

## **EL REFUERZO DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA Y LA FORMACIÓN A TRAVÉS DE LOS ERTE CLÁSICOS U ORDINARIOS**

Reyes Martínez Barroso  
Catedrática de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social  
Universidad de León

El Acuerdo alcanzado el pasado 23 de diciembre de 2021 entre el Gobierno y los interlocutores sociales, plasmado normativamente en 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* (RDL 32/2021), tiene como principal objetivo promover la estabilidad en el empleo y limitar el recurso abusivo, injustificado y desproporcionado a la contratación temporal. En lugar de modificar el despido, la reforma ha preferido incentivar las reducciones temporales de jornada y las suspensiones contractuales a través de los ERTE, facilitando a las empresas soluciones no traumáticas en términos de empleo ante coyunturas macroeconómicas adversas y de reestructuración sectorial, al tiempo que refuerza las prestaciones sociales e intenta cubrir las necesidades de recualificación y transición profesional de las personas trabajadoras afectadas. Esto es, medidas temporales de regulación de empleo que apuestan por la viabilidad de las empresas y la protección del capital humano en un mercado de trabajo que presenta las mayores cifras de desempleo estructural de la OCDE, y en el que el empleo creado en los últimos años (temporal y de escasa calidad), no satisface unos mínimos estándares de justicia social. Las personas trabajadoras afectadas por ERTE se consideran como ocupadas a efectos estadísticos (DA 6ª RDL 32/2021), de acuerdo con las recomendaciones de la OIT y de EUROSTAT.

Con ese claro propósito de favorecer la continuidad del empleo ante coyunturas adversas, la remodelación de los ERTE se materializa a través de una doble vía. Por un lado, se modifica el art. 47 ET (cuyo título invierte los términos del vigente hasta el 31 de diciembre) para agilizar e incentivar los derivados de causas empresariales y por fuerza mayor temporal como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones (introduciendo la variable del *factum principis* y aprovechando la positiva experiencia adquirida mediante la gestión de los ERTE durante la pandemia, con resultados favorables en términos de preservación del tejido productivo) y, por otro, se introduce en la norma estatutaria un nuevo art. 47 *bis* para acoger el innovador y ya anunciado “Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización en el Empleo”, en cumplimiento de los compromisos del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, para atender las necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial que justifiquen medidas de

ajuste y protección temporal. Las novedades del art. 47 ET tienen indudable impacto sobre la normativa en materia de Seguridad Social, de formación para el empleo y de infracciones y sanciones.

Los cambios introducidos en el régimen jurídico de los ERTE afectan tanto a los promovidos por causas ETOP como a los provocados por fuerza mayor, introduciéndose una regulación específica en el texto sustantivo. Por cuanto hace a los primeros (art. 47.1 a 4 ET) además del empleo del lenguaje inclusivo, la regulación en paralelo de ambas medidas (reducciones temporales de jornada y suspensiones de contratos) y la precisión de que las causas deben revestir carácter temporal, las modificaciones operadas pretenden introducir una mayor agilidad en su tramitación y flexibilidad en su aplicación, afectando a dimensiones de naturaleza procedimental y sancionadora. Por consiguiente, la descripción de las causas que legitiman la utilización de la figura (ap. 2 del art. 47 ET) se mantiene inalterada al igual que la obligación de seguir un mismo procedimiento con independencia de las dimensiones de la plantilla y del número de personas afectadas.

