

# LOS EXPEDIENTES TEMPORALES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

FRANCISCO VILA TIERNO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Magistrado (supl) TSJA  
Universidad de Málaga*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga*

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Suspensión del contrato, reducción de jornada, reforma laboral

La reforma laboral aprobada el 28 de diciembre de 2021 ha consolidado, de manera definitiva, como instrumento clave de flexibilidad interna, una figura que ha demostrado, durante la crisis sanitaria por COVID19, que es una herramienta clave para empresas y trabajadores ante situaciones complejas. Una herramienta que facilita el tránsito hacia la recuperación empresarial mientras que preserva el empleo, siendo, por tanto, un elemento de equilibrio entre los intereses de los antagonistas sociales en el marco de las relaciones de trabajo. El RDL 32/2021 ha configurado una ordenación normativa fruto del equilibrio entre el respeto a lo ya existente, la incorporación de aquellos aspectos que han sido probados con éxito durante la pandemia y aquellos otros elementos que han pretendido mejorar su diseño anterior. La eficacia de la medida ya quedó acreditada en momentos de máxima dificultad, queda ver como responderá en el período postpandémico, pero, sea como sea, el éxito de la misma ya se concreta por el hecho de venir respaldada por un acuerdo en el marco del Diálogo Social.

## ABSTRACT

**Key Words:** Suspension of contract, reduction of working hours, labour law reform

The labour law reform approved on 28 December 2021 in Spain has definitively consolidated, as a key instrument of internal flexibility in companies, a figure that has been shown, during the health crisis by COVID-19, to be a key tool for companies and workers in complex situations. A tool that facilitates the transition towards business recovery while preserving employment, and is therefore an element of balance between the interests of the social antagonists in the framework of labour relations. Royal Decree-law 32/2021 has configured a regulatory system that is the result of a balance between respect for what already exists, the incorporation of those aspects that have been successfully tested during the pandemic and those other elements that have sought to improve on its previous design. The effectiveness of the measure has already been accredited in times of maximum difficulty; it remains to be seen how it will respond in the post-pandemic period, but, be that as it may, its success has already been confirmed by the fact that it is backed by an agreement within the framework of the Social Dialogue.

## ÍNDICE

1. CONTEXTUALIZACIÓN
2. EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL COMO MEDIDA DE FLEXIBILIDAD INTERNA
3. LA REFORMA DE LA FIGURA DEL ERTE POR EL RDL 32/2021
  - 3.1. Planteamiento
  - 3.2. Las novedades en la regulación del ERTE por el RDL 32/2021
    - A) ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP)
      - A.1. La reestructuración
      - A.2. Las causas:
      - A.3. El procedimiento
        - a) Inicio
        - b) La comisión negociadora
        - c) El período de consultas
        - d) Comunicación de decisión
        - e) Impugnación de la decisión empresarial
      - A.4. Prórroga
    - B) ERTE por Fuerza Mayor
      - B.1 Fuerza Mayor temporal
      - B.2 Nueva situación: Fuerza Mayor temporal por impedimentos o limitaciones
      - B.3. Normas comunes ERTE ETOP y FM
  - 3.3. Algunos aspectos relacionados con la cotización a la Seguridad Social en la regulación del ERTE por el RDL 32/2021

## 1. CONTEXTUALIZACIÓN<sup>1</sup>

En un período en el que la pandemia sanitaria ha marcado los tiempos de nuestras vidas, todo se ha visto condicionado por aquella<sup>2</sup>. Mirando hacia atrás,

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el contexto de los siguientes Proyectos de Investigación: Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-094696-B-I00, titulado “Retos, reformas y financiación del sistema de pensiones: ¿sostenibilidad versus suficiencia?”;

Proyecto de Investigación en Programa Estatal de I+D+i, «Retos Investigación» Orientada a los Retos de la Sociedad, RTI2018-098794-B-C32 denominado “Nuevas formas de protección social ante los cambios productivos” financiado por el MINECO/MICIU;

Proyecto P18-RT-2585 “Los mayores en el contexto del empleo y la protección social: un reto para el crecimiento y desarrollo económico. Un análisis de la realidad andaluza”; concesión de ayudas a proyectos de I+D+i, destinadas a las universidades y entidades públicas de investigación calificadas como agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento, en el ámbito del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020). Convocatoria 2018;

Proyecto de Investigación “Las nuevas tecnologías y el impacto en el ámbito laboral y de la seguridad social: el impacto socio-económico de la economía digital”, del Programa de Investigación de la Junta de Andalucía, con financiación con fondos FEDER, Ref. UMA18 FEDERJA 028;

Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía (SEJ 347), Políticas de Empleo, Igualdad e Inserción social.

