

EL DERECHO DEL TRABAJO DURANTE LA PANDEMIA, UNA MIRADA AL FUTURO: EL REFUERZO DE LOS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN ESPAÑA

JOSÉ ANTONIO RUEDA MONROY
INVESTIGADOR POSTDOCTORAL CONTRATADO
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

RESUMEN

Los ERTes han sido las estrellas de las medidas sociolaborales durante la pandemia y, en consecuencia, tras su éxito, una de las principales instituciones reformadas con el RD 32/2021. Su rendimiento en la contención de empleo lo ha convertido en un mecanismo que se atisba fundamental en la superación de los retos del mundo del trabajo de un futuro inmediato. El Ejecutivo ha aprovechado la experiencia acumulada de los últimos años para configurar un mecanismo algo más ágil, con distintas variantes según las causas que habilitan a su activación, y con una base sobre dos pilares que incentivan su utilización y miran hacia la empleabilidad futura de los trabajadores: los beneficios de Seguridad Social y una clara apuesta por la formación.

1. INTRODUCCIÓN

Si en algún momento anterior al acaecimiento de la pandemia por la COVID-19 a cualquier *iustlaboralista* le preguntasen sobre los principales aspectos que se verían modificados en la reforma laboral anunciada y proclamada por los actuales partidos en el Gobierno, encontraríamos escasas respuestas en las que se hicieran referencia a los mecanismos de reducción de jornada y suspensión de la relación laboral, los ahora por todos y todas conocidos como ERTes¹. Sin embargo, la epidemia y sus devastadoras consecuencias han provocado que estas mencionadas herramientas de flexibilidad interna se conviertan en protagonistas en aras de la protección del empleo ante situaciones graves y coyunturales para las empresas y el empleo. Esto ha provocado que 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*, fuente formal de la antedicha reforma laboral, incluya importantes modificaciones en su regulación,

¹ Corresponde con las siglas de Expediente de Regulación Temporal del Empleo. Permítase destacar una curiosidad sobre el particular: la mención en el Estatuto de los Trabajadores a este mecanismo con esta concreta expresión (que se expandió durante la pandemia) era desconocida hasta la versión reformada por el RDL 32/2021. Tras la misma, se hace referencia a este concepto en seis ocasiones, una evidencia más, aunque anecdótica, de la enorme influencia de la pandemia sobre la reforma de este mecanismo.

pese a no estar inicialmente previsto su renovación y, mucho menos, que se convirtieran en uno de los “objetivos centrales de la reforma²”. La crisis de la COVID ha tenido una trascendental incidencia sobre estas modificaciones, las cuales pretenden adaptar estos tradicionales mecanismos de flexibilidad interna³ a nuestros días, permitiendo así encarar los importantes desafíos venideros que se atisban para el Derecho del Trabajo y, en general, para toda la sociedad.

El objeto de este estudio queda circunscrito, por tanto, al análisis de la repercusión de la pandemia sobre la reforma operada sobre los ERTes, destacándose los elementos que se han visto alterados en función de su extraordinario –en cuanto a volumen– uso en dicha etapa funesta. Es por ello por lo que en el presente no se descenderá al análisis técnico-jurídico minucioso de estas instituciones, de lo que se ha encargado ya buena parte de la doctrina, sino un examen crítico concreto sobre las cuestiones corregidas o adicionadas tras la pandemia. Para el abordaje de la expresada temática se divide el presente en cuatro apartados adicionales al que nos ocupa. En el que sigue se expone el contexto sociolaboral de la reforma para, posteriormente, en el siguiente epígrafe, poner de relieve las intenciones –expresamente declaradas– de los autores de la reforma, en este caso el Ejecutivo en su “extraordinaria y urgente” labor de legislador. En el cuarto apartado se entra de lleno en el contenido material de la reforma, separándose el análisis en cada uno de los tres mecanismos a abordar. Finaliza el presente con unas breves conclusiones y reflexiones finales acordes con el objeto de estudio.

2. OCCASIO LEGIS

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*, nace en un contexto singular como lo es la salida de una crisis –aun inconclusa– sanitaria, social y económica provocada por la COVID-19, cuestión que se suma a otros elementos estructurales de nuestro sistema de relaciones laborales que tiene una influencia notable sobre la norma legal de referencia.

Si nos remontamos a la crisis financiera que arrancó en el año 2008 en todo el mundo, ciertamente de un origen distinto pero con unos efectos en la economía muy similares, derivados de un parón brusco de la actividad productiva, permite identificar características particulares y reconocibles de las tendencias y dinámicas del empleo en España ante este tipo de coyunturas. Si bien la fuerte destrucción de puestos de trabajo fue un elemento común en todas las economías afectadas, España, en comparación con otros países de su entorno, sufrió en mayor medida estos efectos⁴. Las crisis económicas

² CRUZ VILLALÓN, J.: “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, en *Briefs de la AEDTSS*, 2022, accesible en: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf>

³ Ya se contemplaba, en el mismo precepto que en la actualidad, en la *Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores*.

⁴ Según se refleja en un estudio de Fedea: “España sufrió el segundo mayor incremento en las tasas de desempleo, tanto de adultos como de jóvenes, entre los países de la OCDE, justo después de Grecia”. Vid.

han provocado tradicionalmente en el país unas tasas importantes de destrucción de empleo, habiéndose priorizado en estas etapas por los empleadores la utilización de medidas de flexibilidad externa, robusteciéndose entre tanto la idea de “volatilidad del mercado de trabajo español⁵”.

La lucha contra el desempleo y la temporalidad, rasgos también reconocibles de nuestro sistema de relaciones laborales si lo confrontamos con modelos vecinos, se convirtieron en proclama política de los partidos que hoy gobiernan en coalición, lo que se articularía con la reiteradamente anunciada “derogación de la reforma laboral del año 2012”⁶. Reforma que, al socaire de la sacrosanta “flexiseguridad” que se auspiciaba por las instituciones europeas⁷, fue verdaderamente regresiva en lo que respecta a los derechos de las personas trabajadoras, ente otros aspectos por la intensificación de los mecanismos de flexibilidad tanto interna como externa en detrimento de la seguridad de las personas trabajadoras. Focalizando en la vertiente que nos atañe en este trabajo, es conveniente resaltar el profundo énfasis en la ampliación de las facultades del empresario sobre la modificación unilateral del contenido del contrato de trabajo en aquella controvertida reforma⁸ y, concretamente, en lo que se refiere a las reglas aplicables a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, y la supresión de la autorización administrativa en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, trasladando la decisión final, la última palabra, a la esfera empresarial⁹.

