

LA FLEXIBILIDAD INTERNA TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2021

Ana Castro Franco
Personal Docente e Investigador (FPU), Universidad de León

Abstract

La interpretación teleológica de la reforma laboral contenida en el RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, ha mostrado la idea de un cambio radical subyacente en todo el texto normativo. Así, la reforma pretende caminar en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos. La recuperación de los derechos laborales y su garantía, junto con el impulso a las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones, son sus principales aportaciones y buscan transformar el mercado de trabajo español para dejar definitivamente atrás sus incoherencias, asegurando la calidad del empleo y el dinamismo del tejido productivo.

The teleological interpretation of the labour reform contained in RD-Law 32/2021, of 28 December, has shown the idea of a radical change underlying the entire regulatory text. Thus, the reform aims to move in the opposite direction to what has been the norm in recent times. The recovery of labour rights and their guarantee, together with the promotion of internal flexibility measures as an alternative to terminations, are its main contributions and seek to transform the Spanish labour market in order to definitively leave behind its inconsistencies, ensuring the quality of employment and the dynamism of the productive fabric.

Title: Internal flexibility after the labour reform of 2021

Palabras clave: Reforma laboral, flexibilidad interna, negociación colectiva.

Key words: Labour reform, internal flexibility, collective bargaining.

IUSLabor 2/2023, ISSN 1699-2938, p. 61-102

DOI. 10.31009/IUSLabor.2023.i02.03

Fecha envío: 15.5.2023 | Fecha aceptación: 6.6.2023 | Fecha publicación: 22.6.2023

Sumario

1. El lento camino hacia la flexibilidad interna
2. El papel de la negociación colectiva en la flexibilidad interna
3. El artículo 47 ET: evolución histórica hasta su redacción actual
4. El artículo 47 bis ET. Articulación del mecanismo RED como novedad en la reforma laboral
5. Cláusulas de suspensión y su dinámica (artículos 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores)
 - 5.1. La fuerza mayor como causa
 - 5.2. Modalidades del llamado Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo
 - 5.3. La importancia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción
 - 5.4. Peculiaridades en relación con las prórrogas de los ERTES
 - 5.5. Normas comunes a los supuestos de fuerza mayor y razones ETOP
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. El lento camino hacia la flexibilidad interna

Hasta la entrada en vigor de la reforma laboral la virtualidad operativa de los mecanismos de flexibilidad interna previos o en el contexto del despido colectivo quedaba hartamente limitada. Si bien se invocaba la flexibilidad interna como propósito, no existía un verdadero afán de desarrollar su potencialidad. Es más, su incidencia se diluía al facilitar el recurso a la flexibilidad externa bajo la forma de despidos objetivos o colectivos. Las reformas acaecidas en la última década (a título de ejemplo, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre) han ido introduciendo medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo. Además, la flexibilidad interna debía constituir un mecanismo de utilización preferente frente al recurso a la destrucción de puestos de trabajo, para favorecer la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que estos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a las medidas de flexibilidad externa, pues estas últimas implican un ajuste en el volumen de empleo.

Ahora bien, a la par de que quien legisla introducía reformas en torno a la ordenación de los mecanismos de flexibilidad interna, incurría en el sinsentido de hacer lo propio con la externa, para facilitar y abaratar el despido por razones empresariales. De este modo, se prescinde del requisito de actualidad en la situación negativa de la empresa, permitiendo la extinción ante meras previsiones de pérdidas, para así anticiparse a la crisis y se minora la indemnización prevista para el despido improcedente, al pasar de 45 a 33 días por año trabajado. Esa peculiar forma de entender la “flexiseguridad” siguió presente en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, donde se toman medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo; no obstante lo cual, cabe advertir sobre su peculiar forma de entenderla, habida cuenta de la opción por “el equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa, entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo”. De nuevo, se implementaron medidas destinadas a seguir facilitando y abaratando el recurso al despido por razones empresariales al suprimir la autorización administrativa, por la mayor relajación causal a la hora de justificar el despido y la rebaja de la indemnización prevista para el despido improcedente tiene continuidad en este punto en tanto el importe máximo disminuye desde 42 a 24 mensualidades.

La flexibilidad interna ha sido invocada tradicionalmente como distintivo de calidad, pero con escaso convencimiento, al partir de lo inevitable de la destrucción de empleo. Como una alternativa a intentar no porque se confíe en su efectividad, sino porque da una cierta

pátina de legitimidad a una serie de alteraciones normativas de eficacia cuestionable¹. De ahí el espíritu que acompaña a la decisión de quien legisla en 2021. Sin alterar los parámetros sobre los cuales se asienta la flexibilidad externa, apuesta de manera firme por la interna, intentando aportar los incentivos capaces de modificar su insuficiente utilización. Así, para quien legisla la reciente reforma laboral queda patente la existencia, en el mercado laboral español, de distorsiones relativas a un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización y una insuficiente utilización de los mecanismos de flexibilidad interna como medidas de adaptación, alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal.

La crisis sanitaria y económica derivada de la COVID-19, ha mostrado la importancia y la eficacia del recurso a los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, como mecanismo de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo característica de crisis anteriores. La experiencia con dicho instrumento, proporciona una base para avanzar hacia un mecanismo 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 Social.

La formación de las personas afectadas por un ERTE va encaminada hacia un nuevo modelo estructural de esta vía de flexibilidad interna. La experiencia de la pandemia ya ha mostrado las deficiencias al respecto, pues apenas se han desarrollado acciones formativas por los afectados por ERTE por causa COVID-19, que pudieran facilitar la recolocación en caso de pérdida final de su empleo. Sin duda, en un modelo estructural de ERTE, como es el defendido en esta última reforma, resulta necesario integrar la formación siguiendo el sendero marcado por las experiencias europeas en este ámbito. A su vez, la reducción del tiempo de trabajo, con ayuda pública, debe ir unida a deberes formativos capaces de preparar a las personas afectadas para el reciclaje y la adquisición de nuevas competencias, porque un ERTE no asegura nunca el mantenimiento futuro del mismo puesto de trabajo. Adicionalmente, el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de las personas trabajadoras en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias para ocupar los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de

¹ BALLESTER PASTOR, María Amparo, “Flexibilidad interna, flexibilidad externa, reformas y distorsiones en el mercado de trabajo español”, en CARDONA RUBERT, María Belén y BARONI CECATO, María Aurea, (Coords.), *Ciudadanía y desarrollo*, Albacete, Bomarzo, 2013, p. 71.

actividad. Sobre la base de esta experiencia, se integra en el conjunto del sistema de relaciones laborales un nuevo mecanismo de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas, alternativo a la destrucción de empleo y a la alta temporalidad, con un doble objetivo: proteger el empleo ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo del que resulte la pérdida del capital humano, del crecimiento potencial y del bienestar del conjunto de la sociedad.

La finalidad del nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización -que también cuenta con importantes beneficios en la cotización a la Seguridad Social- consiste en proteger el empleo, primar el ajuste temporal de las horas de trabajo, impulsar la estabilidad de las relaciones laborales, de la inversión y del capital humano. De este modo, se incorporan medidas para facilitar el uso del ERTE, como fórmula prioritaria en alternativa a las extinciones -artículo 47 ET-, y un nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización del empleo -artículo 47 bis-, que se incorpora a dicho texto legal para atender las necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial que justifiquen la adopción de medidas de ajuste y protección temporal, así como inversiones de carácter público, previa declaración de tal circunstancia mediante acuerdo del Consejo de Ministros/as. Es claro que la empresas podían recurrir en caso de crisis a los ERTes antes de la reforma; pero es igualmente cierto que la regulación específica de los instrumentos en caso de crisis, implica ya no solo el establecimiento de un cauce seguro para empresas y personas trabajadoras, sino incluso la naturalización de una especie de “efecto llamada”, pues desde la activación del Mecanismo RED, las empresas miran hacia el mismo como una salida natural que en otros momentos históricos no se mostraba tan sencilla².

En paralelo, se desarrolla la reducción temporal de jornada o la suspensión de contratos, por causa de fuerza mayor temporal debida a impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad competente, incorporando como mecanismo disponible, con un carácter permanente, el régimen de los ERTes a causa de la COVID-19, que han demostrado su eficacia para preservar empleo y tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis. Sin perjuicio de lo anterior, cabe matizar que la modificación introducida por el artículo 47.6 ET no resultaba de aplicación hasta el pasado 1 de marzo de 2022 a los ERTes por impedimentos o limitaciones a la actividad normalizada derivados de las restricciones vinculadas a la COVID-19, que seguían rigiéndose por lo previsto en el 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. Por otra parte, mediante la nueva

² GÓMEZ GARRIDO, Luisa María, “La flexibilidad interna tras la reforma laboral del Real-Decreto ley 32/2021 de 28 de diciembre. Algunas reflexiones sobre los artículos 47 Y 47 bis del ET”, *vLex*, nº 5, 2022, p. 222.

Disposición Adicional cuadragésima primera se establece una nueva prestación de sostenibilidad de empleo a la que se podrán acoger las personas trabajadoras afectadas por la aplicación del Mecanismo RED regulado en el artículo 47 bis ET. Se establece en la Disposición el régimen jurídico de dicha nueva prestación, que será incompatible con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo.

En fin, la flexibilidad interna se resume en un conjunto de medidas dirigidas a proporcionar a la empresa su adecuación mediante una gestión de la mano de obra eficiente, a través de la capacidad empresarial para modificar las condiciones de empleo y la organización del trabajo en su centro de trabajo³. La concreción del poder de dirección deriva principalmente del contrato de trabajo, o más exactamente, del vínculo de subordinación.

2. El papel de la negociación colectiva en la flexibilidad interna

Junto a las deficiencias ya señaladas, la reforma laboral aborda las debilidades y distorsiones de las que adolece la negociación colectiva. Quien legisla, detecta una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna. Así, las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue. La falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables se traduce en un incremento de la inseguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras por sus efectos sobre la transparencia competitiva, el normal desarrollo de las relaciones contractuales entre las empresas, incluida la descentralización, y los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo⁴.

Por su parte, las reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa deben ser matizadas a efectos de reforzar el convenio sectorial. El sistema de concurrencia de convenios colectivos debe equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, previendo los necesarios contrapesos y cautelas que no distorsionen la capacidad competitiva de las

³ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “La flexibilidad y el círculo interior de las organizaciones productivas”, *Laborum*, nº 2, 2022, p. 55.

⁴ SÁEZ LARA, Carmen, “Concurrencia entre convenios colectivos y modernización de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, p. 336.

empresas ni reduzcan las condiciones laborales de las personas trabajadoras⁵. Por tanto, los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada. Los convenios colectivos son piezas clave en los sistemas democráticos y, también, son elementos fundamentales en la configuración de las dinámicas empresariales y productivas eficientes. Ello es así porque permiten la adaptación de las condiciones de trabajo a las características del sector o de la empresa, aportan seguridad, disminuyen la conflictividad y también posibilitan una competencia entre las empresas que gravita fundamentalmente en torno a la calidad del empleo y no en la reducción de los costes laborales. La eficiencia de la negociación colectiva en el cumplimiento de sus fines requiere de una configuración que respete el equilibrio necesario y se articule de modo proporcionado. La modernización de la arquitectura de negociación colectiva constituye una pieza clave en la reforma, la cual aborda aspectos tales como la ultraactividad de convenios y la correcta relación entre convenios sectoriales y de empresa⁶.