<sup>2</sup> Vid. en sentido amplio: Vila Tierno, F. “Crisis del empleo en la situación generada por el Covid-19: Antecedentes”, en AA.VV. *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, 2020, págs. 15-44.

recordaremos que el 30 de diciembre de 2019 conocíamos el documento que marcaba las líneas generales de un programa para un Gobierno de coalición. Documento en el que se nos planteaba, de manera relativamente inmediata, la puesta en marcha de una reforma laboral en varias fases que significaría, esencialmente, la derogación de la que se llevó a cabo en el año 2012. Pero, como hemos advertido, la pandemia llegó y empezó a marcar los tiempos... y los contenidos...<sup>3</sup>.

De aquella propuesta programática inicial, se produce la derogación del despido objetivo por absentismo en febrero de 2020, pero el resto queda paralizado desde marzo de ese mismo año. O más bien postergado. Las prioridades cambiaron de manera radical. Y lo más urgente entonces es la regulación de una normativa de emergencia que permita salvar vidas, empleos y economía.

En este contexto, descubrimos que las medidas más útiles eran dos que hasta ahora habían caído en el desuso o en el olvido o, simplemente, que eran escasamente utilizadas. De una parte, el trabajo a distancia y, de otro, los ERTes del art. 47 ET. Instrumento, este último, que, a la larga, ha demostrado ser de una enorme utilidad<sup>4</sup>. Hasta el punto de que, sin ellos, las consecuencias sociales habrían sido de mayor calado. De mucho mayor calado.

En cualquier caso, en esta travesía por el desierto no estamos solos, ya que, como su propio nombre indica, estamos ante una pandemia, una crisis sanitaria, de dimensión global. Ello motiva que, desde la UE, se plantea la necesidad de presentar una respuesta conjunta que permita superar los efectos económicos derivados de aquella. Y ello se realiza a través del Programa *Next Generation UE*.

Este mecanismo trae consigo una fuerte financiación, pero ligada a la propuesta y cumplimiento de una serie de reformas que solvente los problemas estructurales de cada país que, a su vez, puedan poner en peligro la recuperación y, en consecuencia, la financiación señalada<sup>5</sup>. De este modo, los Estados miembros deben formular una serie de compromisos que, en primer término, serán evaluados y, posteriormente, ser valorados en cuanto a su grado de cumplimiento. Concretamente, nos referimos al Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación

<sup>3</sup> Vila Tierno, F. *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022.

<sup>4</sup> En ese *rastros* que ha ido dejando la crisis sanitaria en el contexto de las relaciones laborales, el ERTE se ha configurado como un elemento central de nuestras vidas y no había día que pasara sin esta medida a la vista. Y es que esta institución se convirtió en una –o en la que más– de las principales herramientas para superar una situación que se aventuraba como coyuntural.

<sup>5</sup> Álvarez Cortés, J.C. “Los expedientes de regulación temporal de empleo tras la reforma del RD-ley 32/2021” (I), (II) y (III), *Trabajo, Persona, Derecho y Mercado, Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*, enero, 2022, <http://grupo.us.es/iwpt/category/juan-carlos-alvarez-cortes/>.

y Resiliencia. Éste dispone en su artículo 24.2 –en cuanto a los pagos ligados a dicho mecanismo–, que el Estado miembro deberá presentar una solicitud una vez “alcanzados los correspondientes hitos y objetivos convenidos que figuran en el plan de recuperación y resiliencia”.

Particularmente, nuestro país, introduce el Componente<sup>23</sup> (Reformas 4, 6, 8 y 9) que gira en torno a “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, conforme a las Disposiciones Operativas del Plan de Recuperación –acordadas por el Gobierno de España y aprobadas por la Decisión de la Comisión de 29 de octubre de 2021–, y se compromete a llevar a cabo un debate en el seno del Diálogo Social para alcanzar una reforma negociada –para modernizar y mejorar la eficiencia abordando un conjunto de deficiencias estructurales y aportando soluciones a las mismas–, dentro del plazo fijado para ello (durante el cuarto trimestre de 2021).