De alguna forma la pandemia ha puesto a prueba los mecanismos de reducción de jornada y suspensión de contratos que fueron modificados entonces, los cuales han pasado de ser un recurso “anecdótico” al instrumento estrella para la contención del empleo ante este tipo de situaciones coyunturales que afectan bruscamente a la necesidad de mano de obra en la empresa¹⁰. La pandemia permitió descubrir las bonanzas de un mecanismo olvidado y alumbró un camino alternativo al ya recorrido en épocas de crisis anteriores que discurría sobre la destrucción de empleo. Pero no se debe obviar que esta reseñada

FEDEA: *El legado de la crisis: El mercado de trabajo español y las secuelas de la gran recesión*, Fedea, 2016, p. 17.

⁵ Expresión utilizada en la exposición de motivos del RDL 32/2021.

⁶ Se puede consultar el acuerdo de Gobierno en coalición en: <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>.

⁷ La exposición de motivos del *Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* indicaba que “el objetivo es la flexiseguridad”.

⁸ Además de los que se comentarán a posteriori, se produjeron relevantes cambios con, entre otros, la desaparición de la categoría profesional y el encuadramiento de la movilidad funcional sobre el grupo profesional o la previsión de la distribución irregular de la jornada.

⁹ Un estudio riguroso sobre la incidencia de la reforma de 2012 en estas medidas en ROQUETA BUJ, R.: *La Flexibilidad Interna tras la Reforma Laboral. La ley 3/2012, de 6 de Julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

¹⁰ Según se expone DE LA PUEBLA PINILLA, en la pandemia se pasa de una media de 57 mil personas trabajadoras al año afectadas por estos expedientes entre los años 2015 a 2019, a más de 3 millones durante el ejercicio 2020. *Vid.* 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, en *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, p. 84, accesible en <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6641>

relevancia se debe en gran parte a la asunción de una cota importante de tales riesgos por parte de fondos públicos, acompañándose el mecanismo de flexibilidad con generosas medidas de índole económicas financiadas por el Estado tanto para los empresarios como para las personas trabajadoras, a saber: las exenciones de cuotas a la Seguridad Social, que llegaron a alcanzar en algunos casos el total de las cotizaciones, y la extensión –subjettiva y material– de la protección por desempleo. Seamos conscientes, pues, que esta mayor estabilidad de las relaciones laborales en el periodo de esta crisis, tanto en su vertiente empresarial como humana, no se consiguió únicamente con un balanceo mediante la normativa de emergencia de los mecanismos de flexibilidad externa¹¹ e interna, sino que también, y en gran medida, por la financiación pública de sus consecuencias económicas gravosas a ambas partes de la relación laboral¹².

3. RATIO LEGIS

En este contexto y ante estas condiciones se fragua la reforma de la legislación laboral sustantiva en España que se materializa en el acuerdo sobre el particular alcanzado por el Gobierno y los agentes sociales el 23 de diciembre de 2021. El carácter consensuado de esta reforma, que ha sido ampliamente aplaudido por la doctrina, ha condicionado sin lugar a duda el contenido final de la norma legal, pero, a tenor de su exposición de motivos, parece no haber tenido tanta influencia como la política de la Unión Europea y el acceso al Mecanismo de Recuperación y Resiliencia concebido en el *Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021* en relación con las propuestas presentadas por España en su Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia aprobado finalmente por el Consejo ECOFIN el 13 de julio de 2021. En efecto, los aspectos reformados de nuestra normativa, que dicho sea de paso quedan muy lejos de aquellas promesas políticas que anunciaban la “derogación de la reforma laboral”, giran en torno a los ejes del enunciado Plan presentado a las instituciones europeas y su –ya famoso– Componente 23 (“Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”): la reducción de la temporalidad y del catálogo de contratos disponibles, un mecanismo de flexibilidad y estabilidad en el empleo para perturbaciones cíclicas o estructurales que incida sobre la formación, la modernización de la negociación colectiva y la modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales.

¹¹ Una medida que afloró en la pandemia y que incidía en la flexibilidad externa de entrada era lo que se vino a denominar como “la prohibición de despedir por COVID” contenida en el artículo 2 del *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*. En realidad, pese a la idea de “prohibición de despedir” extendida entre la población, tal y como recientemente ha aclarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 19 de octubre de 2022 (Rec. nº 2206/2021) [Roj: STS 3834/2022], este precepto “no contiene una verdadera interdicción del despido, sino una temporal restricción de su procedencia”, por lo que una “eventual conducta fraudulenta de la empresa no desemboca necesariamente en la nulidad del despido”.

¹² Aunque, ciertamente, en el contexto de la crisis de 2008 también se promovió el uso de los ERTes mediante exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social y la “reposición” de prestaciones por desempleos consumida. En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *El nuevo régimen... op. cit.*, p. 84.

Aparte anteriores referencias contextuales de la Ley, su razón o la voluntad en este caso del Ejecutivo, queda explícitamente plasmada en la exposición de motivos del RDL 32/2021 en lo respecta a las medidas de flexibilidad interna. Partiendo de la relevante experiencia –y a estos efectos enriquecedora– que aportó su uso durante la pandemia, se pretende con la reforma consolidar un “mecanismo permanente” que garantice un adecuado marco de flexibilidad ante situaciones de “fluctuaciones de la demanda” que controle las oscilaciones en el empleo. Se trata, por ende, de reforzar un mecanismo que apuesta por la estabilidad laboral frente a la destrucción de empleo, aspecto, este último que según experiencias pasadas, había sido facilitado con la extensión de las medidas de flexibilidad externa. Pero este marco de consolidación que se propone se cimienta sobre dos elementos singulares que cobrarán importancia con la nueva regulación: la formación y recualificación de las personas trabajadoras, y los beneficios en las cotizaciones de Seguridad Social.

La formación y recualificación de las personas trabajadoras se presenta como un elemento capital en cualquier discusión que verse sobre el futuro del trabajo. Los frenéticos y descontrolados avances de las nuevas tecnologías y su influencia en las relaciones laborales con la digitalización y los cambios técnicos y organizativos que provocan no pueden ser ajenos para el Derecho del Trabajo. En la parcela que nos ocupa, la nueva norma pretende que los mecanismos de reducción de jornada y suspensión de contrato incorporen elementos que “acompañen” a las personas trabajadoras en estos periodos de transición, permitiéndoles, en el periodo en el que se vea suspendida o reducida en tiempo su relación laboral, la adquisición de capacidades laborales relacionadas con estas nuevas tecnologías y empleos de futuro.