Desde el punto de vista procedimental la reforma pretende introducir factores que agilicen la tramitación del ERTE y la adaptación de su contenido en el tiempo, pudiéndose identificar varias medidas en esta dirección. En primer lugar, en el proceso de aprobación del ERTE por causas ETOP se introducen una serie de cambios que tratan de acelerar el proceso de negociación, a través de una comprensión de los tiempos o reducción de los plazos. En concreto, se unifica el procedimiento para los ERTE suspensivo y de reducción de jornada (desapareciendo, por consiguiente, las especificidades para los ERTE por reducción de jornada del art. 47.2 ET). Se reduce de 15 a 7 días el período de consultas para las empresas de menos de 50 trabajadores (párrafo 2º del art. 47.3 ET). Se reduce de 7 a 5 días el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa (párrafo 5º del art. 47.3 ET). Se reduce de 15 a 10 días el plazo máximo para constitución de la comisión representativa en el caso de que no haya representación legal del personal (párrafo 5º del art. 47.3 ET) y la autoridad laboral ya no debe dar traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, ni tampoco debe comunicarle la decisión empresarial (antiguos párrafos 9º y 13º del art. 47.1 ET). En todo caso, la automatización del proceso garantiza el acceso a la información por parte de la ITSS, el SEPE y la TGSS (nueva DA 26ª ET). En segundo término, se incrementa el contenido de la comunicación que la empresa debe hacer a las personas trabajadoras afectadas por la medida de reestructuración, y en el marco del contenido del período de consultas se hace explícita la necesidad de determinar el periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la medida suspensiva o de reducción de jornada (párrafo 11º del art. 47.3 ET). Por último, en previsión de que las dificultades coyunturales de la empresa puedan alcanzar una duración mayor que la contemplada en su inicio, y para evitar perniciosas demoras, se explicita la posibilidad de solicitar una prórroga de la medida en marcha, iniciándose un nuevo período de consultas, pero con plazos comprimidos. Además, siguiendo el ejemplo de los ERTE por Covid-19, se regula la facultad empresarial de afectar y desafectar a personas trabajadoras a la vista del desarrollo de los acontecimientos y de su repercusión en los contratos de trabajo suspendidos o en reducción de jornada, previa información a la representación legal de la plantilla y comunicación tanto al SEPE como a la TGSS.

En la nueva versión del art. 47 ET, apartados 5 y 6, se ha incorporado, con carácter permanente, la regulación de los ERTE por fuerza mayor temporal, tanto en su versión prototípica como en los supuestos de *factum principis* (decisión del poder o de la autoridad pública imprevisible o/e inevitable que recae en la esfera de la autonomía privada dificultando o imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes), tratando de normalizar fenómenos vinculados a la salud pública. La constatación de la fuerza mayor temporal, cualquiera que sea el número de personas afectadas, corresponde a la autoridad laboral, que solicitará al efecto informe preceptivo de la ITSS, siendo la empresa la que aporte los medios de prueba necesarios y decida las medidas aplicables, surtiendo efectos la resolución administrativa “desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor y hasta la fecha determinada en la propia resolución”, con posibilidad de solicitar una nueva autorización si se mantiene la misma situación. Sobre la base de la experiencia adquirida con la gestión de la pandemia, el concepto de fuerza mayor clásica se expande con la inclusión de la fuerza mayor temporal debida a impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública. De este modo se incorpora a la legislación laboral, como mecanismo disponible con carácter permanente, el régimen de los ERTE a causa de la Covid-19, que han demostrado su eficacia para preservar el tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis. Su tramitación se sujeta al procedimiento de los ERTE por fuerza mayor temporal, con algunas peculiaridades (entre ellas, el carácter potestativo del informe de la ITSS y la necesidad de que la empresa justifique la existencia de las concretas limitaciones o del impedimento de su actividad como consecuencia de la decisión gubernativa). En definitiva, esta regulación de urgencia asume la persistencia de la crisis sanitaria en el tiempo y dota al marco jurídico de la estabilidad necesaria, si bien los ERTE por impedimentos o limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la Covid-19 continuarán rigiéndose por su normativa específica (RDL 18/2021) hasta el 1 de marzo de 2022.

Como reglas comunes para ambas modalidades de ERTE (por causas ETOP y fuerza mayor), el ap. 7 del art. 47 ET reproduce algunas de las existentes en el derecho de la emergencia, disponiendo que la reducción temporal de jornada oscilará entre el 10% y el 70%, computándose sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual; la prioridad de la reducción de jornada sobre la suspensión de contratos, siempre que ello sea viable, persiguiendo un más equilibrado reparto de la ocupación efectiva entre todas las personas sometidas a medidas de regulación de empleo; la comunicación empresarial a través de procedimientos automatizados (lo cual, dicho sea de paso, facilitará el control y, obviamente, la nueva facultad sancionadora automatizada *ex* DA 26ª ET) sobre el periodo de aplicación, las personas afectadas y tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras (y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar); la ya aludida facultad empresarial de afectación y desafectación de personas trabajadoras al ERTE en función de la alteración de las circunstancias justificativas de la medida suspensiva o de reducción (previa información a la representación legal de las personas trabajadoras y comunicación al SEPE y TGSS); la prohibición de realizar horas extraordinarias, nuevas externalizaciones de actividad y nuevas contrataciones laborales durante la vigencia del ERTE, otorgando así preferencia a las desafectaciones a medida que la actividad se vaya

normalizando, si bien esta prohibición se rodea de la imprescindible flexibilidad, contemplándose excepciones a la misma en el supuesto de que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas.