Fruto de todo lo anterior, se publica, finalmente, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, que supone una importante reforma del mercado de trabajo, pero no por su aspecto cuantitativo, sino por el cualitativo, ya que, fiel al compromiso adquirido, se basa en el acuerdo entre el Gobierno y los agentes sociales. Un acuerdo suscrito en el límite máximo, el día 23 de diciembre de 2021, con los agentes sociales CEOE, CEPYME, CCOO y UGT. De esta manera, ha sido el debate y el consenso la fórmula adoptada para hacer efectivo el necesario paquete de reformas, con vocación de permanencia y asentada en una clara voluntad colectiva.

## **2. EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL COMO MEDIDA DE FLEXIBILIDAD INTERNA**

Cuando se hace referencia, en general, a la flexibilidad interna, se está aludiendo a la capacidad empresarial para atender a los requerimientos del mercado a través de sus políticas de personal. Una posibilidad que se lleva a cabo mediante diferentes instrumentos legales, entre ellos, el ERTE. En cualquier caso, este concepto de flexibilidad interna, viene unido al de adaptabilidad y, por consiguiente, a la idea de cambio, en este caso, estrictamente temporal. Lo esencial es que el mismo permita al empleador atender a necesidades estrictamente empresariales a través de una herramienta de naturaleza estrictamente laboral<sup>6</sup>,

<sup>6</sup> Vid. en sentido general respecto a su concepto, v.gr. Gárate Castro, J., “Las medidas de flexibilidad interna en la reforma laboral de 2012, en especial las relacionadas con la clasificación profesional, la determinación del contenido de la prestación de trabajo objeto del contrato y la movilidad funcional”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.8/2013 (formato on line: BIB 2013\2368).

que, en el caso de las suspensiones de contrato o reducción de jornada, evita la destrucción de empleo.

En este sentido, al margen de la legislación de la pandemia<sup>7</sup>, como es conocido, nuestro Estatuto de los Trabajadores ya preveía la suspensión o reducción de jornada con una regulación específica, bien fueran por fuerza mayor o por causas ETOP (causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción) –art. 47 ET y RD 1483/2012, fundamentalmente<sup>8</sup>–. Dicha regulación venía permitiendo que por aquellas causas –las mismas que, por ejemplo, para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo–, se pudieran hacer tales suspensiones o reducciones de jornada con los límites previstos en ella<sup>9</sup> –al margen de la reducción unilateral del art. 41 ET cuando reúna los requisitos de ese precepto<sup>10</sup>–.

Se trata, por tanto, de un mecanismo clásico de flexibilidad interna que puede ser usado para evitar la destrucción de empleo en los casos de crisis económica<sup>11</sup>. Un mecanismo que se utiliza con base a situaciones de carácter coyuntural y con perspectivas de recuperación, o superación, ya que, en otro caso, lo único que provocarían es una larga agonía de las empresas en crisis<sup>12</sup>.

Al amparo, de esta ordenación, se admiten dos opciones:

- La suspensión del contrato por causas empresariales permite al empresario prescindir del cumplimiento de ciertas prestaciones laborales de forma temporal,

<sup>7</sup> Vid. Cavas Martínez, F. (2020). “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19: Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, (1), 103-145. <https://doi.org/10.24310/rejls.vi1.10414>.

<sup>8</sup> Vid. Guerrero Vizuete, E., “Los acuerdos de reestructuración empresarial basados en la suspensión consensuada del contrato de trabajo”, *Trabajo y Derecho*, N.º 26, febrero 2017, Wolters Kluwer (formato online).

<sup>9</sup> García Murcia, J. “La reducción de la jornada de trabajo: fórmulas legales y vías de control judicial”, *Actualidad Laboral*, N.º 6, junio 2013, tomo 1, Wolters Kluwer (formato online); Guerrero Vizuete, E., op. cit.

<sup>10</sup> Vid. García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., “Reducción de jornada impuesta unilateralmente por la empresa ¿novación del contrato a tiempo completo en otro a parcial o modificación sustancial ex art. 41 ET?”. *Revista de Información Laboral* num.6/2014 (formato online: BIB 2014\2867); De Castro Marín, E., “La reducción definitiva de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas organizativas o de producción”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, num.9/2013 (formato online BIB 2013\13).

<sup>11</sup> Carrillo Márquez, D. “Suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales y fraude de ley”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 164/2014 (formato online: BIB 2014\1069), Salguero Molina, P. “La reducción de jornada como medida para evitar despidos, tras la reforma laboral de 2012”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2013, (formato online: BIB 2013\1244).