Por otro lado, como ya se dijo, los incentivos de Seguridad Social, han constituido un aspecto fundamental del éxito de estas medidas durante la pandemia. Tal es así que el RDL ha añadido una nueva disposición adicional, la cuadragésima cuarta, al *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* (LGSS, en adelante).

Por último, aunque no se dice de manera expresa, se desprende de la reforma un intento de depuración de errores y simplificación del procedimiento y trámites con respecto a la regulación precedente que reafirma la incidencia de la COVID-19 y la utilización masiva del mecanismo sobre la misma.

En definitiva, se contienen cambios formales y materiales en la regulación de los ERTes bajo la premisa de la contención del empleo en situaciones coyunturales de crisis económicas; la estabilidad en el empleo; y la importancia de la formación y recualificación de las personas trabajadoras en el futuro inmediato del mundo del trabajo.

4. LA INCIDENCIA DE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA EN EL CONTENIDO MATERIAL DE LA REFORMA

La medida que con carácter principal nos ocupa encontraba su regulación en el artículo 47 ET, el cual diferenciaba entre la suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (las denominadas como causas ETOP) y las derivadas de fuerza mayor. Este precepto continúa tras la reforma conteniendo este mecanismo, aunque con algunas diferencias en cuanto a su regulación como seguidamente se expondrá. No obstante, hay que acoger como la novedad más significativa la introducción en nuestro ordenamiento de un nuevo mecanismo que ha sido incorporado a un artículo que se reitera, el 47, siendo el inédito 47 bis ET el encargado de regular el intitulado como Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

Se divide este apartado en un subepígrafe por cada una de las precitadas tres modalidades específicas, en el cual se comentarán las principales novedades introducidas y la incidencia de la experiencia de la pandemia sobre su actual configuración.

4.1 MODIFICACIÓN DE LOS EXPEDIENTES TRADICIONALES: LOS ERTES ETOP Y FM

4.1.1 Aspectos comunes

Se abordan en este apartado los aspectos novedosos y comunes de la regulación actual de los ERTes por causas de fuerza mayor y económicas, técnicas, organizativas o de producción. Los extremos que aquí se señalan aparecen regulados en el artículo 47.7 ET, lo que no impiden que también resulten de aplicación al Mecanismo Red –al que dedicaremos el siguiente apartado– en virtud de lo dispuesto en el artículo 47bis.5a) ET.

a) Cuantitativo y léxico

La variación más visible de la reforma es de aspecto cuantitativo y tiene que ver con el volumen en el texto normativo de la regulación actual con respecto a la precedente. El –reiteradamente– citado artículo 47 ET, regulador de los ERTes en sus modalidades ETOP y derivado de fuerza mayor, ocupa hoy el tripe de espacio que el mismo precepto en su versión anterior. De apenas una página del Boletín Oficial del Estado, este mecanismo ha pasado a ocupar más de tres.

Allende esta cuestión meramente cuantitativa y circunstancias, hay otra que destaca de la mera comparación visual y es la relativa al léxico utilizado, aspecto que pudiera acarrear alguna consecuencia jurídica. Dos cuestiones se han visto reformuladas en este sentido. En primer lugar, un elemento rápidamente avistado por la doctrina¹³ fue el intercambio del orden de aparición en el precepto de los verbos reducir y suspender. Este cambio es buena muestra de la intención del ejecutivo por priorizar o anteponer medidas

¹³ Entre otros, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “La flexibilidad “interna” en el real decreto-ley 32/2021 a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y el mecanismo red”, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado – Monográfico*, 2022, p. 190, accesible en: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.mon.2022.05>.

de reducción de jornadas a medidas de suspensión del contrato de trabajo. Ahora bien, la cuestión será determinar si este mero intercambio verbal puede tener –o no– algún efecto jurídico. Esta posibilidad se refuerza con lo dispuesto en el artículo 47.7 a ET que estipula 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”. Estamos ante una señal inequívoca que, junto a las referencias en la exposición de motivos y el intítulo del precepto podría llevarnos a defender como imperativa, como mínimo, a la hora de la toma de decisiones por parte del empresario, el estudio de la posibilidad de paliar la situación con reducciones de jornadas. Sin embargo, el vocablo con el que comienza la disposición (“en la medida de lo posible”) hace dudar sobre la efectividad de la misma, ya que la norma jurídica pierde bastante consistencia. En este sentido, el artículo 47 sigue sin exigir adecuación o incluso proporcionalidad entre las medidas adoptadas en el expediente con la situación que origina las medidas¹⁴. Tampoco, entre las limitadas posibilidades de fiscalización de la Administración se encuentra indagar estas cuestiones, ya que están restringidas a la autorización en caso de fuerza mayor para constatar la simple existencia de la misma, “correspondiendo a esta la decisión sobre la reducción de las jornadas de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo”. Con base en lo anterior entendemos que estamos ante un cambio que puede quedarse en lo estético y no repercutir sobre la opción empresarial.

La segunda modificación lingüística operada en el artículo 47 y que ha pasado más desapercibida por parte de la doctrina es la relativa a la sustitución del término “empresario” por “empresa”. A falta de aclaración alguna sobre esta cuestión en la –extensa– exposición de motivos, se estima que la modificación se debe al –ya característico– compromiso por parte del Gobierno en adecuar el lenguaje normativo a los esquemas del lenguaje neutro desde el punto de vista del género¹⁵. Esta labor de modernización gramatical se considera en su espíritu plausible, aunque a nuestro juicio merezca una crítica desde una doble perspectiva técnico-jurídica: en primer término, por la incoherencia sistémica que produce tanto en el propio texto normativo como en otras normas del orden sociolaboral¹⁶ y, por otro lado –pero no menos importante–, por la falta de equivalencia jurídica en el ámbito que nos ocupa entre uno y otro concepto¹⁷. La

¹⁴ En este sentido, si acogemos la interpretación en teoría más garantista para las personas trabajadoras, esto es, que la reducción de jornada es una medida prioritaria a la suspensión, nada obsta a que el empresario adopte dentro de los márgenes de la reducción (entre el 10 y el 70%) el porcentaje más amplio de reducción. Según qué casos, una reducción del 70% de jornada puede ser más perjudicial para la persona trabajadora que una suspensión del contrato.

