislador por las medidas de reducción jornada sobre la suspensión de los contratos de trabajo, pues si bien las diferencias entre ambas modalidades no son significativas, se entiende como preferible el empleo de la reducción de jornada porque esta mantiene viva la vinculación de las personas trabajadoras con la organización productiva de la empresa.

3. En lo referente a los ERTE por causa de fuerza mayor, resulta especialmente destacable la introducción de una nueva causa de fuerza mayor asociada al impedimento o limitación del normal desarrollo de la actividad de la empresa, en caso de que dichas alteraciones sean consecuencia de las decisiones adoptadas por el Gobierno o la autoridad pública competente, especialmente cuando dichas alteraciones sean provocadas por acciones destinadas a la protección de la salud pública. Con ello, se pretenden cubrir las lagunas existentes con anterioridad a la pandemia que no preveían este tipo de sucesos, de modo que las personas trabajadoras no se vean desprotegidas ante futuras situaciones de crisis sanitarias o de cualquier otro tipo que pudieran surgir, a la vez que impidan que vuelvan a darse las graves situaciones de indefensión jurídica que se dieron durante los años de pandemia.
4. Ha sido grande el debate que se ha generado en torno a la denominada “prohibición de despedir”, que fue introducida por primera vez en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, y que más tarde ha sido adicionada con carácter definitivo en el Estatuto de los Trabajadores por la última reforma laboral, finalmente, ha sido el Tribunal Supremo el que ha terminado con toda posible controversia al aclarar cuál es el auténtico significado de este artículo, dicho tribunal ha concluido que a pesar de la terminología empleada en la redacción del artículo no nos encontramos ante una verdadera prohibición de despedir, si no que más bien se trata de una destipificación de causas extintivas, aclarando así la redacción tan ambigua dada a este artículo por el legislador en su orígenes y que no había sido aclarada en los textos normativos posteriores, ni tampoco en el decreto que aprobó la última reforma laboral, por lo que la actuación del Tribunal Supremo ha sido determinante para terminar con este controvertido debate doctrinal. Queda claro, que lo que se quería conseguir con esta cláusula era alargar el efecto como alternativa al despido que pretenden los ERTE, desincentivando el empleo de los despidos tras la finalización de los mismos.
5. De toda la experiencia acumulada durante la pandemia, y de los positivos resultados que han arrojado la fuerte apuesta realizada por el empleo de los ERTE, se ha inferido que era necesaria la introducción de un nuevo mecanismo en nuestra legislación laboral con el que hacer frente a determinadas a periodos temporales de crisis económica, para responder a esta necesidad el legislador ha creado el nuevo mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo. Se ha ideado como un

mecanismo bimodal, con en el que bajo una primera modalidad se pretende hacer frente a momentos depresivos del ciclo económico que provoquen dificultades en el seno de las empresas, mientras que con una segunda modalidad se pretende hacer frente a los denominados como procesos de “reconversión industrial. Su creación es altamente positiva, pues está destinado a elevar el grado de protección que se otorga a las personas trabajadoras ante situaciones que anteriormente no eran contempladas por nuestra legislación laboral, y que en el pasado generaron situaciones de gran inestabilidad e incertidumbre en el mercado laboral.

6. El último aspecto a destacar es la firme apuesta que se ha realizado por la formación de las personas trabajadoras, especialmente en lo que se refiere a la adquisición de competencias en nuevas tecnologías y en materia digital, de gran importancia para todos los ámbitos de la vida diaria y más si cabe para el mundo laboral, además de por la adquisición de competencias digitales, también se ha realizado una importante apuesta por la recualificación de las personas trabajadoras, con el objetivo no sólo de adaptarse a los continuos cambios que sufren las empresas, sino también con el objetivo de aumentar el nivel de cualificación de los trabajadores de manera que sea fácil su acceso a nuevos puestos de trabajo si en un hipotético futuro perdieran su puesto original, siendo este otro de los elementos que se han introducido en el Estatuto de los trabajadores con las miras puestas en el futuro, y que al igual que otros de los elementos comentados, tiene también origen en la pandemia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrinal

ALONSO ARENA, M. “La reforma laboral del 2021 (Análisis normativo del RDL 32/2021, de 28 de diciembre)”. *Aranzadi digital*, núm.1, 2021, pp. 21 y ss.