<sup>12</sup> Álvarez Cortés, J.C. op. cit.

por motivos de conveniencia o de oportunidad, y con base a causas tasadas, aunque amplias, lo que sin duda es una decisión que responde a la finalidad de reordenación de las prestaciones laborales que es propia de la denominada flexibilidad interna.

- Esta finalidad flexibilizadora también se observa en las reducciones de jornada sustentada en las mismas causas empresariales por cuanto va a expresar un claro ajuste de las prestaciones laborales afectadas y en consecuencia permite una reorganización y una evidente reordenación de estas. A estos efectos, se entiende por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70% de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual y conlleva, como no podría ser de otra manera, la reducción proporcional del salario.

Con el ánimo por simplificar la medida, como vía para facilitar su uso, se nos presenta una herramienta en la que, a diferencia, por ejemplo del ERE, no se distingue entre procedimiento colectivo e individual (como ocurre en las modificaciones sustanciales, en los traslados o en los despidos colectivos), sino que únicamente contempla una ordenación común en la que intervienen los representantes de los trabajadores, con el desarrollo de un expediente simplificado respecto al citado ERE -con quién ha compartido regulación reglamentaria<sup>13</sup> y en el que tenía especial transcendencia la participación, de una parte, de la comisión ad hoc del art. 41.4 ET<sup>14</sup>, pero, de otra, la existencia de buena fe negocial en todo el proceso<sup>15</sup>. Fundamentalmente porque el empresario tiene la opción de implantar esas decisiones, aún sin acuerdo con los representantes de los trabajadores. Además de la ausencia de autorización administrativa, salvo Fuerza Mayor (la reforma no lo ha modificado).

Ello exige, como no puede ser de otro modo, una proporcionalidad de la medida en cuanto a su utilización y justificación, pero de un modo, valga la redundancia, más flexible: “b) Las medidas de flexibilidad interna, aunque se apoyan en criterios interpretativos respecto a las medidas adoptadas en procesos extintivos, cuenta con un mayor margen de actuación empresarial, al entenderse que estos procesos son menos drásticos que los que pongan fin a las relaciones laborales”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> García Murcia, J., op. cit.

<sup>14</sup> Benavente Torres, I., “Los litigios en torno a las comisiones ad hoc del art. 41.4 ET”, Trabajo y Derecho, N.º 11, noviembre 2015, Editorial Wolters Kluwer (formato online).

<sup>15</sup> STS núm. 843/2018, de 18 septiembre.

<sup>16</sup> STS núm. 330/2021, de 17 de marzo.

### 3. LA REFORMA DE LA FIGURA DEL ERTE POR EL RDL 32/2021

#### 3.1. Planteamiento

Precisamente, su utilidad como mecanismo de flexibilidad interna para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo, lo ha llevado a situarse como una de las medidas que ha sido objeto de revisión expresa a través de nueva regulación en la nueva reforma laboral por el RDL 32/2021<sup>17</sup>.

En este sentido, la experiencia obtenida con la crisis sanitaria y económica producida por la COVID19 ha servido como campo de pruebas para estabilizar y potenciar en el RD-ley 32/2021 a este mecanismo de flexibilidad interna. Y es que, hasta 2020, los ERTE eran instrumentos poco utilizados por las empresas, pero la regulación especial de los mismos desde el RD-ley 8/2020, y en sus sucesivas prórrogas, ha proporcionado 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.

De entre los aspectos que fueron regulados, expresamente, en uno de los bloques temáticos<sup>18</sup>, se procede, además de reformar el art. 47 ET, se añade un art. 47 bis. La modificación producida en esta nueva ordenación de los ERTE –y la inclusión del “mecanismo Red”– lo es basándose en que es necesario utilizar estas figuras “como medidas de adaptación, alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal”<sup>19</sup>. Mediante esta vía se permitirá mejorar no solo la protección del empleo, sino también reforzar las posibilidades de empleabilidad de los trabajadores (upskilling,

<sup>17</sup> Álvarez Cortés, J.C. op. cit.

<sup>18</sup> Son diversos aspectos los que han sido regulados y podrían agruparse en 5 bloques:

- la nueva regulación de los contratos formativos, con único contrato con dos modalidades e incluso el compromiso de elaboración de un estatuto del becario;
- la modificación de la contratación temporal (remodelando de forma importante los arts. 15 y 16 ET);
- la “modernización” de la subcontratación de obras o de servicios (art. 42 ET);
- la reforma de la negociación colectiva en los arts. 84 y 86 ET;
- y, una nueva regulación de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo.