¹⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Así es el RDL 32/2021 (y II): Reflexiones sobre el lenguaje de la norma” en *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, *Iuslablog*, 2022, accesible en: <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/16/asi-es-el-rdl-32-2021-y-ii-reflexiones-sobre-el-lenguaje-de-las-normas-laborales/>. Esta adaptación se ha efectuado también en otros preceptos de nuestra norma laboral básica como por ejemplo en la reforma operada sobre el artículo 42 ET.

¹⁶ Tanto en el ET como en el propio RDL 32/2021. En ambos se utiliza de manera indistinta los términos empresario y empresa.

¹⁷ El ET define el término empresario en su artículo 1.2 como “las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”. Sin embargo, no se pronuncia sobre el concepto empresa, término que

utilización del lenguaje neutral en este campo se efectúa hoy a costa de la coherencia del sistema normativo laboral y, en parte, de la seguridad jurídica.

b) Límites a la contratación

Durante la pandemia, el empleo de los ERTes descubrió una laguna legislativa que obligó a introducir en la normativa de emergencia una cláusula destinada a evitar prácticas fraudulentas que era lógica pero desconocida hasta entonces, y que iba dirigida a prohibir contrataciones laborales y civiles o mercantiles mientras se implementaba uno de estos mecanismos¹⁸. El artículo 47.7 d) ET la acoge ahora en nuestra norma básica con carácter estable, prohibiendo durante el periodo de aplicación del expediente:

- La realización de horas extraordinarias¹⁹.
- La externalización de la actividad.
- La concertación de contrataciones laborales.

No resulta de aplicación la referida cláusula cuando la persona trabajadora afectada por el ERTE no pudiera realizar, por formación, capacitación u otras razones “objetivas y justificadas”, las funciones contratadas o encomendadas a la persona trabajadora en plantilla que ejecute horas extraordinarias. Queda supeditada la aplicación de dicha excepción a la información previa de la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras. El incumplimiento empresarial de estas prohibiciones se tipifica como infracción muy grave en el nuevo apartado 20 del art. 8 del *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*²⁰, pudiendo ser sancionadas tales conductas con multas que, según el artículo 40.1c) de la misma norma, oscilan entre los 7.501 euros y los 225.018 euros.

c) Posibilidad de afectación y desafectación durante la vigencia del expediente

Sin duda otra mejora legislativa sobre los ERTes que nos aporta la experiencia de la pandemia es la posibilidad de que, durante su aplicación, el empresario pueda afectar o

según la RAE hace referencia a la “unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”. La empresa es entendida, por tanto, desde la conjunción y organización de unos medios materiales y humanos, mientras que el empresario es el titular de derechos y obligaciones desde el punto de vista sociolaboral *ex art. 1.2 ET*, lo que deriva de emplear mano de obra asalariada en los términos su artículo 1.1. Como se observa, el significado de uno y otro difiere. No obstante, las consecuencias jurídicas de esta modificación parecen ser escasas atendiendo a los múltiples precedentes que en este sentido ya obran en nuestro ordenamiento.

¹⁸ En plena pandemia el artículo 7 del *Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo* estipuló lo siguiente: “No podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de la actividad, ni concertarse nuevas contrataciones, sean directas o indirectas, durante la aplicación de los expedientes de regulación temporal de empleo a los que se refiere esta norma.”

¹⁹ El precedente artículo 47.3 ET prohibía la realización de horas extraordinarias, salvo las de fuerza mayor, pero únicamente durante el transcurso de un expediente de reducción de jornada.

²⁰ La conducta descrita como infracción por el citado precepto es: “Establecer nuevas externalizaciones de actividad incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del Estatuto de los Trabajadores”.

desafectar a las personas trabajadoras en plantilla sin necesidad de iniciar un nuevo expediente administrativo. Esta medida dota al mecanismo de mayor flexibilidad y operatividad en cuanto a la eficiencia en su gestión. Únicamente queda sometido el ejercicio de esta facultad a su relación con “las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas²¹” y, nuevamente, a la información a la representación legal de las personas trabajadoras, noticia que ha de ser complementada –en estos casos– con la comunicación a la entidad gestora de prestaciones y a la Tesorería General de la Seguridad Social. Tras la reforma se incluye esta medida expresamente en el artículo 47.7 d) ET.

d) Exoneraciones de cuotas supeditadas al mantenimiento del empleo y ligadas a la formación

Los beneficios en materia de cotización vinculados a los ERTes, y que como se ha expuesto fueron vitales en el éxito cosechado por estos mecanismos, se añaden tras la reforma con carácter permanente a la legislación básica de Seguridad Social. La Disposición Adicional cuadragésima cuarta (“Beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED”) incluye la opción voluntaria de los empresarios a acogerse a determinadas exenciones en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes según se trate de ERTes, ETOP, por fuerza mayor, o por la nueva vía del Mecanismo Red²². Estos beneficios económicos quedan condicionados al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo²³. El incumplimiento de esta obligación que tiene carácter nominativo, observándose su cumplimiento respecto a cada trabajador afectado, conllevará el reintegro del importe de las cotizaciones exoneradas en relación con “la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito”.

La inclinación normativa hacia la formación que se señaló al inicio del presente tiene en la configuración de estas exoneraciones especial reflejo. El porcentaje de las mismas no solo se vincula a la tipología de expediente, sino que queda sujeto en algunos supuestos al desarrollo de acciones formativas para las personas afectadas de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional vigesimoquinta del ET. Así se establece para los ERTes ETOP y para el Mecanismo RED en su modalidad sectorial, en el que la exoneración únicamente se aplica con el desarrollo de estas acciones. Hay que señalar al respecto que la reforma ha añadido un nuevo apartado séptimo al artículo 8 de la *Ley 30/2015, de 9 de*

²¹ Difícil será perseguir –y sobre todo acreditar– actuaciones empresariales consistentes en afectaciones fraudulentas porque en el fondo no responden a la causa que dio origen a la medida.

²² Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del apartado primero de la Disposición analizada, que habilita al Consejo de Ministros a promover modificaciones legales según la situación de cada sector en cuanto a los porcentajes de excepción, las modalidades cuyos incentivos alcanzan mayores cotas de exoneración son los ERTes por fuerza mayor (90%), Mecanismo RED (hasta un 60%) y ERTes ETOP (20%).