ÁLVAREZ CORTÉS, JC. “La flexibilidad “interna” en el real decreto-ley 32/2021 a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y el mecanismo red” Trabajo, Persona, Derecho, Mercado, Monográfico, 2022, pp. 183-184.

BLÁZQUEZ AGUDO. E.M. “La cláusula de salvaguarda del empleo. Desarrollo y límites a través de la historia de la normativa laboral covid” Trabajo y Derecho, núm. 89, 2022, pp. 1-18.

CANO GALÁN, Y. “El Mecanismos Red”, *Revista de Derecho Laboral VLEX*, núm.5, 2022, pp. 90-96.

CAVAS MARTÍNEZ, F. “Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda del empleo en la legislación social anti-covid. O el canon que han de soportar las empresas por las medidas laborales y económicas para mitigar el impacto de la pandemia por Covid-19” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.240, 2021, pp. 18.

CRUZ VILLALÓN, J. “Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma”, *Temas Laborales*, núm. 98, 2009, pp. 21-54.

DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Flexibilidad interna ante las crisis en la empresa. el nuevo régimen de la reducción de jornada y la suspensión de contratos en el art. 47 et y el MECANISMO RED” *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.151 y ss.

ESTEBAN GÓMEZ, A. *ERTE DEL SIGLO XXI. ERTE DEL SIGLO XXI: Mecanismos permanentes de flexibilidad interna centrados en la formación, recualificación y la transición profesional*. Ed. Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2022, pp. 124-125.

FALGUERA BARÓ, M.A., Los ERTEs en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria. Ed. Bomarzo, 1ª edición, Albacete, 2020, pp. 104 y ss.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. J.J, “El Mecanismo RED: un marco estable para preservar el empleo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 88, 2022, pp. 4 y ss.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. Expedientes de regulación de empleo: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. perspectiva jurídica” *Temas Laborales*, núm. 99, 2009. pp. 107-133.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. “Anatomía jurídica del Mecanismo Red de flexibilidad y estabilización de empleo”, *Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, núm. 2, 2022, pp.31-44.

GÁRATE CASTRO, J. “Las medidas de flexibilidad interna en la reforma laboral de 2012, en especial las relacionadas con la clasificación profesional, la determinación del contenido de la prestación de trabajo objeto del contrato y la movilidad funcional”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.8/2013, pp. 49-67.

GÓMEZ VALERIANO. “La reforma laboral de 2010: crónica de un diálogo social frustrado”, *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*, ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 58 y ss.

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.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”. *Actualidad Laboral*, núm. 4, 2011, pp. 404.

GUTIÉRREZ PÉREZ. M “La decidida apuesta por la reducción de jornada en situaciones de crisis empresarial tras la reforma laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 620, 2022, pp. 118-163.

LLANO SÁNCHEZ, M. “La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos”. *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2010, pp. 2631.

MELLA MÉNDEZ. L “La suspensión del contrato y reducción temporal de jornada tras las reformas laborales de 2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 23/24, 2012, pp. 177.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Facultades Extintivas del Empresario en la era COVID*. Ed. Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2021, pp. 105 ss.

ORTEGA LOZANO P.G. “¿Y después de la crisis sanitaria? Cuestiones litigiosas consecuencia del derecho excepcional en materia laboral y eventuales escenarios interpretativos” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm.238, 2021, pp. 4 y ss.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. “La Versión 2010 de la Reforma Laboral Permanente (Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo)”, *La reforma del mercado de trabajo: Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 38 y ss.