<sup>19</sup> En el componente 23, la número 6, referida al “establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición”.

en palabras de la Exposición de Motivos) a través, en su caso, de la necesaria inversión de la formación profesional<sup>20</sup>.

Se ha diseñado, de este modo, con una estructura más lógica, tratando de una manera más sistemática y ordenada, la reducción o suspensión de manera conjunta que, a su vez, se subdivide en las tres opciones que hemos adelantado: por causas ETOP, por fuerza mayor –recogiendo aquí su regulación actualizada y no con una remisión al art. 51.7 ET– y utilizando la novedosa vía del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo<sup>21</sup>. Sea como fuere, han venido a recoger parte de la experiencia y la regulación de los ERTEs COVID –la experiencia que en la legislación laboral de emergencia durante el estado de alarma se ha producido con los ASDE, dando importancia a esta figura de flexibilización interna como medio o forma de mantenimiento del empleo–.

En síntesis, con el RD-ley 32/2021 se incorporan medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo, como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones<sup>22</sup> –artículo 47 ET–.

### **3.2. Las novedades en la regulación del ERTE por el RDL 32/2021**

A) ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP)

#### **A.1. La reestructuración**

En los términos que hemos adelantado, la reconfiguración supone el tratamiento de forma conjunta, tanto de la reducción, como la suspensión de

<sup>20</sup> La demanda de flexibilidad laboral ha sido históricamente una reivindicación empresarial. Pero en esta norma se avala también por el Gobierno y por los trabajadores porque lleva consigo “seguridad” en el sentido de ir aparejada de medios de protección social.

<sup>21</sup> Vid. en este sentido, con profundidad y desarrollo más completo y exhaustivo: Rojo Torrecilla, E.: “Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED”. *El Blog de Eduardo Rojo*, enero/2022.

<sup>22</sup> Martínez Barroso, R. “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, *AEDTSS Briefs*, [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5\\_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf) “En lugar de modificar el despido, la reforma ha preferido incentivar las reducciones temporales de jornada y las suspensiones contractuales a través de los ERTE, facilitando a las empresas soluciones no traumáticas en términos de empleo ante coyunturas macroeconómicas adversas y de reestructuración sectorial, al tiempo que refuerza las prestaciones sociales e intenta cubrir las necesidades de recualificación y transición profesional de las personas trabajadoras afectadas. Esto es, medidas temporales de regulación de empleo que apuestan por la viabilidad de las empresas y la protección del capital humano”.



jornada<sup>23</sup>, pero poniendo especial atención en la “temporalidad” en las causas ETOP (se incluyen en el apartado primero del art. 47 ET, lo que antes se incluía también en el apartado tercero).

En otro orden, al haberse suprimido la regulación anterior del art. 47.4 ET, ya no se indica directamente que durante este período haya de promoverse el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados y cuyo objeto era aumentar la polivalencia o incrementar su empleabilidad.

No obstante, esta misma cuestión se plantea de forma distinta, ya que:

- De un lado, la nueva DA 25 ET hace referencia a las acciones formativas en los ERTE de los arts. 47 y 47 bis, indicando que durante el ERTE las empresas podrán desarrollar acciones formativas para los trabajadores afectados con el objeto de mejorar sus competencias profesionales y empleabilidad, priorizando acciones formativas que:
  - atiendan a las necesidades formativas “reales” de las empresas y de los trabajadores, incluyendo “las vinculadas a la adquisición de competencias digitales,
  - así como aquéllas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.

Estas acciones formativas lo serán a través de cualquier tipo de formación prevista en la LO 5/2002 de cualificaciones y formación profesional o en la Ley 30/2015 que regula el sistema de formación profesional. Las acciones formativas deberán realizarse durante la aplicación de suspensión o reducción de jornada del ERTE o en tiempo de trabajo, pero respetando los descansos establecidos y el derecho a la conciliación de la vida familiar con la laboral.

- De otro lado, la nueva DA 39 LGSS vincula la formación a la obtención de exenciones a la cotización durante el ERTE, para los casos de ERTE ETOP o del mecanismo RED sectorial.