²³ Esta cláusula queda configurada en el apartado 10 de la Disposición Adicional comentada.

septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral en el que se regula un aumento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, cantidad que oscila entre los 425 y los 320 euros por cada persona en función del número de personas trabajadoras en plantilla, y que habrá de ir destinada a la formación de las afectadas por un ERTE tanto del artículo 47 como del 47 bis ET. En cuanto a las características de esta formación que se incentiva, la nueva Disposición Adicional vigesimoquinta ET se establece para concretarla, aunque sin demasiada precisión. En cuanto a su objeto se fija que comprende la “mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras”, añadiéndose algunos ejemplos (competencias digitales o que permitan la recualificación) a continuación. Nada se dice, sin embargo, en cuanto a otros mínimos que parecen necesarios, como, por ejemplo, un número mínimo de horas formativas en función de la medida aplicada por la empresa.

4.1.2 Las novedades en los expedientes por causas ETOP: un alivio procedimental con reducción de plazos y posibilidad de prórrogas

En esta modalidad de ERTE, regulada principalmente en los apartados uno a cuatro del artículo 47 ET, se han mantenido intactas las causas que habilitan a su acceso. La reforma de esta vertiente del mecanismo ha incidido, especialmente, en la agilización del procedimiento. La reducción de ciertos plazos es ejemplo de ello. En este sentido, el plazo para la constitución de la comisión representativa de las personas trabajadoras se reduce casi a la mitad, de los siete días que con carácter general otorgaba la normativa precedente, se pasa a cinco en la actual, y en los casos en los que no exista representación legal de las personas trabajadoras en la empresa, el plazo de constitución será de diez días en lugar de quince. Una vez iniciado el procedimiento también se encuentra una reducción de plazo en lo que respecta al periodo de consulta llevado a cabo por la comisión negociadora en empresas de menos de cincuenta personas trabajadoras, quedando en estos supuestos un plazo máximo de 7 días²⁴.

Otra novedad relevante incorporada tras las necesidades evidenciadas con la pandemia es la posibilidad de prorrogar el expediente sin necesidad de la incoación de uno nuevo²⁵. Ahora bien, esta prórroga, regulada en el artículo 47.4 ET, no es automática,

²⁴ Con carácter general este plazo no puede ser superior a 15 días (art. 47.3 ET). Este número de días es el que contemplaba el anterior artículo 47.1 ET en su párrafo cuarto, sin distinción del número de personas trabajadoras en plantilla.

²⁵ Llama la atención que se haya incluido expresamente en el artículo 47.3 ET que la notificación de la decisión empresarial, que habrá de cursarse tanto a las personas trabajadoras como a la autoridad laboral, deba de incluir “el periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de estas medidas”. Esta, que era antes una obligación implícita en la medida en que de otra forma no superaría la decisión los límites de la necesidad y razonabilidad, ahora se contempla como requisito expreso entendemos que para concordarlo con la posibilidad de prórroga. Ello implica que el transcurso del plazo previsto en la comunicación empresarial de la decisión impide proponer la prórroga, desprendiéndose lo propio del art. 47.4 que habilita esta posibilidad “en cualquier momento durante la vigencia de la medida”. Entendemos que sí resultará jurídicamente admisible una decisión final de prórroga dictada tras la finalización del periodo inicial de suspensión o reducción cuya propuesta se hubiese notificado en el transcurso de la vigencia del expediente. En estos supuestos, si las personas trabajadoras han vuelto a prestar sus servicios de forma ordinaria durante

sino que antes de la decisión se necesita de la apertura de un nuevo periodo de consultas de como máximo cinco días, que se iniciará a partir de la comunicación de una propuesta a la representación de las personas trabajadoras. Para el resto de aspectos procedimentales se aplican las reglas comunes del artículo 47.3 ET.

Aunque como se observa no se ha producido ninguna reestructuración del fondo de estos expedientes, la reforma trae un procedimiento algo más ágil para las empresas, permitiéndoles un menor tiempo de respuesta y una mayor adaptación ante situaciones de crisis, evitando así riesgos mayores para la actividad. Las reducciones de plazos, además, son coherentes con los tiempos en los que vivimos, en los que las nuevas tecnologías facilitan sobremanera la transmisión de la información entre las distintas partes, ahorrando tiempos de notificación o desplazamiento y aportando nuevas posibilidades a la negociación, la cual se puede incluso efectuar –ya que nada lo impide– de forma telemática.

4.1.3 Las novedades en los expedientes por causa derivada de fuerza mayor: la escisión del *factum principis*

La reforma de los ERTes por fuerza mayor ha sido más intensa en comparación con la anteriormente analizada. En este caso, se sobrepasa la reforma procedimental²⁶ y se incide sobre el núcleo del mecanismo. El RDL 32/2021 ha introducido –aparentemente– una nueva causa que habilita a solicitar reducciones de jornadas o suspensiones de contratos por esta vía. Esta nueva posibilidad, que se encuentra prevista en el apartado sexto del artículo 47, contempla la fuerza mayor temporal “por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública”²⁷.

Que la introducción de esta “nueva” causa obedece a la experiencia de la pandemia es incuestionable²⁸. Aun así, cabe plantearse si estamos ante la ampliación del ámbito material del expediente temporal por fuerza mayor o, si en cambio, este se mantiene idéntico, y lo que se reconfigura es el régimen jurídico aplicable a una causa específica que ya estaba contemplada dentro del concepto de fuerza mayor que manejábamos con

el desarrollo del periodo de consultas, a la prórroga no podrá otorgársele los efectos retroactivos desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial como impone el propio artículo 47.4. ET.

²⁶ Los aspectos procedimentales del ERTE por fuerza mayor se regulan como novedad en el propio artículo 47.5 ET aunque, con claro ánimo de cubrir ciertos vacíos (supletoriedad), continua vigente la remisión al artículo 51.7 ET, relativo al despido colectivo por esta misma causa, y al desarrollo reglamentario.

²⁷ Estos dos conceptos, impedimentos y limitaciones, aparecieron en la época pandémica en el artículo 2 del ya citado RDL 30/2020 para reformular las exoneraciones de cuotas que se vinieron estableciendo durante la misma. En aquel precepto se hacía referencia al impedimento como la imposibilidad del “desarrollo de su actividad en alguno de sus centros de trabajo, como consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria” y a la limitación como la simple afectación a la empresa en “el desarrollo normalizado de su actividad a consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por las autoridades españolas”.