Además, la modernización de la negociación colectiva deberá incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, enriqueciendo sus contenidos y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos⁷. En consecuencia, se establecen las necesarias modificaciones en la arquitectura de la negociación colectiva, en aspectos tales como la ultraactividad de convenios y la relación entre convenios sectoriales y de empresa, asegurando las cautelas y garantías para que la descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada. Igualmente, recupera el papel central y se fortalece el ámbito legítimo de actuación de los sujetos negociadores de los convenios colectivos. En fin, como ya se ha apuntado, el despido colectivo está llamado a cubrir una doble expectativa, en cuanto punto final de los empleos que desaparecen, pero también vía de encuentro para comenzar la reconstrucción, a la vista de la crisis económica provocada por la pandemia, la globalización económica y movilidad de las empresas y cambio inherente a la industria 4.0.

⁵ ÁLVAREZ CUESTA, Henar, “Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: La reforma de la prioridad del convenio de empresa”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 27, 2022, p. 73.

⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Incidencia debilitadora de las reglas de concurrencia de convenios colectivos en la ultraactividad indefinida”, *Temas Laborales*, nº 164, 2022, p. 87.

⁷ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, “Legitimación para negociar Convenios Colectivos de sector. Se computan las representaciones unitarias de empresas con convenio propio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 5, 2021, p. 5.

Facetas, ambas, que pueden ser encuadradas dentro de los mecanismos de flexibilidad interna capaces de acompañar a una propuesta de despido colectivo y tratar así de paliar, en parte, el trauma provocado por la extinción de los contratos de trabajo. De esta forma, medidas tales como la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la movilidad geográfica, la reducción de jornada, la suspensión de contratos o la inaplicación del convenio que corresponda, pueden jugar un papel relevante tanto con carácter previo al despido como durante la fase de negociación del mismo, a través de una fructífera interlocución en el periodo de consultas destinada tanto a aliviar las consecuencias negativas para las personas afectadas, como a ofrecer mecanismos de protección adecuada en el contexto de la pérdida de empleo.

3. El artículo 47 ET: evolución histórica hasta su redacción actual

Los instrumentos introducidos en el ordenamiento jurídico por la reforma laboral, que deben servir para gestionar crisis económicas, la poco mencionada, pero sin duda incluida, transición ecológica, así como la digital, son los nuevos ERTES y el mecanismo RED de Flexibilización y Estabilización del Empleo. Su diseño se basa un mecanismo de flexibilidad que recoge el ordenamiento jurídico español desde hace décadas en el artículo 47 ET, y que después fue redefinido durante la pandemia de COVID-19 con objeto de proteger la actividad económica y el empleo⁸.

Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas, o por fuerza mayor, constituyen desde siempre medidas centrales en la intensificación de la flexibilidad laboral interna, al ser claras alternativas a la disminución de la plantilla y a los ajustes de empleo en situaciones empresariales difíciles⁹.

La posibilidad de suspender el contrato de trabajo fue recogida en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 sujeta a la exigencia, previa consulta con la representación de las personas trabajadoras, de una autorización administrativa final. Según rezaba el literal de aquella redacción inicial “*el contrato de trabajo podrá ser suspendido temporalmente por causas tecnológicas o económicas o derivadas de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en el artículo cincuenta y uno de esta Ley, excepto en lo referente a las indemnizaciones, que no procederán*”. En las décadas de los 80 y 90 dicha previsión no fue apenas explorada, a salvo del recurso de las grandes empresas automovilísticas a cuanto recibió la denominación de “regulación”.

⁸ MIÑARRO YANINI, Margarita, “Instrumentos laborales de flexibilidad interna al servicio (también) de la transición ecológica justa”, *CIELO*, nº 2, 2023, p. 3.

⁹ LAHERA FORTEZA, Jesús, “Los ERTES en y tras la pandemia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº Extra 2, 2021, p. 330.

Al amparo de esta regulación de marcado carácter intervencionista, durante la crisis financiera que asoló el país en 2008, ya existía el recurso de los ERTes suspensivos, con protección social por desempleo. La tendencia permanece prácticamente invariable hasta la reforma laboral de 2010 (Decreto-Ley 10/2010 y Ley 35/2010) donde se introduce la reducción de jornada como nueva medida destinada a paliar las posibles dificultades empresariales transitorias. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70% -parámetros vigentes en la actualidad- de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual, con la protección social por desempleo. En virtud de la nueva norma quedó habilitada la negociación de estas medidas en empresas sin representación de las personas trabajadoras con comisiones *ad hoc*.

El siguiente ítem en la línea temporal viene dado por la reforma laboral del año 2012 (Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012), que profundiza en la opción por la flexibilidad interna eliminando la autorización administrativa en los despidos colectivos y, por tanto, en los ERTes, habida cuenta de la reformulación de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, ETOP) con la intención de facilitar el recurso al despido, lo cual influía en los preceptos referentes a las causas objetivas¹⁰. La redefinición de las causas supuso la ampliación de aquellas de carácter económico a toda situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. Además, elimina la exigencia de razonabilidad de la medida ETOP en aras de preservar o favorecer la posición competitiva. La reforma de 2012 mantiene las suspensiones contractuales y las reducciones de jornada por causas ETOP, entre un 10 y un 70%, manteniendo, eso sí, la negociación con la parte sindical, aun cuando queda en manos de quien proporciona empleo la decisión final. La supresión de la autorización administrativa no afectó a los ERTes por fuerza mayor que continuaban sujetos a la misma.

Desde entonces, la figura del ERTE en España ha sido tradicionalmente residual. Ante una situación de crisis se recurría a la extinción de los contratos de trabajos, tanto en el caso de los contratos temporales como en el del empleo indefinido. En los años previos a la crisis sanitaria por COVID-19, el máximo número de personas trabajadoras en situación de ERTE se alcanzó en el año 2009, en plena recesión económica, con 548.875 de personas trabajadoras con el contrato suspendido. Tras la reforma de 2012, la media anual de personas afectadas por un ERTE se situaba en alrededor de 58.000 personas¹¹. Ahora bien, la situación cambia radicalmente a partir de la legislación COVID en la que

¹⁰ VILA TIerno, Francisco y ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos, “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, p. 284.

¹¹ LUJÁN DE FRÍAS, Fernando, “Los ERTE y el mecanismo RED en la reforma laboral de 2021”, *Estudios Latinoa*, vol. 1, nº 13, 2022, p. 53.

una serie de medidas de “flexiseguridad” permitieron amortiguar la destrucción de empleo evitando la devastación del tejido productivo y recuperando una cantidad considerable de los puestos de trabajo abocados a la suspensión debido a la crisis sanitaria que explotó en 2020.

El Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19, establece en su capítulo II las medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos. Se trataba de una apuesta por la contención del empleo, que se presentaba la más idónea, junto al teletrabajo, dadas las restricciones de la actividad productiva y de la movilidad a causa de la salud pública¹². Las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTE) persiguen evitar que una situación coyuntural tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. A la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para las personas trabajadoras como para quienes proporcionan empleo, contribuyen a aminorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se prioriza el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos.

El impulso de los ERTEs respondía a una triple motivación: por una parte, la simplicidad en la tramitación de los mismos; por otra, la intención de ofrecer estímulos públicos, como las exoneraciones de la cuota o de prestaciones extraordinarias de desempleo; y, en fin, la mal llamada “prohibición de despedir” ligada al compromiso de mantenimiento del empleo durante el plazo de seis meses desde la recuperación de la actividad afectada por la pandemia¹³. La normativa laboral COVID-19 gira en torno a dos tipos de ERTEs suspensivos y de reducción de jornada. Por un lado, los ERTEs por fuerza mayor, necesitados de autorización administrativa y vinculados a exoneraciones de cuotas sociales empresariales condicionadas al mantenimiento posterior del empleo¹⁴. En este contexto la fuerza mayor concentraba el grueso de las medidas restrictivas de movilidad y actividad durante el primer estado de alarma; de forma que las decisiones gubernativas operaban como *factum principis* con un alcance omnicompreensivo de la fuerza mayor¹⁵. Por otro lado, los ERTEs por causas ETOP vinculadas a COVID-19, con un periodo de

¹² CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia”, *Derecho Relaciones Laborales*, nº 4, 2020, p. 317.

¹³ RUESGA BENITO, Santos Miguel y VIÑAS APAOLAZA, Ana Isabel, “El año que redescubrimos los expedientes de regulación temporal de empleo”, *Economistas*, nº Extra 172-173, 2021, p. 219.

¹⁴ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Covid-19 y ERTE por fuerza mayor”, *Derecho Relaciones Laborales*, nº 4, 2020, p. 435.

¹⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, *Facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 25.

consulta con la representación de las personas trabajadoras, en busca de acuerdos colectivos, en principio sin exoneración de cuotas sociales, ni condicionalidad de mantenimiento posterior de empleo. La naturaleza excepcionalísima de la pandemia consiguió revertir el modelo habitual de situaciones de ERTE motivadas por causas ETOP frente al protagonismo alcanzado por el modelo de la fuerza mayor, habida cuenta la facilidad administrativa de este último y de la aceptación por silencio administrativo positivo de numerosas situaciones derivadas de ERTE por COVID-19.

Al mismo tiempo, la aprobación del Real Decreto-ley 9/2020 cuyo artículo 2 disponía 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 8/202, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Ello llevó a determinados sectores a proclamar la buena nueva de la supuesta prohibición del despido. Para las opiniones más extremas, durante la pandemia el despido quedaba simplemente erradicado, pudiendo las empresas adoptar solo soluciones coyunturales conservadoras de la relación de trabajo. Para otras voces más matizadas, la concurrencia, en una decisión extintiva, de circunstancias que pudiesen reconducirse a las derivadas de la pandemia, era suficiente para la declaración de nulidad del despido¹⁶.

Numerosas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia siguieron esa línea interpretativa, si bien parte de la doctrina judicial se decantaba por la improcedencia del despido derivado de causas reconducibles a la pandemia. Esta es la línea avalada por el pleno de la sala cuarta del Tribunal Supremo que ha sentado el criterio de interpretación del citado artículo 2, en el sentido de que su infracción no provoca la nulidad del despido sino su improcedencia¹⁷. Esta importante sentencia contiene, de todas formas, pronunciamientos que revisten un gran interés, y no solo en relación con el pasado sino también de cara al futuro de las relaciones laborales y de algunas cuestiones que, ante ese horizonte, se plantean. Lo más relevante de la sentencia es su afirmación (fundamento jurídico quinto, apartado 2) de que la norma controvertida contiene una “*destipificación, una neutralización de causas extintivas*”, pero en ningún caso una prohibición de despedir.

“*La magra formulación legislativa*”, dice el Tribunal Supremo, “*no prohíbe la extinción contractual, sino que retira la cobertura del despido por dificultades empresariales*”. El verdadero objetivo de la norma era precisamente que despidos objetivos o colectivos que,

¹⁶ DURÁN LÓPEZ, Federico, “Despidos: la prohibición que no fue tal”, *Blog jurídico Garrigues*, de 15.11.2022 (disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/despidos-prohibicion-no-fue-tal; consulta, 16.6.2023).

¹⁷ STS de 19.10.2022 (rec. nº 841/2022).

en su ausencia, resultarían procedentes o ajustados a derecho, dejaran de serlo en los términos por ella regulados¹⁸. Ahora bien, esto último requiere de una matización importante. El artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 “*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, en expresión del propio Tribunal Supremo, que realiza el mencionado precepto “si la empresa acredita la existencia de una situación estructural, sí que puede acordar el despido colectivo” (u objetivo)¹⁹.