## A.2. Las causas

Las causas que, no se han visto modificadas, y que justifican estas medidas siguen siendo las económicas, técnicas, organizativas o de la producción. Su acreditación y razonamiento, lo es en la línea del despido colectivo, de un lado, porque estas situaciones modificativas conllevan un coste económico para el Estado a través de prestaciones de la Seguridad Social; y, de otro, porque mantiene las mismas causas que, de manera común, están presentes en los supuestos

<sup>23</sup> Falguera Baró, M.A. “Guía/esquema de las reforma laboral de 2021”, Ciudad del Trabajo, número 50/ enero 2022, págs. 279 y ss.

de flexibilidad interna y de salida y que pueden reconducir a un acuerdo de reorganización productiva.

La norma, por tanto, sigue manteniendo la misma enumeración de causas<sup>24</sup>, algunas, de una vaguedad e indefinición importante, lo que permite una flexibilidad muy significativa en el poder de dirección y organización del empresario, con más flexibilidad que en redacciones anteriores de la norma para que el empresario pueda llevar a cabo la medida. Ello no ha sido corregido en la Reforma de 2021.

A tal efecto, entendemos que es precisa una interpretación jurisprudencial, pues es ésta la que ha venido determinando cuáles son los parámetros que justifican que esta medida es adecuada en función de las causas alegadas. Al respecto, puede ser ilustrativo, sobre la proporcionalidad y justificación de los ERTE como medida de flexibilidad interna, algún fallo como la STS núm. 330/2021, de 17 de marzo.

Es cierto los hechos fácticos de esta resolución viene referidos a un supuesto en pandemia –y a su regulación de emergencia– pero es que, es precisamente cuando más se ha utilizado esta figura. En este contexto, cada vez, con más frecuencia, aparecerán sentencias judiciales en las que se ha entrado a valorar si las decisiones de suspensión y/o reducción de jornada adoptadas están justificadas y en qué circunstancias.

De manera específica, esta sentencia, analiza de un modo sistemático dos extremos relativos a tal justificación. De un lado, a la propia razonabilidad de la medida adoptada, esto es, si existen, ante determinados supuestos de hecho, argumentos que amparan el acogimiento de esta herramienta de flexibilidad. Y, de otro, si las decisiones puestas en práctica al amparo de la misma, son proporcionadas.

<sup>24</sup> A) Concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa:

- Bien por la existencia de pérdidas actuales o previstas.

- Bien por la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. La disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

El que se pueda justificar las causas económicas con base a pérdidas “previstas” genera una situación importante de incertidumbre, porque aunque se explique cómo se entiende que una disminución de ingresos es “persistente”, ha de recordarse que el empresario es quien gestiona la contabilidad de la empresa y quién conoce perfectamente sus números, pudiendo obviar ciertas cifras a priori para justificar la decisión (aunque, posteriormente, en caso de impugnación o de control por parte de la Inspección de Trabajo, tendrá que acreditar de manera fehaciente, por lo que no tendría ninguna lógica omitir ciertos datos).

B) Concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción;

C) Concurren causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción;

D) Concurren causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

O dicho de otro modo, si el equilibrio entre la causa y la actuación existe (“si existe una posible desproporción entre la disminución de la actividad preconizada por la empresa y la afección de trabajadores).

Resulta, de este modo absolutamente clarificadora porque introduce una serie de parámetros que pueden servir de guía para la medición objetiva de los ERTE, en parte con criterios ya asentados:

- a) Los órganos judiciales de lo Social realizarán un control en torno a la razonable adecuación entre la causa alegada y la modificación acordada;
- b) Las medidas de flexibilidad interna, aunque se apoyan en criterios interpretativos respecto a las medidas adoptadas en procesos extintivos, cuenta con un mayor margen de actuación empresarial, al entenderse que estos procesos son menos drásticos que los que pongan fin a las relaciones laborales;
- c) Que, entendida esa flexibilidad o amplio margen legal para disponer de medidas frente a la crisis, no debe obviarse que su aplicación debe respetar siempre un principio de proporcionalidad.

Sin duda, estos elementos que, no obstante, siguen estando muy abiertos, o quizás por esta misma razón, van a servir como criterio de ponderación y de determinación del alcance de las causas motivadoras.

### A.3. El procedimiento

Se mantiene, básicamente, el procedimiento preexistente. Un procedimiento que sigue las reglas generales establecidas en el propio art. 47.1 ET y en los artículos 16 y siguientes del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Pero introduciendo elementos para su aceleración, como el tratamiento conjunto y sin las especificidades para la reducción de jornada, así como una reducción de plazos<sup>25</sup>.

Dicho procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión.