²⁸ Véase la nota al pie anterior. Además, la referencia a la decisión de la autoridad pública y a la protección de la salud hace que irremediamente nos traslademos a la catástrofe sociosanitaria de la COVID.

anterioridad. Y, en efecto, la segunda de las propuestas parece ser la válida a nuestro entender. Se ha de tener presente que el concepto de fuerza mayor, el cual pese a no tener una definición en nuestra normativa laboral ha sido ampliamente acotado por nuestra doctrina judicial y científica²⁹, comprendía y comprende cualquier acontecimiento exógeno acaecido de forma extraordinaria (imprevisible) o previsible pero inevitable que, pese a que tradicionalmente se ha vinculado a hechos naturales (incendios, inundaciones...) –fuerza mayor propia–, también acoge eventos suscitados a partir de decisiones tanto administrativas como judiciales –fuerza mayor impropia–. Quiere decir esto que los impedimentos, o limitaciones en la actividad como consecuencia de decisiones administrativas ya se incluían en el tradicional ERTE por fuerza mayor, siendo el mejor ejemplo de ello su extensa utilización durante los momentos iniciales de la pandemia.

La conveniencia de incluir esta modalidad no es, pues, la ampliación del campo de actuación de este mecanismo sino otorgarle un régimen específico, el cual –adelantamos– tampoco se manifiesta *a priori* mucho más ventajoso desde el punto de vista empresarial³⁰. Los porcentajes de exoneración vienen a ser idénticos, por lo que el único beneficio contemplado se traduciría en una teórica agilidad en su tramitación, y ello puesto que los informes preceptivos que tanto por fuerza mayor como por causas ETOP ha de elaborar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a solicitud de la autoridad laboral, se convierte en estos casos en facultativo. Sobre el empresario parece que recae una prueba reforzada sobre la concurrencia de la causa alegada (impedimento o limitación) a tenor del artículo 47.6 b) ET³¹. Con todo, el plazo máximo de resolución sigue siendo, en uno y otro caso, de cinco días.

²⁹ Véase una revisión a este concepto por los Tribunales del orden social en STS de 8 de julio de 2008 (Rec. nº 1857/2007) [Roj: STS 4815/2008]. Del mismo modo, en el artículo científico ya citado en este estudio, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *El nuevo régimen... op. cit.*, la autora diferencia siguiendo a nuestros Tribunales entre la fuerza mayor propia e impropia. Mientras que la fuerza mayor propia “deriva de sucesos externos a la esfera de actividad del empresario, del todo independiente de su voluntad, que no pudo preverse o que previsto no pudo evitarse y que imposibilita la continuidad de la prestación laboral”, la fuerza mayor impropia “es la que generan hechos provenientes de decisiones del legislador o de las Administraciones públicas, distintos de las catástrofes naturales, accidentales y ocasionales”. Un repaso de estos conceptos desde la perspectiva de los tribunales de lo Contencioso-Administrativo, los cuales han incidido en mayor medida sobre ellos, en BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “ERTE por imposibilidad objetiva temporal: algunos ejemplos jurisprudenciales”, en *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2022, accesible en: <https://ignasibeltran.com/2020/03/22/erte-por-imposibilidad-objetiva-temporal-algunos-ejemplos-jurisprudenciales/>.

³⁰ Con todo, como ha apuntado BELTRÁN DE HEREDIA, quién aplaude esta novedad, se ha establecido con ella un mecanismo con la potencialidad de evitar un “nuevo episodio de hemorragia legislativa” como la padecida durante la etapa más agravada de la pandemia de la COVID. En este sentido, BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47) y ERTE Mecanismo RED (art. 47 bis Et)”, en *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2022, accesible en: <https://ignasibeltran.com/regimen-juridico-de-los-erte-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/#321>.

³¹ Se establece en este precepto que el empresario “deberá justificar, en la documentación remitida junto con la solicitud, la existencia de las concretas limitaciones o del impedimento a su actividad como consecuencia de la decisión de la autoridad competente”, mientras que en la regulación del ERTE por fuerza mayor “ordinario” se exige simplemente que se acompañen los medios de prueba oportunos a la solicitud.

4.2 LA INTRODUCCIÓN DE UN INSTRUMENTO NOVEDOSO: EL MECANISMO RED

La novedad más destacada del nuevo régimen de reducción de jornada y suspensión de contrato es, sin duda, la introducción de un nuevo instrumento en el artículo 47 bis ET que, pese a que queda contemplado en un artículo separado, guarda íntima relación con los clásicos ERTes por fuerza mayor y ETOP: el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo³². Y es tan estrecha la referida relación que cabe afirmar que este novedoso mecanismo no es una herramienta autónoma si no, más bien, una vía de acceso a las tradicionales suspensiones de contratos y reducciones de jornadas.

4.2.1 Sobre su singular método de activación

El Mecanismo RED no permite un uso automático por parte del empresariado sino que precisa de su activación. Esta activación corre a cargo del Consejo de Ministros y se efectuará a propuesta conjunta, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de Asuntos Económicos y Transformación Digital y del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, todo ello de conformidad con los apartados primero y segundo del mencionado artículo 47 bis ET. La decisión que arranca el mecanismo ha de congregarse necesariamente la voluntad de los dos grandes Ministerios de orden laboral, cuya dirección compete a los dos principales partidos políticos del Gobierno en coalición, aspecto que ha podido tener relevancia a la hora de este atípico reparto competencial³³.

Será una vez efectuada esta activación institucional, y durante su vigencia, cuando los empresarios puedan solicitar a la autoridad laboral la adscripción al mismo mediante reducciones de jornadas o suspensiones de contratos. Antes bien, procedimentalmente se requiere, además de dicha solicitud, la comunicación simultánea a la representación de las personas trabajadoras y la tramitación conforme a los ritos previstos para el ERTE por fuerza mayor y al periodo de consulta regulados en el artículo 47.3 ET para el ERTE por circunstancias ETOP.