Por otra parte, las empresas que desarrollen acciones formativas a favor de las personas afectadas por el ERTE tienen derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el nuevo ap. 7 del art. 9 Ley 30/2015 (de 1 a 9 personas trabajadoras: 425 € por persona; de 10 a 49: 400 € por persona y de 50 o más: 320 € por persona). En concreto, las acciones formativas son las descritas en la nueva DA 25ª ET (idéntica al art. 3.2 RDL 18/2021) con el objetivo de mejorar las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras, priorizando el desarrollo de aquellas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas, incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan “recualificar” a las personas trabajadoras (aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa) a través de cualquier sistema de formación acreditada y respetando, en caso de ser desarrolladas durante el tiempo de trabajo, los descansos legalmente establecidos y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

Herederos de la normativa excepcional generada por la pandemia son los beneficios en materia de cotización a la Seguridad, que se diseñan ahora con carácter permanente en las cuantías que determina la DA 39ª TRLGSS. Cuando el ERTE responda a causas ETOP, la exoneración en la aportación empresarial a la Seguridad Social es del 20% y su aplicación queda condicionada al desarrollo por la empresa de acciones formativas en favor de las personas afectadas, pudiendo las empresas optar, como se indicó, a un incremento de crédito para formación. Si el ERTE lo es por fuerza mayor, la exoneración alcanza el 90%. No obstante, dichas exenciones de cotización aparecen condicionadas al mantenimiento en el empleo durante seis meses de las personas afectadas, estableciéndose ahora (y despejando así las dudas interpretativas surgidas a raíz de la aplicación de las medidas de emergencia sanitaria *ex* DA 6ª RDL 8/2020) que las empresas que incumplan el compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, pero únicamente en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido dicho requisito y con el recargo y los intereses de demora correspondientes, sin que se considere incumplido este requisito cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una mera interrupción del mismo. En cuanto hace a la protección por desempleo prevista para las personas trabajadoras afectadas por la medida de reducción de jornada o suspensiva, se somete a lo dispuesto en la legislación general (art. 267 TRLGSS), ya sin las ventajas previstas en la normativa de emergencia pandémica.

Con respecto a la LISOS cabe destacar (art. 5 RDL 32/2021) la importancia de la modificación del art. 8.3 y la introducción de un nuevo apartado 20 al art. 8. El art. 8.3

califica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales “proceder [...] a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada” por causas ETOP o derivadas de fuerza mayor en cualquiera de sus modalidades sin acudir a los procedimientos establecidos, mientras que el apartado 20 del art. 8, también nuevo, considera infracción muy grave "establecer nuevas externalizaciones de actividad" incumpliendo la prohibición establecida en el art. 47.7.d) ET. En cuanto a las consecuencias del ERTE injustificado (ap. 15º del art. 47.3 ET), además del “reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas”, se incluye el “ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social”. En conclusión, las medidas descritas deberían servir al loable objetivo de que se mantenga el empleo y se mejoren las capacidades de las personas trabajadoras, apoyando a las empresas con medidas económicas y formativas para que puedan enfrentarse a los cambios que se produzcan en el tejido productivo, incorporando ya de forma permanente algunas de las medidas aprobadas durante la pandemia y que han demostrado su eficacia para evitar la pérdida de puestos de trabajo (no en vano, llegaron a afectar a más de tres millones de personas trabajadoras en el momento más álgido de la crisis, abril de 2020). Beneficios, en definitiva, para las personas trabajadoras, porque no pierden el vínculo con la empresa y permanecen activas y formándose, evitando la incertidumbre y descapitalización que supone el desempleo de larga duración.

Este breve apunte resulta deudor de aportaciones previas vertidas por eminentes laboristas a quienes resulta obligado mencionar. BELTRÁN DE HEREDIA, H.: “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47.bis ET)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, publicado el 3 de enero de 2022. CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral 2021”. *NET21*, publicado el 11 de enero de 2022. 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”. *El Blog de Eduardo Rojo*, publicado el 10 de enero de 2022.