Respecto a sus diferentes bases estos son los elementos más destacados:

#### a) Inicio

El presente procedimiento se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores. Dicho período tendrá una duración

<sup>25</sup> Beltrán de Heredia, I. “Nueva reforma laboral 2021 (RD-ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art.

no superior a quince días, o siete en empresas de menos de 50 trabajadores. Al respecto, la reducción a 7 días según plantilla es introducida por la nueva redacción del RD-ley 32/2021<sup>26</sup>.

En este inicio del procedimiento, debe aportarse a la autoridad laboral, como ya se exigía anteriormente, una numerosa documentación, que varía según la causa aducida. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social se introduce como garante en el proceso.

#### b) La comisión negociadora

Con escasos cambios en su ordenación, se mantiene, también, en esencia, la ordenación preexistente. De esta forma, la consulta sigue siendo con una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora, que actuará en representación de la parte social, deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas, estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada uno de los bancos.

A los efectos anteriores, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de 5 días tras la modificación por el RD-ley 32/2021 desde la fecha de la referida comunicación o 10 días<sup>27</sup> cuando alguno de los centros de trabajo afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores.

La intervención como interlocutores de los trabajadores en este período de consultas, se sigue rigiendo por un inalterado art. 41.4 ET que sigue respetando, por tanto, la preferencia por la representación sindical (si así lo decide por mayoría) o unitaria (en defecto del acuerdo anterior) y, en ausencia de éstas, se atribuirá a la denominada comisión ad hoc<sup>28</sup>.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas. La falta

47.bis ET)", Blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 2021; Martínez Barroso, R. op. cit.

<sup>26</sup> Falguera Baró, M.A. op. cit.

<sup>27</sup> Falguera Baró, M.A. op. cit. Beltrán de Heredia, I. op. cit. Antes de la reforma del RD-ley 32/2021 eran, respectivamente, 7 y 15 días.

<sup>28</sup> Al respecto, el art. 41.4 ET sigue disponiendo, sin cambios en su regulación, la siguiente atribución:

- A las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación

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. Reiteramos, por tanto, que se sigue, fielmente un art. 41 ET que no ha sido modificado.

### c) El período de consultas

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe –STS núm. 843/2018, de 18 septiembre–, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo, como ya se preveía, requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período (15 días).

La autoridad laboral ya no tiene que dar traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo. Pero sí recabará informe preceptivo de la ITSS sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

mayoritaria en los comités de empresa o de los delegados de personal de los centros afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores afectados.

- En defecto de ello:

· Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo: corresponde al comité de empresa o a los delegados de personal. En caso de inexistencia de representación legal de los trabajadores formada, los trabajadores podrán optar bien por atribuir su representación a una comisión “ad hoc” de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o bien a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

· Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: bien al comité intercentros si tiene atribuida esa función en el convenio colectivo que lo creó; o bien a una comisión representativa especial que se forma en base a complicadas reglas que abarcan todas las variables referidas a si los centros cuentan o no con representantes de los trabajadores (vid. art. 41.4 ET).

Si tras el período de consultas se llega a un acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

El hecho de que la autoridad laboral no de traslado al SEPE, no es importante ya que se adopta una nueva DA 26 ET en la que se indica que la TGSS, el SEPE y la ITSS tendrán acceso, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan, a todos los datos necesarios para la identificación y tipo del ERTE:

- de la empresa y de los trabajadores incluidos en el expediente,
- el tipo de medida a aplicar,
- el periodo en que se puede producir la suspensión o la reducción de jornada - y el porcentaje máximo de reducción o período máximo de suspensión respecto de cada trabajador.

#### d) Comunicación de decisión

Tras la finalización del período de consultas, el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la reducción o la suspensión de contratos –sin que ya tenga que dar traslado de la misma la autoridad laboral a la entidad gestora<sup>29</sup>–, que deberá incluir el periodo dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de estas medidas.

Esta decisión surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior.

Se produce caducidad del procedimiento si en el plazo de 15 días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos o reducción temporal de jornada.