³² Permítase que, siguiendo a RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, se haga alusión a dos aspectos de la nomenclatura utilizada: una referida a su extensión, y otra a su similitud con la ya inicialmente mencionada “flexiseguridad”. Respecto al primero, la denominación del presente como mecanismo RED de flexibilidad y estabilización en el empleo ocasionará que, por cuestiones de economía del lenguaje, en la práctica diaria se denomine simplemente –como ya sucede– como Mecanismo RED. En relación con lo segundo, como advierte en citado autor, la utilización de la palabra “flexibilidad” y “estabilización” recuerda a la combinación de la primera con “seguridad”, lo que resulta curioso por tratarse –la flexiseguridad– de un concepto “tan desvalorizado tras las experiencias reformadoras de las primeras décadas del siglo XXI”. En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Así es el RDL 32/2021 ... op. cit.*

³³ En este sentido, el profesor ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *La flexibilidad... op. cit.*, p. 205, hace referencia a la poca operatividad del precepto en el futuro, manifestando que “tan pronto se elija a un nuevo presidente y este diseñe un Gobierno distinto esta norma tendrá que reformarse o reinterpretarse”.

Existen dos modalidades de activación según la problemática existente y, específicamente, si esta tiene carácter general o sectorial. Seguidamente nos ocuparemos de ambas modalidades y de sus causas generadoras.

4.2.2 Un mecanismo bimodal

Expresa el apartado primero del artículo 47 bis ET que el Mecanismo RED tiene dos modalidades: la cíclica y la sectorial. Como anteriormente se aludió, la primera está prevista para circunstancias generales, concretamente para “cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización”. A diferencia de la cíclica, la sectorial se activará “cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras”³⁴. Llama la atención la imprecisión en la redacción y descripción de la circunstancia que habilita a la adopción por parte del Gobierno del Mecanismo, quien gozará de amplios márgenes para su adopción³⁵ en la toma de decisión a costa de esta ambigüedad.

La duración máxima inicial en una y otra modalidad es idéntica, un año, sin embargo, mientras que la sectorial permite dos prórrogas de seis meses cada una de ellas, la variante cíclica es improrrogable, actuando el año de duración como límite máximo absoluto. Los aspectos adjetivos desde la solicitud empresarial de reducción de jornada o suspensión de contratos son idénticos en ambas modalidades. Obsérvese, siguiendo a CRUZ VILLALÓN, que en el Mecanismo RED la medida –como en todos los casos de suspensiones o reducciones de jornada– es coyuntural, pero la causa, la dificultad estructural derivada de los cambios sectoriales es de carácter permanente³⁶, lo que denota aún más la tendencia expansiva de estos mecanismos.

Merece especial mención que para cada una de estas dos modalidades, que como se ha dicho desembocan en los tradicionales expedientes con algunas particularidades, se ha configurado en favor de las personas trabajadoras afectadas una prestación *ad hoc* que recuerda por sus características a las modificaciones en la prestación por desempleo puestas en marcha durante la COVID. Se regula la misma en la Disposición adicional cuadragésima primera LGSS.

4.2.3 La Autoridad laboral y la restauración de su “última palabra” en caso de desacuerdo de la comisión negociadora

³⁴ Respecto a esta modalidad, la sectorial, se otorga cierto papel propulsor del mecanismo y de información a los agentes sociales. Las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal pueden solicitar a los Ministerios competentes para activar el Mecanismo la convocatoria de la Comisión tripartita del Mecanismo RED para que, si esta lo estima, eleve una solicitud de activación al Consejo de Ministros. Asimismo, con carácter previo a la elevación de propuesta al Consejo de Ministros en esta modalidad sectorial, se ha de informar a los agentes sociales sobre la misma (art. 47 bis 2 ET).

³⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Así es el RDL 32/2021... op. cit.*

³⁶ *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J.: *El sistema RED... op. cit.*

En este Mecanismo RED el papel de la Autoridad Laboral vuelve a cobrar protagonismo. No porque durante el procedimiento se le haya dotado de especiales funciones de fiscalización o de comprobación de las causas y su correspondencia con las medidas propuestas, sino porque se le vuelve a otorgar en estos mecanismos³⁷ de una intervención decisiva en caso de desacuerdo en la comisión negociadora.

El apartado cuarto del artículo 47 bis ET contempla dos posibilidades en cuanto a la adopción de la decisión final que contemplará la resolución administrativa dictada por la Autoridad Laboral, previo informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, dependiendo de si en el periodo de consulta se alcance o no consenso. Si este concluye con acuerdo la resolución ha de ser estimatoria, pudiendo practicarse por el empresario las reducciones de jornada o suspensiones de contrato correspondientes. Si por el contrario en el periodo de consultas no hubo avenencia, será la Autoridad Laboral –y no el empresario– quien estime o desestime la solicitud con base a la documentación aportada³⁸ y a la concurrencia –o no– de la situación cíclica o sectorial. Este refuerzo de la intervención de la Administración en la decisión de suspensión o reducción nos recuerda a las facultades que le fueron despojadas en los tradicionales ERTes tras la reforma de 2012.

4.2.4 La recualificación como elemento nuclear de la modalidad sectorial

Si ya en la reforma de los tradicionales ERTes se ha observado una importante incentivación de la formación, la recualificación de las personas trabajadoras se convierte en la modalidad sectorial de este Mecanismo en un aspecto central, lo que es acorde con los objetivos de la reforma tal y como planteamos al inicio de este estudio.

Desde luego que la propia causa de la modalidad sectorial está ligada a este elemento, ya que se habilita a su adopción cuando en concretos sectores se generen estas necesidades de “recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras”. Para adecuar a la persona trabajadora a los puestos demandados tras tales procesos de transformación se requiere *ex* artículo 47bis 3 ET la presentación junto a la solicitud de un plan de recualificación de las personas afectadas por las reducciones o suspensiones³⁹. Pero el mecanismo incorpora otros extremos relativos a los mismos que impregnan también a la modalidad cíclica, como es la referencia en la letra b) del apartado quinto a que las personas afectadas serán “colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral”⁴⁰.

5. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

³⁷ Como anteriormente a la reforma de 2012.

³⁸ Pese a que el artículo 47 bis 4 ET lo omite, se entiende que también el informe de la Inspección habrá de fundar la decisión final.

³⁹ Plan que, dicho sea de paso, no encuentra aún con regulación alguna.

⁴⁰ Así son también calificados el colectivo de fijos discontinuos de acuerdo con el artículo 16.8 ET.

Expuestas hasta aquí las que a nuestro juicio han sido las principales modificaciones que, propiciada por la experiencia de la pandemia de la COVID, han sido llevadas a cabo mediante la conocida reforma laboral de 2021 (RDL 32/2021) en los mecanismos de suspensión de contratos y reducción de jornada, así como la influencia de la misma en la normativa final, se ofrecen las siguientes conclusiones acompañadas de algunas reflexiones en concordancia con el objeto de estudio.