Superada esta discusión judicial y doctrinal y de retomar el hilo cronológico, la aprobación desde marzo de 2020 a mayor de 2021 de sucesivos Decretos-leyes prorrogando los ERTes por fuerza mayor con revisión de las exoneraciones de cuotas sociales empresariales en función del sector productivo, articulando nuevos ERTes por fuerza mayor a causa de impedimento o limitación de la actividad ante un nuevo estado de alarma de marzo de 2020 a mayo de 2021, e incorporando exoneraciones a determinados ERTes por causas ETOP, ha diversificado los tipos de ERTE en hasta 14 categorías²⁰. Pues bien, en los últimos tres años más de tres millones y medio de personas

¹⁸ STS de 19.10.2022 (rec. n° 841/2022).

¹⁹ STS de 16.03.2022 (rec. n° 239/2022).

²⁰ LAHERA FORTEZA, Jesús, “Los ERTes en y tras la pandemia”, *op. cit.*, p. 332: distingue el autor entre 1) ERTes por fuerza mayor 1.1 Estructurales del artículo 22 DL 8 con exoneraciones de cuotas sociales en actividades con código CNAE-09 del Anexo DL 11 y en empresas dependientes o en la cadena de valor de las mismas; 1.2 Estructurales del artículo 22 DL 8 sin exoneraciones de cuotas sociales en actividades fuera del código CNAE-09 del Anexo DL 11 o en empresas no dependientes o fuera de la cadena de valor de las mismas; 1.3 Impedimento de desarrollo de la actividad de la DA 1ª.2 DL 24, con exoneraciones de cuotas sociales; 1.4 Impedimento de desarrollo de la actividad del artículo 2.1 DL 30 con exoneraciones de cuotas sociales; 1.5 Limitación del desarrollo normalizado de la actividad del artículo 2.2 DL 30 con exoneraciones de cuotas sociales; 1.6 Impedimento de desarrollo de la actividad del artículo 2.1 DL 11 con exoneraciones de cuotas sociales y 1.7 Limitación del desarrollo normalizado de la actividad del artículo 2.2 DL 11 con exoneraciones de cuotas sociales. 2) ERTes por causas económicas técnicas, organizativas o de producción 2.1 Estructurales del artículo 23 DL 8 anteriores a 27 de junio de 2020, con exoneraciones de cuotas sociales en actividades del código CNAE-09 del Anexo DL 2 y 2.2 Estructurales del artículo 23 DL 8 sin exoneraciones de cuotas sociales empresariales, que son todos los restantes. 3) ERTes de tránsito: 3.1 Tránsitos entre FM, de impedimento a limitación o viceversa, que los artículos 2.2 y 3 DL 2 solucionan, no obligando a la empresa a solicitar a la autoridad administrativa nuevo ERTE; 3.2 Tránsito de FM estructural a ETOP con exoneraciones de cuotas sociales en las actividades con código CNAE-09 del Anexo DL 2, o dependientes de la cadena de valor de las mismas; 3.3 Tránsito de FM estructural a ETOP sin exoneraciones de cuotas sociales, en el resto de supuestos; 3.4 Tránsito de FM nuevas restricciones a ETOP sin exoneraciones de cuotas sociales y 3.5 Tránsito de ETOP a ETOP con prórrogas acordadas con los representantes de los trabajadores, pues el artículo 3.1 DL 11 mantiene esta opción prevista en el artículo 3.4 DL 30. En el caso de ser supuesto con exoneraciones de cuotas sociales se mantienen las mismas tras la prórroga.

trabajadoras se han vistos inmersos en un ERTE²¹. Esta herramienta dio cobertura económica y legal a una gran parte de la población, evitando, así, una gran destrucción de puestos de trabajo y tasas de desempleo como las cifradas en otras crisis anteriores. Por ello, en la reforma laboral de 2021, las organizaciones sindicales y patronales CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, tras un largo proceso negociador, acordaron junto con el Gobierno mantener la misma fórmula para incorporarla de manera permanente en el Estatuto de los Trabajadores. Cabe destacar que en todos los ERTES por COVID-19 se han articulado medidas extraordinarias de protección social por desempleo para las personas trabajadoras, con el cálculo ininterrumpido de la prestación sobre el 70% de la base reguladora y su reposición. Además, resulta de interés la protección social reforzada de desempleo en aquellas personas con un trabajo fijo discontinuo afectadas por los ERTE, no llamados en temporada o que hayan agotado el desempleo, aun cuando la protección extraordinaria del desempleo no suponga novedad alguna respecto a la anterior crisis económica²².

El sistema analizado de ERTES por causa COVID-19 ha contado con una gran financiación pública que ha permitido amortiguar los costes laborales de las empresas ante paralizaciones, restricciones o profundas disminuciones de la actividad económica. Las empresas han podido externalizar estos costes hacia la Seguridad Social, con suspensiones contractuales y reducciones de jornada, durante el ERTE por fuerza mayor o causa ETOP, por la vía de sustitución de salarios por prestaciones de desempleo y en muchos casos exoneraciones sociales. Ahora bien, los logros en mantenimiento del empleo dada la prolongación de la pandemia han conducido a un nuevo escenario en el que las empresas en ERTE reciben financiación pública, sin poder llevar a cabo una reestructuración de las plantillas a causa de las exigencias de mantenimiento del empleo y las duras penalizaciones económicas. Ello encierra el riesgo de estar financiando con dinero público empresas inviables, además de postergando en el tiempo reestructuraciones empresariales necesarias para asegurar la viabilidad futura de otras empresas²³.

Es precisamente este el nuevo reto al que se enfrenta la regulación de los ERTES en la post-pandemia. Para ello, se habrá de regular el tránsito entre ERTES, en concreto de fuerza mayor a ETOP, y de estos a otras fórmulas de flexibilidad interna con un papel

²¹ INE, “Afiliados en ERTE” (disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/22bfb5ae-8eba-4c44-a258-93a26194e11b>; consulta, 16.6.2023).

²² ROQUETA BUJ, Remedios, *Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma: ERTES, ETOP, FM, COVID-19 y RED*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 115.

²³ ESTEBAN GÓMEZ, Amparo, *Expediente de regulación temporal de empleo: Instrumento recurrente ante la COVID-19*, Albacete, Bomarzo, 2021, p. 55.

esencial de los acuerdos colectivos entre la representación de las personas trabajadoras y las empresas. Ello facilitaría un repliegue gradual del intervencionismo administrativo que ha presidido la pandemia, hacia la autonomía negociadora colectiva en los acuerdos post-pandemia. La negociación colectiva, debido a la urgencia de la toma de decisiones y de la absorción administrativa en fuerza mayor de la mayoría de las situaciones, ha sido la gran ausente en esta crisis y debería retomar su papel esencial. En consecuencia, resulta obligado incentivar la firma de protocolos sociales de transición por esta vía convencional y utilizar las distintas herramientas de flexibilidad laboral interna²⁴.

Solo se podrán evitar despidos si se crean las condiciones de esta adaptación con flexibilidad interna. La propuesta versa sobre la transición gradual hacia la flexibilidad para garantizar la viabilidad de las empresas en la post-pandemia y adecuar las ayudas públicas, lo cual es compatible con el mantenimiento de la protección social extraordinaria por desempleo, incluyendo su reposición. En 2022 León tenía 209 ERTes con 17.947 personas trabajadoras afectadas, lo cual constituye una muestra del interés que presenta este mecanismo como ejemplo paradigmático de la flexibilidad interna²⁵.

4. El artículo 47 bis ET. Articulación del mecanismo RED como novedad en la reforma laboral

A fin de atender a los postulados de flexibilidad laboral que han inspirado el debate europeo y con el objetivo de favorecer la flexibilidad interna y reducir los despidos durante épocas de crisis económica, quien legisla en España ha creado el conocido como Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. En los últimos tiempos se han ido produciendo sensibles cambios en este escenario, de modo que, con la aplicación de los ERTes ha sido posible colocar el tiempo de trabajo en el núcleo de la flexibilidad interna y demostrar la eficacia y el sesgo “preventivo” de estas medidas²⁶.

Su buen funcionamiento durante la crisis sanitaria ha logrado que el Gobierno tome la decisión de elaborar un esquema permanente de flexibilidad laboral en las empresas para poder mantener los puestos de trabajo ante los eventuales descensos estructurales de la demanda. Por lo tanto, en la reforma laboral de 2021 se aprueba un diseño que retoca las dos modalidades tradicionales de ERTE, por ETOP y por fuerza mayor, pero, además, crea un tercer tipo de ajustes temporales de empleo, denominado “Mecanismo RED de

²⁴ LAHERA FORTEZA, Jesús, “Los ERTes en y tras la pandemia”, *op. cit.*, p. 336.

²⁵ JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, *Situación de los EERTE derivados de la crisis de la COVID-19 En Castilla y León* (disponible en: <https:// analisis.datosabiertos.jcyl.es/pages/ertes/?flg=es>; consulta, 16.6.2023).

²⁶ TERRADILLOS ORMAETXEA, Miren Edurne, “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 64, 2013, p. 64.

Flexibilidad y Estabilización del Empleo” (a nivel sectorial), para cuando exista una crisis económica generalizada y coyuntural -ERTE cíclico-, y cuando haya algún sector afectado por algún tipo de transición o reconversión -ERTE sectorial-, en ambos casos²⁷.

El Mecanismo RED pretende erigirse como un instrumento capaz de actuar preventivamente ante crisis futuras. Es la fórmula de reestructuración empresarial por antonomasia para afrontar escenarios de crisis económica o reconversión sectorial, como alternativa a la destrucción masiva de puestos de trabajo. La finalidad no es otra que dotar de un marco estable de garantías a las personas trabajadoras y a las empresas en supuestos de fluctuaciones cíclicas de la demanda o para sectores afectados por cambios estructurales, mediante el desarrollo de mecanismos que acompañen a las empresas en el periodo de transición²⁸. Dotado de un carácter permanente, sustituye a los ERTE coyunturales de la crisis sanitaria y protege el tejido productivo en situaciones de perturbación económica. Previsto en el componente 23 del “Plan de Recuperación, Transformación y resiliencia” enviado a Bruselas, pues menciona la idea al referirse a un sistema de estabilización económica que proporcione flexibilidad interna a las empresas y estabilidad en el empleo ante caídas transitorias o cíclicas en la actividad de la empresa, con un foco especial en la formación de las personas trabajadoras en casos de reducción de jornada o suspensión del contrato por crisis de empresa, que permitiría reforzar la inversión en formación de las personas trabajadoras durante los periodos de baja actividad, minimizar el recurso al despido, salvaguardando el vínculo contractual de la persona trabajadora con la empresa, facilitar la reactivación de la persona empleada cuando termine el “shock” y reducir la elevada temporalidad del mercado laboral español.

Así mismo, se afirma la necesidad de articular un modelo permanente de ERTE, tras su extraordinaria utilidad social en la pandemia, como instrumento de flexibilidad laboral interna alternativo a despidos. A tal fin se apuntala la creación de un fondo tripartito, de Gobierno, sindicatos y patronal, para financiar las prestaciones derivadas de los ERTE y compensar las cotizaciones de las personas trabajadoras afectadas por suspensiones contractuales o reducciones de jornada. El diseño del instituto posibilita acudir a la regulación de las condiciones de trabajo y a la articulación de mecanismos que permitan, en las diversas situaciones de crisis, o de precrisis en que puede encontrarse una empresa, la actividad empresarial o un sector, mantener el empleo y evitar la destrucción de este, con el apoyo de medidas económicas y formativas para que ello sea posible²⁹.