DE LA PUEBLA PINILLA, A. “El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, pp. 83-96.

RAMOS QUINTANA, M. I. “La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?”, *Trabajo y Derecho*, núm.87, 2022, pp. 18-38.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO. M. “La reforma laboral de 2021: un análisis de la norma reformadora”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, (Monográfico), 2022, pp. 25–62.

ROQUETA BUJ. R. *La flexibilidad interna tras la reforma laboral: la Ley 3-2012, de 6 de julio*. Ed. Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2012, pp. 11-13.

SALA FRANCO. T, “Puntos críticos para un debate sobre la reforma laboral de 2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2013, pp. 31-44.

TALÉNS VISCONTI, E, RAMOS MORAGUES F, LÓPEZ BALAGUER M, BLASCO PELLICER Á, ALEGRE NUENO M. *Reforma laboral y de Seguridad Social 2013*. Ed. Tirant lo Blanch, 1º edición, Valencia, 2013, pp. 15-56.

VILA TIERNO. F Y ÁLVAREZ CORTÉS. J.C, “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, *Temas Laborales*, núm. 161, 2022. pp. 281-304.

Jurisprudencia.

Tribunal Supremo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995).

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 1998 (Rec. 2788/1994).

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2020 (Rec. 67/2019)

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021 (Rec.14/2021).

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2021 (Rec. 165/2020)

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022 (Rec.1359/2021)

Tribunal Superior de Justicia.

Sentencia del TSJ Castilla y León de 1 de marzo de 2021 (Rec. 93/2021).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla y León de 4 de octubre de 2021 (Rec. 1825/2021).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de octubre de 2021 (Rec. 1433/2021)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de noviembre de 2021(Rec. 698/2021).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de junio de 2022 (Rec. 470/2022)

Audiencia Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional 37/2022, Audiencia Nacional, de 14 de Marzo de 2022 (Rec. 13/2022)

Normativa

LEY de 25 de junio de 1935, de la previsión contra el paro, desarrollado por medio del Decreto de 29 de noviembre de 1935, para prevenir y remediar en lo posible el paro forzoso involuntario.

LEY 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

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 Trabajadores.

LEY 11/1994 de 19 de Mayo por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

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.

REAL DECRETO-LEY 10/2010 de 16 de junio sobre medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo.

LEY 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

LEY 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

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.

REAL DECRETO LEY 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

LEY 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

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.

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.

REAL DECRETO-LEY 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19

REAL DECRETO-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.

REAL DECRETO-LEY 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

REAL DECRETO-LEY 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

REAL DECRETO-LEY 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección de trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial.

REAL DECRETO-LEY 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo

REAL DECRETO-LEY 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo.

REAL DECRETO-LEY 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

Webgrafía

BAYLOS GRAU, A “El Acuerdo Social en el BOE: el RDL 18/2020 de medidas sociales en defensa del empleo”.2020. <https://baylos.blogspot.com/2020/05/el-acuerdo-social-en-el-boe-el-rdl.html> [consulta: 23 de diciembre].

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ. I “Cláusula de salvaguarda del empleo: a propósito del encadenamiento de períodos de 6 meses (una «adenda» revisada)”.2021. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. [Cláusula de salvaguarda del empleo: a propósito del encadenamiento de períodos de 6 meses \(una «adenda» revisada\) – UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES \(ignasibeltran.com\)](https://ignasibeltran.com/2021/12/clausula-de-salvaguarda-del-empleo-a-proposito-del-encadenamiento-de-periodos-de-6-meses-una-adenda-revisada/) [consulta: 24 de diciembre].

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ. I “ERTE por fuerza mayor derivado de un ciberataque mediante virus ransomware (SAN 14/3/22)” <https://ignasibeltran.com/2022/03/22/erte-por-fuerza-mayor-derivado-de-un-ciberataque-mediante-virus-ransomware-san-14-3-22/> [consulta: 12 de noviembre].