PRIMERA: Que los mecanismos de flexibilidad interna se han reforzado tanto por omisión como por los efectos de la limitación de la flexibilidad externa.

Si el RDL 32/2021 es considerado como el culmen de la promesa política de “derogar la reforma laboral de 2012” se podría afirmar que en lo que a los mecanismos de flexibilidad interna se refiere, no solo no se han derogado las disposiciones de aquella reforma, sino que las mismas se han visto consolidadas bajo el paraguas de la –evitada palabra– flexiseguridad. En este punto nos referiremos a otro instrumento de flexibilidad interna, el de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el cual sufrió en 2012 de profundos cambios que hoy se mantienen en vigor. A su vez, la reforma que nos ocupa, al limitar la flexibilidad externa de entrada con la reducción de las causas que habilitan la suscripción de contratos de duración determinada y otorgar mayor protagonismo al contrato indefinido, incita al empresariado al uso de estos mecanismos en situaciones de crisis coyunturales en tanto que facilitan, también temporalmente, ajustar el personal disponible a las necesidades productivas. Con todo, el esperado pero inalcanzado retorno a las reglas configuradoras del despido modificadas en 2012 –compromiso igualmente incluido en las proclamas electorales– hubiese a su vez afectado colateralmente a estos expedientes temporales adquiriendo aún más protagonismo.

SEGUNDA: Que se ha efectuado un refuerzo positivo y deliberado sobre los mecanismos tradicionales de reducción de la jornada y suspensión de contratos tras la pandemia de la COVID. Se ha aseverado a lo largo del presente que con las reformas se ha llevado a cabo lo que se podría denominar como *la flexibilización de los mecanismos de flexibilidad*.

Los ERTes han sido los protagonistas de la contención del empleo durante la crisis pandémica, lo que hizo que relucieran aspectos de la normativa que merecían depuración o que contenían ciertas lagunas legales. La reforma ha servido, sin lugar a dudas, para perfeccionar el artículo 47 ET, pero también ha incidido sobre el fondo de estos mecanismos hasta llegar incluso a distinguir una nueva causa en el caso de los ERTes por fuerza mayor, siendo esta buena muestra de la importancia de la COVID en los cambios producidos. La causa relativa a impedimentos y limitaciones a la actividad que nació en aquella etapa aciaga, adquiere firmeza en la nueva regulación, aunque a día de hoy se duda de su trascendencia práctica.

TERCERA: Que este refuerzo ha sido mayor tras la creación de una nueva vía de acceso a las reducciones de jornada y suspensiones de contratos, el Mecanismo RED, aunque su eficacia final está por ver y dependerá, en gran parte, de su desarrollo reglamentario. De hecho, el inusitado panorama geopolítico en el que nos encontramos ha provisto recientemente de situaciones que podrían encargar en el supuesto de hecho contemplado en el artículo 47bis ET, como pudiera ser la guerra en territorio europeo y sus consecuencias más directas como el aumento en los costes energéticos y un incontrolado ascenso de la inflación, ambas con repercusión general al tejido empresarial español. Pese a ello, el nuevo Mecanismo no ha sido activado.

CUARTA: Que a pesar de todo el refuerzo institucional y las proclamas sobre la primacía de la flexibilidad interna frente a la externa no existe normativamente ninguna disposición que condicione al empresariado a acceder a las mismas en vez de a extinciones⁴¹ ni, dentro de ellas, de forma contundente a priorizar la reducción frente a la suspensión.

La prioridad de la reducción frente a la suspensión o a estas dos en vez del despido se desprende del texto, pero sin fuerza vinculante suficiente para el empresario que le obligue a la adopción de la medida menos gravosa para la persona trabajadora. El empleador no está sometido al principio de *última ratio* en este tipo de decisiones por lo que, en un eventual control judicial de la misma, no se podrá valorar el agotamiento de la flexibilidad interna en el caso de un despido, y surgirán enormes dificultades a la hora de valorar la oportunidad de una suspensión de contratos sin evaluar la opción de la reducción de jornada. En otras palabras, la efectividad de estos refuerzos en la flexibilidad interna no será la óptima hasta que no se exija *ex lege* al empresario su observación o intento antes de acudir a medidas más gravosas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “La flexibilidad “interna” en el real decreto-ley 32/2021 a través de los expedientes de regulación temporal de empleo y el mecanismo red”, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado – Monográfico*, 2022, accesible en: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.mon.2022.05>.

BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “ERTE por imposibilidad objetiva temporal: algunos ejemplos jurisprudenciales”, en *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2022,

⁴¹ La exposición de motivos del RDL 32/2021 sí hace referencia expresa al establecimiento, con la reforma de los ERTes, de una fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones. En sentido contrario a nuestra afirmación CRUZ VILLALÓN, J.: *El sistema RED... op. cit.* El profesor mantiene que bajo los nuevos mimbres jurídicos habría que corregir la jurisprudencia precedente con base en la finalidad de la reforma y el designio del legislador. Entendemos que las menciones a ello en la exposición de motivos no tienen entidad suficiente para reformular este régimen, para lo que hubiera sido oportuno incluir alguna disposición clara en el texto articulado.

accesible en: <https://ignasibeltran.com/2020/03/22/erte-por-imposibilidad-objetiva-temporal-algunos-ejemplos-jurisprudenciales>.

BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERtE (art. 47) y ERtE Mecanismo RED (art. 47 bis Et)”, en *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2022, accesible en: <https://ignasibeltran.com/regimen-juridico-de-los-erte-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/#321>.

CRUZ VILLALÓN, J.: “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, en *Briefs de la AEDTSS*, 2022, accesible en: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/El-sistema-RED-de-regulacion-temporal-de-empleo.pdf>

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, en *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, p. 84, accesible en <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6641>

FEDEA: *El legado de la crisis: El mercado de trabajo español y las secuelas de la gran recesión*, Fedea, 2016.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “Así es el RDL 32/2021 (y II): Reflexiones sobre el lenguaje de la norma” en *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado*, *Iuslablog*, 2022, accesible en: <https://grupo.us.es/iwpr/2022/01/16/asi-es-el-rdl-32-2021-y-ii-reflexiones-sobre-el-lenguaje-de-las-normas-laborales/>

ROQUETA BUJ, R.: *La Flexibilidad Interna tras la Reforma Laboral. La ley 3/2012, de 6 de Julio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.