²⁷ GUEVARA FERNÁNDEZ, Guillermo, “La reforma de los ERTE: una modificación necesaria”, *Economist & Jurist*, nº 257, 2022, p. 20.

²⁸ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “El Mecanismo RED se pone en marcha”, en *Briefs* de la AEDTSS, 2022, p. 1.

²⁹ ROJO TORRECILLA, Eduardo, “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

El nuevo artículo 47.bis ET, permite a las empresas contar con una tercera fórmula para reducir la jornada y suspender los contratos de trabajo por causas ETOP. El mecanismo refuerza el vínculo de las personas trabajadoras con su empresa previendo una fecha cierta o las garantías de vuelta a su jornada completa o de restablecimiento de su contrato³⁰. A la vez, incorpora fórmulas con la intención de favorecer la empleabilidad de las personas afectadas y facilitar su transición a nuevos sectores productivos. En este sentido, el Mecanismo convergiría en un proceso que más allá de la “flexibilidad interna” se situaría en el ámbito de la recolocación de las personas trabajadoras. Las ventajas de esta figura pasan por beneficios en la cotización de las empresas, mayores exoneraciones que las modalidades clásicas de ERTE y garantías en el acceso universal a la protección social de las personas afectadas mediante una nueva prestación de sostenibilidad de empleo³¹.

Con anterioridad a la reforma laboral del año 2021, la concurrencia de causas ETOP o circunstancias de fuerza mayor legitimaba a quien proporciona empleo para adoptar medidas de efectos temporales de suspensión de los contratos de trabajo o de reducción de jornada, en las que, pese a la paralización o reducción laboral, existía la expectativa de recuperación de la actividad. Sin embargo, también quedaba amparada la extinción contractual en mor de las mismas causas, quedando en manos de quien proporciona empleo de estimar si se está en presencia de una situación que exige un tipo u otro de medida. El Mecanismo RED procede a eliminar todos aquellos elementos que permitían el tránsito al despido o la percepción de indemnizaciones a través del Fondo de Garantía Salarial³². A partir de la reforma, se debe acudir al ERTE ante situaciones de dificultades coyunturales, sin la posibilidad de acudir al despido. De este modo, los ERTE dejan de servir como aval a quien proporciona empleo para adoptar medidas con potencial de afectación al empleo, debiendo procurar la reducción de la jornada de las personas trabajadoras con carácter prioritario y, de no resultar posible, procediendo a la suspensión del empleo, quedando la extinción como una medida subsidiaria³³.

temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED”, en Blog, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, de 10.01.2022 (disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_10.html; consulta, 16.6.2023).

³⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, en *Briefs* de la AEDTSS, 2022, p. 3.

³¹ MONEREO PÉREZ, José Luis y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social”, *Laborum*, nº 30, 2022, p. 11.

³² CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *op. cit.*, p. 5.

³³ Un análisis ejemplar en FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina, “Anatomía Jurídica del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo”, *IUSLabor*, nº 2, 2022, p. 65.

Este nuevo mecanismo de flexibilidad interna y de estabilización laboral y económica se plantea como alternativa a la destrucción del empleo (tendencia desgraciadamente frecuente en las crisis y procesos de reestructuración empresarial), protegiendo a las relaciones laborales ante aquellos procesos de cambio estructural, cada vez más frecuentes en el mercado laboral debido a situaciones tales como crisis económicas, crisis sanitarias, irrupción digital, con los que evitar ese impacto económico negativo que pueda sufrir la empresa y, consecuentemente, la persona trabajadora³⁴.

El Mecanismo RED presenta una curiosa peculiaridad, como después se abordará, pues su solicitud ha de ser activada por Consejo de Ministros/as. Por lo tanto, el nuevo artículo 47 bis ET si bien es vigente desde el 31 de diciembre de 2021, las empresas no podían usarlo, hasta su activación previa información a las organizaciones más representativas. De cumplir los requisitos del artículo 47 bis ET, las empresas podrían solicitar su inclusión en el mismo. Las medidas de suspensión de los contratos, las reducciones de jornada y acceso al desempleo se extendían hasta el 28 de febrero de 2022, mediante el Real Decreto-ley 18/2021; aun cuando finalmente se acordó un mes de transición para todas las empresas que seguían inmersas en un ERTE por causa COVID-19, a fin de facilitar una adecuada transición según lo dispuesto por la reforma. Transcurridos los dos años de prórrogas, este tiempo extra otorgado a las empresas permitía planificar y negociar con las personas trabajadoras un nuevo ERTE. Para llegar a buen puerto, las empresas contaban con un nuevo plazo (exactamente, hasta el 1 de abril) para preparar un nuevo expediente y registrarlo ante la autoridad laboral.

La doctrina no ha tardado en poner sobre el tapete las vicisitudes de la prórroga automática que facilitaba a las empresas con un ERTE por COVID-19 continuar en las mismas condiciones -a salvo de determinadas matizaciones en materia de cotización a la TGSS- hasta la fecha de 31 de marzo de 2022, en aplicación del Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma³⁵. Por esta razón, a partir del 1 de abril de 2022 las empresas sumidas en dificultades, y he aquí lo importante, provengan de un ERTE por causa COVID-19 o no, que entiendan pueden resolver con el recurso a la reducción de jornada o la suspensión del contrato de las personas trabajadoras, podrían solicitar o bien un ERTE por causas ETOP o por fuerza mayor, o acogerse a un ERTE con base en el Mecanismo RED.

³⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel, “Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo (Artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores y disposiciones concordantes)”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, p. 332.

³⁵ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina, “Anatomía Jurídica del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo”, *op. cit.*, p. 66.

No es errado afirmar el resultado positivo del Mecanismo Red, habida cuenta de su orientación hacia una mayor flexibilidad interna a cambio de una mayor preservación del empleo³⁶. No obstante, dicho instituto está rodeado de ciertos aspectos capaces de obstaculizar su efectividad plena, tal y como se desarrollará *ad infra*.

5. Cláusulas de suspensión y su dinámica (artículos 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores)

La suspensión del contrato de trabajo permite interrumpir temporalmente las obligaciones contractuales de la persona trabajadora y de la empresa, con la consecuente liberación del pago de salarios y la posibilidad de articular planes de exoneraciones de cuotas sociales, mientras que la reducción de jornada disminuye proporcionalmente la cuantía salarial y dichas cuotas exoneradas, quedando, en ambos casos, salvado el puesto de trabajo de la persona trabajadora afectada, con la consiguiente protección social por desempleo. Frente a las extinciones, que sacrifican empleos, los ERTEs ofrecen su mantenimiento, con la ayuda complementaria de la protección social pública por desempleo. A efectos del presente estudio interesan la fuerza mayor temporal (artículo 45.1 i) y las causas ETOP (artículo 45.1 j).

Por tanto, el ensayo debe abordar necesariamente las razones empresariales coincidentes con las causas que justifican los despidos, aun cuando su menor entidad comporta una situación de provisionalidad que ampara la suspensión (o la reducción de jornada), sin llevar a la extinción. Por este motivo, cabrá remarcar los aspectos particulares tanto de la *vis maior* en sus dos modalidades actuales, del sistema RED introducido a modo de rigurosa novedad, así como de las razones empresariales. Teniendo presente que esta posibilidad de suspensión (también la de reducción de jornada de entre un 10 y un 70% queda prohibida a las Administraciones Públicas y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella, salvo que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado, según contempla la Disposición Adicional 17ª ET, su operatividad aparece condicionada, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras de la empresa y de personas afectadas, a cumplimentar el procedimiento previsto a este fin.

³⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (artículo 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (artículo 47.bis ET)”, *Blog, Una mirada crítica a las relaciones laborales*, de 3.01.2022 (disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/01/03/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-regimen-juridico-de-los-erte-ex-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/>; consulta, 16.6.2023).

5.1. La fuerza mayor como causa

La fuerza mayor como causa de reducción o suspensión contempla dos especies: de un lado, la clásica o común, construida sobre la noción del artículo 1105 CC y que, salvo por sus efectos estrictamente temporales, comparte rasgos de identidad con la prevista para la extinción, a cuyo análisis se remite; de otro, la incorporada al artículo 47.5 ET, obediente a un singular *factum principis*³⁷. Para la fuerza mayor común la norma remite al procedimiento recogido en el artículo 51.7 ET y su normativa de desarrollo, contenida en los artículos 31 a 33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, donde se contempla la preceptiva autorización administrativa con independencia del número de personas afectadas.

Tal régimen, sin embargo, debe ser integrado con las previsiones específicas contenidas en el artículo 47.5 ET, para así destacar el siguiente itinerario: 1) Inicio mediante solicitud de la empresa dirigida a la autoridad competente, acompañada de los medios de prueba necesarios y con simultánea comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras. 2) Solicitud de informe preceptivo a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. 3) De ser tenidos en consideración otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aportados por la empresa, procederá el trámite de audiencia, en el término de un día, tanto a la entidad solicitante como a la representación de las personas trabajadoras. 4) La resolución deberá ser dictada en el plazo de 5 días, limitándose a autorizar o no (pues la decisión de reducir la jornada o suspender los contratos corresponde a la empresa). El silencio administrativo es positivo. La resolución surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor, los cuales perdurarán hasta la fecha que conste en aquella; de transcurrir tal plazo y persistir la imposibilidad de reanudar la actividad con normalidad, será preciso solicitar nueva autorización. 5) Si la resolución fuera denegatoria, la empresa podrá iniciar el procedimiento previsto por causas ETOP, sin perjuicio de tener abierta la facultad de impugnar la resolución ante los órganos de la jurisdicción social. Por su parte, también las personas trabajadoras podrán impugnar la decisión adoptada por la empresa relativa a estas medidas de flexibilidad interna³⁸.

El artículo 47.6 ET contempla otro supuesto de fuerza mayor temporal con origen en los impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones aceptadas por la autoridad pública competente, incluidas las

³⁷ ROQUETA BUJ, Remedios, *Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma: ERTes, ETOP, FM, COVID-19 y RED*, op. cit., p. 120.

³⁸ VILA TIerno, Francisco y Álvarez Cortés, JUAN CARLOS, “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, op. cit., p. 286.

orientadas a la protección de la salud pública³⁹. Su tramitación se regirá por las reglas previstas para el supuesto de fuerza mayor común con tres especialidades: la solicitud de informe a la Inspección de Trabajo no será preceptiva; entre las pruebas a aportar por la empresa habrá de figurar la documentación necesaria para acreditar aquellas limitaciones o impedimentos en la actividad causados por la decisión de la autoridad competente; y por último, la autoridad laboral, a la hora de resolver, deberá ponderar si las limitaciones o impedimentos están o no justificados en su entidad para seguir de su constatación la viabilidad de la reducción de jornada o suspensión de contrato instada.

5.2. Modalidades del llamado Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo

El artículo 47 bis contempla un instrumento denominado Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo que, una vez activado por el Consejo de Ministros/as, permitirá, en los supuestos y términos que se contemplen, la reducción de jornada y la suspensión de contratos. Ofrece, a tal efecto, dos modalidades: de un lado, la cíclica, de apreciar una coyuntura macroeconómica general que aconseje adoptar instrumentos adicionales de estabilización, pudiendo durar un máximo de un año; de otro, la sectorial, cuando en un ámbito funcional de actividad se aprecien cambios permanentes que generen la necesidad de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima también de un año, pero la posibilidad de hasta dos prórrogas de seis meses cada una.