CAVAS MARTÍNEZ, F, “El Mecanismo RED se pone en marcha”.2022. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Mecanismo-RED-F.-Cavas.pdf> [consulta 20 de diciembre]

CAVAS MARTÍNEZ, F, “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad en el empleo en la nueva reforma laboral de 2021”, <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/> [consulta 21 de diciembre].

CRUZ VILLALÓN, J, “El sistema RED de regulación temporal de empleo”.2022. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf> [consulta: 12 de diciembre].

EP DATA AGENCIA DE DATOS <https://www.epdata.es/evolucion-diaria-numero-afiliados-afectados-erte-espana/0a091c94-db77-4b80-a100-4816fa1d67fa>

EP DATA AGENCIA DE DATOS <https://www.epdata.es/evolucion-numero-trabajadores-afectados-ere-suspension-contrato-reduccion-jornada-espana/e97d136e-57f3-427b-a5f9-abc10bb42e56>

FERRANDO GARCÍA, M.F, “Aspectos clave del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo” <https://www.ciclolaboral.com/2022/05/31/aspectos-clave-del-mecanismo-red-de-flexibilidad-y-estabilizacion-del-empleo/> [consulta 20 de diciembre].

GIMENO DÍAZ DE ATAURI P, “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”.2022. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/6642>. [consulta 19 de diciembre]

GOERLICH PESET, J.M. “Despidos sin causa durante la vigencia de la normativa de emergencia sanitaria: la STS 841/2022, de 19 de octubre”. <https://www.aedtss.com/despidos-sin-causa-durante-la-vigencia-de-la-normativa-de-emergencia-sanitaria-la-sts-841-2022-de-19-de-octubre/> [consulta: 7 de febrero].

Instituto Nacional de Estadística <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3979#!tabs-grafico>

López Durán. F “Despidos: la prohibición que no fue tal” https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/despidos-prohibicion-no-fue-tal#:~:text=Y%20esta%20es%20la%20l%C3%ADnea,del%20despido%20sino%20su%20i%20procedencia. [consulta: 1 de noviembre].

Martínez Barroso, R., “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”.2022. https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf [consulta: 1 de noviembre].

MERCADER UGUINA, J. R. /DE LA PUEBLA PINILLA, A “El RD Ley 18/2020 y la ‘nueva’ concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas”.2020. <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html>. [consulta: 23 de diciembre].

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL https://www.mites.gob.es/estadisticas/REG/reg08/RES/cuadrosresumen_top_HTML.htm

MOLERO MARAÑÓN, M.L. “Reducción temporal de jornada y suspensión de contrato ex art. 47 ET: Un heredero directo de los ERTE de la crisis sanitaria”.2022. https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2022/04/molero_noticias_cielo_especial_reforma_2022.pdf [consulta 19 de enero].

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “Mecanismos de flexibilidad interna en la reforma laboral”.2022. <https://almacenederecho.org/mecanismos-de-flexibilidad-interna-en-la-reforma-laboral> [consulta 19 de diciembre].

Periódico el País
https://elpais.com/economia/2014/01/23/actualidad/1390463734_055893.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerrado

PORRAS NÚÑEZ, C “Agencias de viajes: el Gobierno no prorroga el Mecanismo RED”.
https://www.hosteltur.com/155043_el-gobierno-no-amplia-el-mecanismo-red-como-pedian-las-agencias-de-viajes.html [consulta: 3 de enero].

ROJO TORRECILLA, E “Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED”.2022. El Blog de Eduardo Rojo,
http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_10.html [consulta: 1 de diciembre].

STATISTA. <https://es.statista.com/estadisticas/541720/afiliados-a-la-seguridad-social-en-servicios-de-agencias-de-viaje-y-turoperadores-al-mes-en-espana/>

[UNA MIRADA CRÍTICA A LAS RELACIONES LABORALES – Por Ignasi Beltran de Heredia Ruiz. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.](#)