De analizar en mayor detalle cada una de las modalidades cabe significar cómo la modalidad cíclica pretende hacer frente a situaciones tales como la caída transitoria o cíclica de la actividad de las empresas, y obedece a una situación que supera a un solo sector. Dicho mecanismo de reestructuración pretende ayudar a reciclar a las personas trabajadoras para que puedan ir a otras empresas o sectores. La duración del ERTE-RED cíclico está limitada a un año, pues la norma parece confiar en que la situación vuelva a la normalidad lo antes posible, lo cual justifica la configuración de las exenciones mediante un sistema gradual descendente (60%-30%-20%). Ahora bien, su aplicación no queda vinculada al desarrollo de acciones formativas por parte de la empresa, aun cuando durante la vigencia de la medida de suspensión se proporcionará formación a las personas trabajadoras, como colectivo prioritario en el acceso a iniciativas formativas para el empleo.

En esta modalidad las exoneraciones en materia de Seguridad Social siguen una escala de carácter decreciente: del 0 al 4 mes del 60%, desde la fecha en que se produzca la

³⁹ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “El refuerzo de los expedientes de regulación temporal de empleo en la reforma laboral de 2021”, *op. cit.*, p. 109.

activación, hasta el último día del cuarto mes posterior a dicha fecha; del 5 al 8 mes del 30%, durante los cuatro meses inmediatamente siguientes a la terminación del plazo antes señalado y del 9 al 12 mes del 20%, durante los cuatro meses inmediatamente siguientes a la terminación del periodo⁴⁰. A instancia de la propia empresa mediante declaración responsable son aplicadas estas exoneraciones por la TGSS, quedando condicionadas al compromiso de mantenimiento del empleo de las personas afectadas durante los 6 meses siguientes a la finalización del periodo de aplicación. Por su parte, la modalidad sectorial podrá ser activada cuando en un determinado sector o sectores de actividad, se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y transición profesional de las personas trabajadoras, cuya reincorporación a la actividad ordinaria está siendo más lenta que para el resto de las actividades. De nuevo, al igual que en la modalidad cíclica, es obligado llevar a cabo un complicado proceso para s activación, de esta manera, y previa elevación al Consejo de Ministros/as, se debe informar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal.

Las previsiones de recolocación y formación exigidas son ciertamente complejas. La finalidad de ampliar la duración del ERTE sectorial consiste en dar adecuada respuesta a la evolución de las circunstancias concurrentes, posibilitando que el proceso formativo alcance el tiempo necesario para lograr la efectiva recualificación transición profesional de las personas trabajadoras. Por esta razón, se establece la obligación de presentar un plan de recualificación de las personas afectadas junto con la solicitud y, además, para el proceso de selección es necesario pedir el permiso a la autoridad laboral, solicitar las prestaciones al SPEE y las exoneraciones a la Seguridad Social. Asimismo, las políticas de formación de las personas interesadas no pueden estar desconectadas del intenso proceso de digitalización que exige instrumentos capaces de acompañar la transición y recualificación de las personas trabajadoras en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias para ocupar los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad⁴¹.

La Disposición Adicional 25^a ET hace referencia a dichas acciones en los ERTE, señalando que, durante las reducciones de jornada de trabajo o suspensiones de contratos de trabajo, las empresas podrán desarrollar acciones formativas para cada una de las personas afectadas, que tendrán como objetivo la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras. A través de estas acciones se priorizará el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y las personas trabajadoras incluyendo las vinculadas a

⁴⁰ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “El Mecanismo RED se pone en marcha”, *op. cit.*, p. 2.

⁴¹ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *Labos*, nº Extra 0, 2022, p. 99.

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. Las acciones formativas se desarrollarán a través de cualquiera de los tipos de formación previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en dichas normas, o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada.

Las acciones formativas deberán tener lugar durante la aplicación de la reducción de la jornada o suspensión del contrato, en el ámbito de un ERTE, 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. A propósito de este objetivo, la redacción inicial contemplaba que, si una persona afectada por el Mecanismo RED aceptaba la recolocación en otra empresa, la de origen debía transferir al FOGASA el 50% de la cuantía del despido improcedente que le hubiera correspondido, a fin de constituir un fondo público para financiar los procesos de recolocación de empresas en riesgo de desaparecer. Dicho trasvase de las personas trabajadoras de una empresa a otra supondría una recolocación en una empresa ajena al grupo empresarial, previa aceptación voluntaria de la persona empleada. Si la recolocación tenía lugar en una empresa del mismo grupo empresarial se produciría la subrogación del contrato. Si tenía lugar un despido no imputable a la persona trabajadora, el FOGASA debería abonar una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en su antigua empresa. Esta fórmula es similar a la “mochila austriaca”, en tanto fondo individual de cada persona empleada para ser usado en caso de despido o recolocación, alguna vez planteada (sin éxito) para España⁴². Más tarde, el Gobierno replantea el Mecanismo a través de un procedimiento más simplificado, retirando la obligación de depositar en el FOGASA parte de la indemnización de las personas afectadas. En esa misma línea, las empresas quedan compelidas a presentar un plan de recualificación, incluyendo en el mismo los contenidos de la formación obligatoria a impartir, con el objetivo último de posibilitar la recolocación de las personas trabajadoras en otros puestos de trabajo o en otras empresas. El Mecanismo RED sectorial da un salto desde la tradicional reconversión industrial hasta la más moderna reconversión digital.

Con carácter general a las dos modalidades, para subvenir a las necesidades económicas derivadas del funcionamiento del Mecanismo se contempla la constitución de un fondo sin personalidad jurídica adscrito al Ministerio del ramo. Este Fondo RED tendrá la facultad de atender a las exigencias futuras de financiación derivadas de prestaciones y

⁴² FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, Fernando, “La mochila austriaca nos sigue siendo ajena”, *Escritura Pública*, nº 130, 2021, p. 55.

exenciones a las empresas del pago de cotizaciones a la Seguridad Social, incluidos los costes asociados a la formación⁴³. El Mecanismo RED debe conseguir una significativa financiación proveniente de las arcas públicas. Ahora bien, todavía no se han diseñado las fuentes de financiación del Fondo RED. Resulta obligado solventar esta cuestión, pues España se ha comprometido con la Comisión Europea a garantizar la sostenibilidad fiscal y financiera del Fondo, siendo este uno de los requisitos de los que depende el visto bueno de Bruselas a la reforma laboral, vinculada a los Fondos de Recuperación. El ejecutivo ha tratado de paliar la situación de incertidumbre habilitando, de forma transitoria, como recursos para nutrirlo los excedentes de ingresos que financian las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo y asistencial, las aportaciones consignadas en los Presupuestos Generales del Estado, las aportaciones procedentes de la Unión Europea orientadas a este objeto y fines y los rendimientos de cualquier otra naturaleza que genere el instrumento.

El procedimiento para la funcionalidad del Mecanismo RED contempla dos fases diferenciadas y una serie de previsiones comunes con independencia de la modalidad cubierta. Por cuanto hace a los distintos momentos en su operatividad cabrá mencionar que:

1. La persona trabajadora se verá afectada en exclusiva o bien por una reducción de jornada o bien por una suspensión de su contrato, sin posibilidad de combinar ambas medidas⁴⁴. Es más, la regulación legal contempla una u otra como alternativas.

Según lo dispuesto en el artículo 47. bis ET su activación tendrá lugar, previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta conjunta de los Ministros/as de Trabajo y Economía Social, de Asuntos Económicos y Transformación Digital y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. En la modalidad sectorial, 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 habrá de reunirse en el plazo de 15 días desde la solicitud y analizar los cambios acaecidos, así como, si fuera preciso, elevar la solicitud al Consejo de Ministros/a que abra su operatividad. Antes de su elevación a este, con todo, resultara

⁴³ ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos, “La flexibilidad ‘interna’ en el Real Decreto-ley 32/2021 a través de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo y el Mecanismo RED”, cit., p. 187.

⁴⁴ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “Reglas provisionales para la ejecución del Mecanismo RED en los nuevos ERTE”, en *GA-P, Análisis*, 2022, p. 2 (disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/reglasprovisionales-para-la-ejecucion-del-mecanismo-red-en-los-nuevos-erte/>; consulta, 16.6.2023).

imprescindible informar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal. La decisión y consideraciones que, en su caso, incorpore el acuerdo del Consejo de Ministros/as no servirán, por sí mismas, como causas para poder adoptar a nivel empresarial las medidas previstas en la norma en relación con el empleo y las condiciones de trabajo.

La activación del Mecanismo RED para el sector de las agencias de viajes, constituye un primer ejemplo de la modalidad sectorial, en virtud del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania. Igualmente, fue aprobada la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se publica el acuerdo del Consejo de Ministros/as de 29 de marzo de 2022, por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, de conformidad con el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para el sector de las agencias de viaje. El contexto macroeconómico resulta ser a todas luces adverso, cuyas consecuencias aún no se pueden predecir, lo que puede mover al Gobierno a plantear, en atención a las circunstancias, la puesta en marcha del Mecanismo RED cíclico como mecanismo de estabilización económica.

2. Una vez activado el Mecanismo, y mientras así se mantenga, las empresas podrán solicitar a la autoridad laboral la reducción de jornada o suspensión de contrato en cualquiera de sus centros. La admisión a trámite de una solicitud de autorización para aplicar medidas en el contexto de un Mecanismo RED requerirá el cumplimiento de los requisitos fijados en el acuerdo de activación. El procedimiento presenta los siguientes momentos:
 - A. Solicitud dirigida a la autoridad competente y comunicación simultánea a la representación de las personas trabajadoras que, en la modalidad sectorial, habrá de ir acompañada de un plan de recualificación de las personas afectadas. El procedimiento se desarrollará de acuerdo con lo previsto en el artículo 47.7 ET, previa apertura del periodo de consultas.
 - B. Tramitación de acuerdo con lo previsto para los supuestos de fuerza mayor clásica, con celebración de un periodo de consultas acomodado a lo previsto para el procedimiento por causas económicas, técnicas, organizativas y de

producción, salvo las peculiaridades recogidas en el propio artículo 47 bis ET⁴⁵.

- C. La empresa deberá comunicar fehacientemente a las personas trabajadoras o a su representación la intención de iniciar la tramitación al objeto de conformar la comisión representativa *ex* artículo 41.4 ET. En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, se deberá comunicar a las personas empleadas para establecer la comisión representativa encargada de negociar. La comisión debe quedar constituida en un plazo de 7 días desde la comunicación por parte de la empresa de iniciar el trámite del Mecanismo RED si existiese comisión y en un plazo de 15 días si no existiese representación legal de las personas trabajadoras. Es más, la empresa deberá incorporar, junto con la solicitud, copia de la comunicación de inicio del Mecanismo RED remitida a las personas trabajadoras o a su representación; copia de la comunicación a la representación de las personas trabajadoras o a la comisión representativa con toda la documentación adjunta a esta y la identificación de quienes integrarán la comisión negociadora o la indicación de falta de constitución de la misma⁴⁶.

Constituida la comisión representativa o expirado el plazo para ello, la empresa remitirá la comunicación de inicio de periodo de consultas a la autoridad laboral junto con la solicitud. Asimismo, la empresa deberá comunicar a la autoridad laboral la finalización del proceso, con o sin acuerdo, incorporando los datos relativos a las personas, grupos profesionales, puestos y niveles salariales afectados, determinando si la medida es de suspensión del contrato o de reducción de jornada diaria, semanal, mensual o anual; documentación acreditativa de la situación temporal, cíclica o sectorial, alegada en el acuerdo de activación del Mecanismo RED concurrente en la empresa; fecha de efectos, la cual podrá ser anterior a la de la comunicación final a la autoridad laboral, pero en ningún caso previa a la fecha de activación; periodo dentro del cual se llevará cabo la suspensión o reducción de la jornada de trabajo dentro del límite establecido en el acuerdo de activación, habida cuenta de la prioridad aplicativa de la reducción de jornada frente a la suspensión del contrato de trabajo; tipo de medida a aplicar respecto de cada persona afectada y porcentaje máximo de reducción de jornada diaria, semanal

⁴⁵ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La gestión pública de los ERTE (regulación temporal de empleo) y de los ERE (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas”, *Temas Laborales*, nº 160, 2021, p. 157.

⁴⁶ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina, “Anatomía Jurídica del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo”, *op. cit.*, p. 83 y 84.

o mensual para cada una de las personas, grupos profesionales, puestos o niveles salariales afectados, así como del número máximo de días de suspensión de contratos a aplicar en cada caso; en la modalidad sectorial, además es necesario el plan de recualificación definitivo con las acciones formativas contempladas en la Disposición Adicional 25ª ET.

- D. Resolución por la autoridad laboral en el plazo de 7 días desde la notificación de la conclusión del periodo de consultas. El silencio será positivo, entendiéndose autorizada la medida dentro de los límites legal y reglamentariamente establecidos. El contenido de la resolución, por su parte, varía en función de si las consultas finalizan con o sin acuerdo: en el primero de los casos, procede la autorización; de no mediar tal posición común, estimará la solicitud si considera que de la documentación aportada cabe deducir la concurrencia de la situación cíclica o sectorial temporal prevista en la norma, pues en otro caso la desestimaré. En efecto, de concluir con acuerdo la autoridad laboral procederá a autorizar el Mecanismo RED pudiendo la empresa aplicar las suspensiones o reducciones, según lo acordado en el periodo de consultas. En este caso, la autorización es meramente confirmatoria, existiendo una presunción de existencia de la causa justificativa. En cambio, cuando no se logre un acuerdo en el periodo de consultas, el papel de la autoridad laboral será el de dictar resolución estimando o desestimando la solicitud de la empresa a la vista de la documentación aportada.
- E. Remisión de la solicitud a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que emita informe preceptivo sobre la concurrencia de los requisitos exigidos. Informe a evacuar en el plazo improrrogable de 7 días. La solicitud será estimada cuando, de la documentación aportada por la empresa, se deduce la concurrencia de la situación cíclica o sectorial temporal. Quien legisla apuesta por una creciente intervención administrativa en esta figura, en el conjunto regulador de la flexibilidad interna y en el procedimiento de despido colectivo⁴⁷. La regulación ha pretendido endurecer procedimentalmente el despido colectivo, sindicalizar los procedimientos, limitar las posibilidades de adaptación por los convenios de empresa de la normativa sectorial y complicar los procedimientos de suspensión y reducción de jornada. Es más, según

⁴⁷ MERCADER UGUINA, Jesús y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Flexibilidad interna frente a las crisis en la empresa. El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos en el artículo 47 ET y Mecanismo RED”, en GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana (Dirs.), *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

apunta parte de la doctrina, el Mecanismo RED, como herramienta con un alto grado de discrecionalidad, resulta ser un instrumento más político que jurídico, lo cual puede llevar a una devaluación de su impacto real⁴⁸.

A modo de disposiciones comunes, se mencionan la posible aplicación de las prórrogas previstas en el artículo 47.4 ET y los aspectos compartidos por los supuestos de fuerza mayor y razones empresariales recogidos en el artículo 47.7 ET; el beneficio en favor de las personas trabajadoras cubiertas por el Mecanismo RED de las medidas de protección social recogidas en la Disposición Adicional 44ª LGSS, gozando de la consideración de colectivo prioritario a la hora de acceder a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral. Por último, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (a la cual se confiere acceso a los datos que le permitan conocer los extremos relativos a la aplicación de los Mecanismos, las condiciones especiales en materia de cotización para la empresa y las prestaciones correspondientes), así como el SPEE, colaborarán para desarrollar actuaciones efectivas de control de la aplicación del Mecanismo, mediante la programación de actividades periódicas y de ejecución continuada.

En fin, aun cuando las medidas adoptadas van por el buen camino, es difícil comprender el por qué la ordenación pone tanto énfasis en la capacitación -tanto la digital como la profesional- para poder tener mayores facilidades en la búsqueda de empleo en otras empresas ante situaciones de extinción inevitables y, aun así, las iniciativas formativas continúen como voluntarias, en vez de obligatorias⁴⁹; al margen de que sean financiadas por créditos estatales. Esta circunstancia es especialmente relevante debido a dos motivos principales: de un lado, la necesidad de transformar el mercado laboral en un agente dinámico de recualificación profesional, en el cual las personas trabajadora o las futuras personas empleadas puedan ajustarse a las competencias requeridas por el sistema de trabajo; de otro, la obligada puesta en marcha de mecanismos capaces de paliar el llamado

⁴⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (artículo 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (artículo 47.bis ET)”. Blog, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, de 3.01.2022 (disponible en <https://ignasibeltran.com/2022/01/03/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-regimen-juridico-de-los-erte-ex-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/>; consulta, 16.6.2023).

⁴⁹ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Reforma laboral y digitalización: El mecanismo ‘RED-FE’ (Flexibilidad y Estabilización del empleo) y su gestión automatizada”, en *Blog: Información Transforma e-work*, de 8.02.2022 (disponible en: <https://www.transformaw.com/blog/reforma-laboral-y-digitalizacion-el-mecanismo-red-fe-flexibilidad-y-estabilizacion-del-empleo-y-su-gestion-automatizada/>; consulta, 16.6.2023).

“desempleo tecnológico” que afecta, con mayor o menor intensidad, a todos los sectores productivos. Sin duda, el Mecanismo RED como instrumento clave para llevar a cabo una reconversión industrial y digital efectiva ha de pasar por incrementar el esfuerzo en aquellas medidas formativas contempladas en la Disposición Adicional 25ª ET⁵⁰.

5.3. *La importancia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*

En los supuestos de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ERTE-ETOP), además de la aplicación de los preceptos comunes con el despido y que en tal sede serán expuestos (artículos 25 a 29 RDC), habrá de seguirse el procedimiento específico contemplado en los artículos 16 a 24 RDC, respetando escrupulosamente los cambios contenidos en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. Las posibilidades son reducir temporalmente la jornada de trabajo de las personas trabajadoras (entre un 10 y un 70%) o suspender temporalmente los contratos de trabajo.

La reforma laboral modifica el artículo 47 del ET dando nueva regulación a la reducción de jornada o suspensión del contrato por causas ETOP o derivadas de fuerza mayor, así como la LISOS, con el objetivo de adaptar la norma sancionadora a las nuevas previsiones en materia de medidas de flexibilidad interna, sus limitaciones y prohibiciones. A resultas de la reforma laboral cabrá atender al siguiente régimen jurídico.

Resulta efecto característico que la adopción de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada no generen derecho a indemnización alguna a favor de las personas trabajadoras afectadas; sin embargo, y a modo de importante elemento peculiar de esta causa, cabrá poner de relieve su consideración como situación legal de desempleo a efectos de causar derecho a la prestación de Seguridad Social. En paralelo, durante este periodo la norma contempla la promoción de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de las personas afectadas con la finalidad de aumentar la polivalencia o incrementar su empleabilidad (artículos 47.4 ET y 16.5 RDC). El procedimiento se asemeja en gran medida al previsto para el despido, pero simplificando requisitos y acortando plazos. Así, se iniciará mediante comunicación dirigida a la representación legal de las personas trabajadoras de la apertura del periodo de consultas, que reunirá el contenido detallado en el artículo 17.2 RDC y la documentación exigible para acreditar la causa, variable en función de si el invocado es un motivo económico o cualquiera de los restantes, en los cuales bastará con una memoria explicativa (artículo 18.3 RDC).

⁵⁰ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina, “Anatomía Jurídica del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo”, *op. cit.*, p. 72.

Hay 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 anterior⁵¹. Las causas técnicas se dan cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción y 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 producción⁵². Las causas productivas se dan cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Con carácter simultáneo, la empresa hará llegar copia de tal comunicación y de la documentación que la acompaña a la autoridad laboral, e igualmente le informará de la composición de la comisión negociadora, para cuya constitución regirán, con carácter general, las reglas previstas en el artículo 41.4 ET respecto a la modificación sustancial de condiciones (artículo 19 RDC). Con todo, los plazos máximos para conformarla se reducen de 7 a 5 días, a contar desde la comunicación, salvo que alguno de los centros careciera de representación legal de las personas trabajadoras, en cuyo caso será de 10 días como máximo.

La autoridad laboral dará traslado de tal comunicación tanto a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo, como a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Ya no será preciso hacerlo a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo, la cual podrá tomar noticia de la situación a través de la vía prevista en la Disposición Adicional 26ª ET, y durante el desarrollo de las consultas velará por su efectividad a través de las actuaciones contempladas en el artículo 21 RDC; por su parte, la Inspección emitirá informe sobre los extremos de la comunicación empresarial y el desarrollo del periodo de consultas en el improrrogable plazo de 15 días (artículo 22 RDC). Desaparece la obligación del traslado de la comunicación empresarial al SPEE por parte de la autoridad laboral. La comisión representativa de las personas trabajadoras deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a las personas trabajadoras o a su representación su intención de iniciar el

⁵¹ BODAS MARTÍN, Ricardo, “La documentación pertinente en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, *Lan Harremanak*, nº 35, 2017, p. 116.

⁵² CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas”, *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, nº 22, 2009, p. 102.

procedimiento⁵³. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de cinco días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representación legal de las personas trabajadoras, en cuyo caso el plazo será de diez días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a la representación de las personas trabajadoras y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas. En este sentido, la nueva regulación sobre el período de consultas es mucho más prolija, detallada y entra a disponer al respecto de plazos y contenidos mínimos a los efectos de asegurarse que se cumpla por las partes esa obligación de “negociar” de buena fe y no quede en un mero “desideratum” normativo⁵⁴. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración. 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. La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 del ET, en el orden y condiciones señalados en el mismo. Como novedad, si ninguno tiene representación legal de las personas trabajadoras debe convocarse con carácter preferente a los sindicatos más representativos del sector y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación en el centro de trabajo afectado⁵⁵.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. El paso del tiempo no ha desvirtuado en gran medida el contenido nuclear de la buena fe y que su comprensión y más aún su aplicación pueden comportar riesgos de desafección y deslegitimación social que perturben el orden y la paz social⁵⁶. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de la representación legal de las personas trabajadoras o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión

⁵³ BODAS MARTÍN, Ricardo, “La documentación pertinente en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, op. cit., p. 119.

⁵⁴ ESTEBAN LUQUE, Cristina; GIL IGLESIAS, Carlos e HIGUERA GARRIDO, Ana, “Suspensión del contrato o reducción de jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en virtud del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores”, *ICADE: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 88, 2013, p. 131.

⁵⁵ VIDAL LÓPEZ, Pere, “ERTEs por causas ETOP vinculados al COVID-19: la novedosa composición de la comisión negociadora”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 962, 2020, p. 6.

⁵⁶ GUTIÉRREZ LANZAT, Alejandro, “Notas sobre la buena fe negociadora en el período de consultas”, *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, nº 9, 2014, p. 118.

representativa de las personas trabajadoras siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de las personas trabajadoras del centro o centros de trabajo afectados. La empresa y la representación de las personas trabajadoras podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo. Con una duración no superior a 15 días, que se limita a 7 en las entidades de menos de 50 personas de plantilla y bajo el calendario que aprueben las partes -o el que de manera subsidiaria proporciona el artículo 20.2 RDC-, el periodo de consultas podrá finalizar con acuerdo o sin acuerdo: en el primer caso, la empresa entregará a la autoridad laboral copia íntegra del mismo; de no mediar consenso, decidirá unilateralmente si procede o no a la medida que había propuesto, disponiendo a tal efecto de un plazo máximo de 15 días desde la fecha de la última reunión celebrada de consultas, transcurrido el cual caducará el procedimiento. La notificación habrá de reflejar siempre el calendario con los días concretos en los cuales la reducción o la suspensión afecte a cada una de las personas trabajadoras y el periodo dentro del cual van a ser aplicadas las medidas. De tal decisión la autoridad dará noticia oportuna a la entidad gestora de desempleo.

Quien proporciona empleo habrá de participar individualmente a las personas afectadas su decisión (también concretando los días que les afectan), la cual surtirá efectos desde la fecha de comunicación a la autoridad laboral, salvo que en dicha notificación a las personas interesadas se contemple una posterior. Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

La impugnación de los acuerdos y decisiones en esta materia se regirá por lo previsto en la LRJS (artículo 24 RDC). Así, podrá ser impugnada de oficio por la autoridad laboral cuando aparece alguna irregularidad. Igualmente, la decisión podrá ser impugnada por la autoridad laboral, a petición de la entidad gestora de desempleo, cuando considere que tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por las personas afectadas, al no existir causa motivadora de la situación legal a tal fin⁵⁷; por su parte, la persona interesada también podrá acudir ante la jurisdicción social, que declarará la medida justificada, injustificada o nula bajo los mismos condicionantes y efectos que los previstos para la movilidad geográfica y modificaciones sustanciales del contrato (artículo 138 LRJS). En caso de impugnación por parte de la persona trabajadora, la sentencia declarará la obligación de reintegro de las prestaciones y del ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social.

⁵⁷ STS de 14.02.2019 (rec. nº 194/2017).

5.4. Peculiaridades en relación con las prórrogas de los ERTEs

Como novedad introducida en la reforma acaecida a finales de 2021 y principios de 2022 cabrá significar la posibilidad expresa de acordar con la representación de las personas trabajadoras prórrogas para la medida adoptada, acomodadas a un régimen que se rige por lo previsto para la reducción y suspensión, salvo las siguientes especialidades: 1) La propuesta podrá ser formulada en cualquier momento de la vigencia de la medida. 2) Su operatividad exige tan solo la comunicación de tal intención a la representación de las personas trabajadoras con la cual se hubiera celebrado el periodo de consultas. 3) La duración del periodo de consultas para esta ocasión queda fijado en un máximo de 5 días, debiendo acordarse la decisión empresarial (tanto si obra acuerdo como si no) en el plazo de 7 días y surtiendo efectos desde la finalización del período inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral. Salvo estos plazos, resultarán de aplicación a este periodo de consultas las previsiones recogidas en el artículo 47.3 del ET.

5.5. Normas comunes a los supuestos de fuerza mayor y razones ETOP

Como disposiciones comunes a los supuestos de fuerza mayor (en sus dos variantes) y razones empresariales, la norma establece (artículo 47.7 ET):

- 1) La reducción de jornada de al menos un 10% y con un máximo del 70%, computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual.
- 2) La obligación que pesa sobre la empresa de comunicar, a través de los procedimientos automatizados de futura concreción, tres aspectos diferenciados: el periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la reducción o suspensión; la identificación precisa de las personas trabajadoras incluidas en el procedimiento de regulación temporal de empleo; en fin, el tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas afectadas y el porcentaje máximo de reducción de jornada o el número máximo de días de suspensión que van a hacerse efectivos. a aplicar.
- 3) La posibilidad de afectar y desafectar a las personas trabajadoras del ERTE. Durante el periodo de aplicación del expediente, la empresa podrá desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, informando previamente de ello a la representación legal de las personas trabajadoras y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la TGSS, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades.

- 4) Dentro del periodo de aplicación del expediente no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales. Esta prohibición no resultará de aplicación en el supuesto en 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, previa información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de las personas trabajadora.
- 5) En paralelo, con efectos de 31 de diciembre de 2021, se modifica la LISOS, con el objetivo de adaptar la norma sancionadora a las nuevas previsiones en materia de medidas de flexibilidad interna, sus limitaciones y prohibiciones. El nuevo artículo 7.14 de la LISOS, considera una infracción grave en materia de relaciones laborales (por cada una de las personas trabajadoras afectadas) la formalización de nuevas contrataciones laborales incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del Estatuto de los Trabajadores.
- 6) Las empresas que desarrollen las acciones formativas (Disposición Adicional 25.^a ET), a favor de las personas afectadas por el ERTE, tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el artículo 9.7 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.
- 7) En los casos de suspensión o reducción de jornada la empresa continúa obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial (artículo 153 bis de la LGSS). En caso de causarse derecho a la prestación por desempleo, corresponde a la entidad gestora el ingreso de la aportación de la persona trabajadora (artículo 273.2 de la LGSS). En estos supuestos, las bases de cotización a la Seguridad Social para el cálculo de la aportación empresarial por contingencias comunes y por contingencias profesionales, estarán constituidas por el promedio de las bases de cotización en la empresa afectada correspondientes a dichas contingencias de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato. Para el cálculo de dicho promedio, se tendrá en cuenta el número de días en situación de alta, en la empresa de que se trate, durante el periodo de los seis meses indicados. Las bases de cotización calculadas conforme a lo indicado anteriormente se reducirán, en los supuestos de reducción temporal de jornada, en función de la jornada de trabajo no realizada. Durante los periodos de suspensión

temporal de contrato de trabajo y de reducción temporal de jornada, respecto de la jornada de trabajo no realizada, no resultarán de aplicación las normas de cotización correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor, y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

Existe la posibilidad de obtener beneficios de cotización (siempre con carácter voluntario) vinculados a estos procedimientos cuando se asuman los compromisos de empleo previstos en el apartado 10 de la Disposición Adicional 44ª LGSS. En caso de incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo, la empresa deberá devolver las exoneraciones de la persona despedida. Esta medida constituye un condicionante orientado a que la solicitud de estas exoneraciones de cuotas no sea una huida hacia delante de empresas no viables en su dimensión actual, tratando de posponer la decisión de reducción de plantilla o cierre. De esta manera, debe mantener el empleo durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del ERTE y no a la desactivación del mecanismo, pues puede tener lugar con posterioridad⁵⁸. El compromiso quedará incumplido 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. No se considerará incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En el caso de contratos temporales, tampoco se entenderá incumplido cuando, el contrato se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

- 8) Las personas trabajadoras percibirán una prestación por desempleo tras la pérdida involuntaria, definitiva o temporal de un empleo, o tras la reducción de la jornada diaria de trabajo por encontrarse en situación legal de desempleo, previsto en el correspondiente procedimiento de ERE o ERTE. El acceso a la prestación por desempleo se regirá por lo establecido en el artículo 267 LGSS y sus normas de desarrollo. La decisión empresarial podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de las

⁵⁸ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *op. cit.*, p. 106.

personas trabajadoras, habida cuenta de la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo⁵⁹.

- 9) Contra las decisiones adoptadas por la empresa podrá reclamar la persona trabajadora ante la jurisdicción social que declarará la medida justificada o injustificada. En este último caso, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará a la empresa al pago de los salarios dejados de percibir por la persona trabajadora 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 periodo de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por quien proporciona empleo 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 Social⁶⁰. Cuando la decisión empresarial afecte a un número de personas igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 del ET se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual⁶¹. La interposición del conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

6. Conclusiones

A modo de asientos contables la investigación realizada permite dejar noticia de las siguientes valoraciones finales:

Primera: el Expediente de Regulación Temporal de Empleo aparece elevado al altar de las soluciones menos traumáticas para atajar las crisis futuras. Con una breve remodelación normativa la flexibilidad interna aparece como una de las cuatro piezas (junto a la remodelación de la contratación temporal, la reordenación de la contratación y subcontratación, y ligeros retoques en la negociación colectiva) llamada a recomponer el maltrecho panorama de las relaciones laborales en medio de sucesivas crisis. Dotando de un doble perfil a la fuerza mayor, reduciendo plazos y agilizando el procedimiento de reducción de jornada y suspensión de contratos, así como incorporando el denominado Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilidad en el Empleo se aspira a construir un dique

⁵⁹ MIÑARRO YANINI, Margarita, “Flexicurity in ambito lavorativo e transizione ecologica giusta: il ricorso agli ERTE e al meccanismo RED nel quadro del Next Generation EU”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, vol. 32, n° 3, 2022, p. 765.

⁶⁰ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “Reducción temporal de jornada y suspensión de contrato *ex* artículo 47 ET: Un heredero directo de los ERTE de la crisis sanitaria”, *CIELO*, n° Extra 9, 2022, p. 2.

⁶¹ ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel, “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 7, 2017, p. 606.

fuerte que ataje no solo los despidos de mayores dimensiones, sino la ingente cantidad de despidos objetivos por goteo que en España llegan a alcanzar la suma de millones.

Sin embargo, ha quedado pendiente en la reforma una mayor atención a la delimitación de las causas previstas en el artículo 47 ET y que justifican la reducción o la suspensión de la jornada laboral, continuando su enunciación de manera genérica y utilizando conceptos jurídicos difusos, en muchas ocasiones, de naturaleza puramente ejemplificativa y abierta, y que no supondrán una minoración destacada en la litigiosidad existente hasta este momento, manteniendo el incierto panorama judicial.

Con todo, algunas de las previsiones incorporadas en el artículo 47 ET fuerzan al jurista a analizar nuevos caminos por los que transitar en el estudio de la flexibilidad interna: en primer término, la prioridad que otorga la ley a las medidas de reducción de jornada frente a aquellas de naturaleza suspensiva, tratando con ello, sin duda, de repartir los efectos de la crisis entre toda la plantilla de personas trabajadoras frente a la difícil tarea de elegir a quienes van a verse privados durante algún tiempo de su ocupación; en segundo lugar, las medidas de regulación de empleo se convierten, por voluntad de quien legisla, en fórmulas alternativas y prioritarias a las medidas extintivas.

Segunda: la reforma laboral del año 2021 incorpora compromisos de empleo en los supuestos de reducción de jornada y suspensión de contratos, de manera que establece exoneraciones en las cotizaciones empresariales condicionadas al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante un plazo de seis meses, durante los cuales el titular de la unidad productiva no puede transitar desde un ERTE a un ERE si no quiere verse compelido a tener que devolver el importe de las cotizaciones (principal, recargo e intereses de demora correspondientes) de las cuales se ha visto beneficiado por la exención. Posibilidad que se abre también a los interlocutores sociales, habida cuenta de que en el seno de la negociación colectiva, quien proporciona empleo puede asumir el compromiso de que, durante el tiempo pactado, no utilizara los despidos por causas empresariales; si bien acuerdos análogos alcanzados en el pasado no han dejado de suscitar problemas jurídicos de enjundia, en particular, la naturaleza de los mismos, la legalidad de las cláusulas de seguridad en el empleo y las consecuencias de su posible contravención o, por no seguir, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Sin embargo, a pesar de los intentos de quien legisla por incentivar los mecanismos de flexibilidad interna frente a la externa, lamentablemente cabe constatar cómo con frecuencia la implementación de las primeras no garantiza alcanzar el resultado de impedir las segundas, por cuanto en la práctica han resultado insuficientes para poner remedio final a la crisis empresarial. Por esa razón, incluso tras la reforma del año 2021, el procedimiento de ajuste en la unidad productiva puede terminar con una decisión

extintiva, aun cuando previamente se hayan adoptado otras medidas menos traumáticas, pero con un resultado insatisfactorio.

Con todo, los compromisos de empleo no constituyen una absoluta novedad, habida cuenta de que la posibilidad de pactar medidas de flexibilidad interna en el seno de la negociación de un despido colectivo ya había sido explorada previamente por los interlocutores sociales, y, su contenido amparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no solamente por su licitud, sino también por su conveniencia por cuanto una de las finalidades primordiales del periodo de consultas abierto con la representación legal de las personas trabajadoras consiste en la búsqueda de alternativas a los despidos y, desde luego, entre ellas, cabe incardinar modificaciones en las condiciones laborales que permitan reducir el número de personas trabajadoras afectadas por el proceso extintivo.

En este sentido, cabe dar cuenta de cuatro aspectos a destacar: cualquiera de las partes puede poner encima de la mesa durante el *iter* negocial medidas destinadas a paliar las consecuencias del despido colectivo, con independencia de que hubieran sido o no incorporadas en la comunicación inicial dirigida por la empresa a la representación legal de las personas trabajadoras; la respuesta es la misma cuando quien proporciona empleo las ha anunciado en la notificación que da inicio al periodo de consultas, transmitiendo su intención de realizar un despido el cual viene acompañando por alguna medida de flexibilidad interna; los derechos de las personas trabajadoras no se ven minorados por este tratamiento conjunto por cuanto las garantías, exigencias y requisitos del proceso negociador son similares y, en ocasiones, más rigurosos en el artículo 51 ET si comparado con los previstos en los artículos 40, 41 y 47 ET; en fin, el tribunal juzgador que ha de resolver el despido puede ofrecer una respuesta separada y diferente para cada una de estas medidas en el caso de que alguna de ellas contravenga la normativa vigente.

Tercera: Para terminar, una última cuestión se plantea en relación con el cauce procesal a utilizar cuando lo impugnado no son los despidos, sino las medidas de flexibilidad interna incluidas en el acuerdo final. Nuevamente, el Tribunal Supremo ha vuelto a ofrecer las pautas a seguir para solventar el interrogante planteado, concentrando su argumentación en tres aspectos cruciales: primero, frente a la posibilidad de separar los procesos ha optado por la unidad de procedimiento, de manera que en el seno de la impugnación del despido colectivo quien juzga puede extender su función jurisdiccional también a las otras medidas que acompañan a las extintivas, por cuanto es menester tener una visión de conjunto, pues sin la misma no se entenderían las negociaciones y posibles acuerdos que se hubieran alcanzado en el periodo de consultas, perdiéndose de separar los procesos un análisis equilibrado de las renuncias y contrapartidas que cada una de las partes pudieron sufrir u obtener durante la negociación.

En segundo término, y en lógica conexión con la conclusión precedente, la modalidad procesal más adecuada para juzgar estos litigios es la prevista en el artículo 124 LRJS, nueva muestra de la naturaleza inseparable entre el despido y otros aspectos esenciales incorporados en el acuerdo, habida cuenta de que no resulta posible parcializar el conocimiento de la extinción colectiva dejando para un proceso distinto e independiente las medidas de flexibilidad interna y sus repercusiones en el empleo.

En fin, el Tribunal Supremo aclara que el plazo de caducidad para la impugnación queda situado en veinte días, si bien, el comienzo del cómputo será diferente de existir o no acuerdo entre las partes, quedando situado en el primer caso en la fecha del pacto y en el segundo en la data de notificación de la decisión empresarial. Por otra parte, y en aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, la declaración de ilicitud de alguna de las medidas no contamina de manera automática al pacto en su totalidad, pues, es posible mantener la naturaleza acorde a derecho de la extinción colectiva y el resto de las condiciones no afectadas por la contravención.

7. Bibliografía

ÁLVAREZ CUESTA, Henar, “Un intento más para aclarar la concurrencia de convenios colectivos: La reforma de la prioridad del convenio de empresa”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 27, 2022, p. 71-93.

BALLESTER PASTOR, María Amparo, “Flexibilidad interna, flexibilidad externa, reformas y distorsiones en el mercado de trabajo español”, en CARDONA RUBERT, María Belén y BARONI CECATO, María Aurea, (Coords.), *Ciudadanía y desarrollo*, Albacete, Bomarzo, 2013, p. 69-84.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Covid-19 y ERTE por fuerza mayor”, *Derecho Relaciones Laborales*, nº 4, 2020, p. 435-449.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Incidencia debilitadora de las reglas de concurrencia de convenios colectivos en la ultraactividad indefinida”, *Temas Laborales*, nº 164, 2022, p. 85-105.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (artículo 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (artículo 47.bis ET)”, *Blog, Una mirada crítica a las relaciones laborales*, de 3.01.2022, (disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/01/03/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-regimen->

juridico-de-los-erte-ex-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/; consulta, 16.6.2023).

BODAS MARTÍN, Ricardo, “La documentación pertinente en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, *Lan Harremanak*, nº 35, 2017, p. 113-149.

CASAS BAAMONDE, María Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia”, *Derecho Relaciones Laborales*, nº 4, 2020, p. 317-348.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornada por causas objetivas”, *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, nº. 22, 2009, p. 101-116.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “El Mecanismo RED se pone en marcha”, en *Briefs* de la AEDTSS, 2022.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, en *Briefs* de la AEDTSS, 2022.

DURÁN LÓPEZ, Federico, “Despidos: la prohibición que no fue tal”, *Blog jurídico Garrigues*, 15.11.2022 (disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/despidos-prohibicion-no-fue-tal; consulta, 16.6.2023).

ESTEBAN GÓMEZ, Amparo, *Expediente de regulación temporal de empleo: Instrumento recurrente ante la COVID-19*, Albacete, Bomarzo, 2021, p. 130.

ESTEBAN LUQUE, Cristina; GIL IGLESIAS, Carlos e HIGUERA GARRIDO, Ana, “Suspensión del contrato o reducción de jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en virtud del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores”, *ICADE: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 88, 2013, p. 129-168.

FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDÉS, Fernando, “La mochila austríaca nos sigue siendo ajena”, *Escritura Pública*, nº 130, 2021, p. 55-55.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, Marina, “Anatomía Jurídica del Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo”, *IUSLabor*, nº 2, 2022, p. 55-93.

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, “La respuesta anticipada del legislador al riesgo de crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo”, *Labos*, nº Extra 0, 2022, p. 97-110.

GÓMEZ GARRIDO, Luisa María, “La flexibilidad interna tras la reforma laboral del Real-Decreto ley 32/2021 de 28 de diciembre. Algunas reflexiones sobre los artículos 47 Y 47 bis del ET”, *vLex*, nº 5, 2022, p. 217-222.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elías, “La flexibilidad y el círculo interior de las organizaciones productivas”, *Laborum*, nº 2, 2022, p. 55-78.

GUEVARA FERNÁNDEZ, Guillermo, “La reforma de los ERTE: una modificación necesaria”, *Economist & Jurist*, nº 257, 2022, p. 20-25.

GUTIÉRREZ LANZAT, Alejandro, “Notas sobre la buena fe negocial en el período de consultas”, *Revista Crítica de la Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, nº 9, 2014, p. 117-153.

LAHERA FORTEZA, Jesús, “Los ERTES en y tras la pandemia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº Extra 2, 2021, p. 329-340.

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “Reglas provisionales para la ejecución del Mecanismo RED en los nuevos ERTE”, en *GA-P, Análisis*, 2022, p. 2 (disponible en: <https://www.ga-p.com/publicaciones/reglasprovisionales-para-la-ejecucion-del-mecanismo-red-en-los-nuevos-erte/>; consulta, 16.6.2023).

LUJÁN DE FRÍAS, Fernando, “Los ERTE y el mecanismo RED en la reforma laboral de 2021”, *Estudios Latinoa*, vol. 1, nº 13, 2022, p. 51-61.

MERCADER UGUINA, Jesús y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Flexibilidad interna frente a las crisis en la empresa. El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos en el artículo 47 ET y Mecanismo RED”, en GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana (directores), *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 306.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, *Facultades extintivas del empresario en la era Covid*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 221.

MIÑARRO YANINI, Margarita, “Flexicurity in ambito lavorativo e transizione ecologica giusta: il ricorso agli ERTE e al meccanismo RED nel quadro del Next Generation EU”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, vol. 32, n° 3, 2022, p. 765-788.

MIÑARRO YANINI, Margarita, “Instrumentos laborales de flexibilidad interna al servicio (también) de la transición ecológica justa”, *CIELO*, n° 2, 2023, p. 1-5.

MOLERO MARAÑÓN, María Luisa, “Reducción temporal de jornada y suspensión de contrato *ex* artículo 47 ET: Un heredero directo de los ERTE de la crisis sanitaria”, *CIELO*, n° Extra 9, 2022, p. 1-9.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La gestión pública de los ERTE (regulación temporal de empleo) y de los ERE (regulación extintiva) en el autogobierno andaluz: balance y perspectivas”, *Temas Laborales*, n° 160, 2021, p. 151-188.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Reforma laboral y digitalización: El mecanismo ‘RED-FE’ (Flexibilidad y Estabilización del empleo) y su gestión automatizada”, en *Blog: Información Transforma e-work*, de 8.02.2022 (disponible en: <https://www.transformaw.com/blog/reforma-laboral-y-digitalizacion-elmecanismo-red-fe-flexibilidad-y-estabilizacion-del-empleo-y-su-gestion-automatizada/>; consulta, 16.6.2023).

MONEREO PÉREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel, “Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo (Artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores y disposiciones concordantes)”, *Temas Laborales*, n° 161, 2022, p. 305-334.

MONEREO PÉREZ, José Luis y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “El trepidante proceso de reformas fin de año 2021 y esperanzador año 2022 para la garantía efectiva del derecho a la Seguridad Social”, *Laborum*, n° 30, 2022, p. 11-60.

ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel, “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 7, 2017, p. 587-608.

PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, “Legitimación para negociar Convenios Colectivos de sector. Se computan las representaciones unitarias de empresas con convenio propio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n° 5, 2021, p. 1-5.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “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”, en Blog, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, de 10.01.2022 (disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/01/estudio-de-la-reforma-laboral-de-2021_10.html; consulta, 16.6.2023).

ROQUETA BUJ, Remedios, *Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma: ERTEs, ETOP, FM, COVID-19 y RED*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 205.

RUESGA BENITO, Santos Miguel y VIÑAS APAOLAZA, Ana Isabel, “El año que redescubrimos los expedientes de regulación temporal de empleo”, *Economistas*, nº Extra 172-173, 2021, p. 216-221.

SÁEZ LARA, Carmen, “Concurrencia entre convenios colectivos y modernización de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, p. 335-359.

TERRADILLOS ORMAETXEA, Miren Edurne, “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 64, 2013, p. 61-86.

VIDAL LÓPEZ, Pere, “ERTEs por causas ETOP vinculados al COVID-19: la novedosa composición de la comisión negociadora”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 962, 2020, p. 1-6.

VILA TIERNO, Francisco y ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos, “Los expedientes temporales de regulación de empleo”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, p. 281-304.