#### e) Impugnación de la decisión empresarial

De una parte, 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 los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

Pero, de otra parte, también contra la misma podrá reclamar el trabajador ante la jurisdicción social que declarará la medida justificada o injustificada. No obstante, debemos distinguir si la impugnación se realiza a título individual, en cuyo caso la impugnación se articulará a través de la modalidad especial sobre

<sup>29</sup> Martínez Barroso, R. op. cit.; Beltrán de Heredia, I., op. cit.

suspensión del contrato y reducción de jornada (art. 138 LRJS); o lo es de carácter colectivo, que se formulará por la vía específica del conflicto colectivo (art. 153 y siguientes LRJS)<sup>30</sup>. Será colectiva, a estos efectos, si la decisión empresarial afecta a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el art. 51.1 de ET. Ello habilitará la reclamación, como se ha advertido, por la modalidad de conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual, si bien, aquella paralizará las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

Los efectos de la impugnación podrán ser los siguientes:

- Si se entiende justificada, convalidará la decisión adoptada por la empresa en la reducción o suspensión de los contratos.
- Si fuese injustificada, la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de la reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el período de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas, así como del ingreso de las diferencias de cotización a la Seguridad Social. Anteriormente, no se recogía la devolución de las diferencias de cotización, pero era algo lógico y coherente con la denegación de la medida adoptada<sup>31</sup>.

#### A.4. Prórroga

Como interesante novedad, el art. 47.4 ET recoge que en cualquier momento durante la vigencia de la medida de reducción de jornada o suspensión de contratos basada en causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, la empresa podrá comunicar a la representación de las personas trabajadoras con la que hubiera desarrollado el periodo de consultas una propuesta de prórroga de la medida<sup>32</sup>.

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

<sup>30</sup> Martín Hernández-Carrillo, M. y Vila Tierno, F. “La impugnación ante la jurisdicción social de las medidas de flexibilidad interna”, en VV.AA. *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en el nuevo derecho del trabajo garantista* (Flexibilidad funcional, temporal, espacial, sustancial y suspensiva) / Monereo Pérez, Gorelli Hernández y Almendros González, dir), editorial Laborum, 2022.

<sup>31</sup> Álvarez Cortés, J.C. op. cit.

<sup>32</sup> Álvarez Cortés, J.C. op. cit.; Ramírez Barroso, R. op. cit.; Falguera Baró, M.A. op. cit.

Salvo en los plazos señalados, resultarán de aplicación a este periodo de consultas las previsiones de procedimiento señaladas anteriormente (lo que *contrario sensu* significa también la participación de la Inspección de Trabajo como garante del proceso).

## B) ERTE fuerza mayor

### B.1. Fuerza Mayor temporal

El art. 45 i) ET enumera a la “*fuerza mayor temporal*” como causa de suspensión<sup>33</sup>.

Pero no se define, como tampoco antes se hacía, la fuerza mayor<sup>34</sup>. Debe recordarse, en este punto, que para reconocer la existencia de fuerza mayor<sup>35</sup> tiene que acaecer una circunstancia externa, involuntaria, imprevisible o inevitable al círculo de empresa, esto es, que sea del todo punto independiente de la voluntad del empresario<sup>36</sup> –y ello en el marco de una relación laboral–, siempre que se constate la falta de conexión entre el origen del daño y la actuación imputable o directa de

<sup>33</sup> Rojo Torrecilla, E. op. cit.; Falguera Baró, M.A. op. cit.

<sup>34</sup> Esta afirmación en genérico, que tampoco encuentra una regulación concreta en el art. 47 ET, ni en el RD 1483/2012.

<sup>35</sup> Partiendo del concepto del art. 1105 CC, vid. de manera breve: Díez-Picazo Giménez, G. (2011) “Artículo 1105. Fuerza mayor” en VV.AA. (Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno dir.), *Código civil comentado*, Vol. 3 (Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (Artículos 1088 a 1444), págs. 120 y ss.

<sup>36</sup> STS de 8 de Julio de 2008: “En realidad, la fuerza mayor se configura en nuestro Derecho, en el marco de la regulación de los efectos del incumplimiento del contrato (artículo 1105 del Código Civil en relación con los artículos 1101, 1102, 1103 y 1104 del mismo texto legal) como un criterio de imputación (fuerza mayor y caso fortuito frente a culpa y dolo). Aquí, sin embargo, no opera la fuerza mayor dentro del enjuiciamiento de un incumplimiento contractual, sino en la apreciación sobre la existencia de una causa de extinción del contrato de trabajo, en la que ese elemento debe valorarse a efectos de determinar la norma aplicable... un supuesto de fuerza mayor, que, según la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal, debe entender como “en una fuerza superior a todo control y previsión”, ponderándose a efectos de su concurrencia “la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto” (sentencias de 20 de julio de 2000 y 18 de diciembre de 2006).

De esta forma, la fuerza mayor, a los efectos de los artículos 49.h) y 51.12 del Estatuto de los Trabajadores, ha de entenderse como la actuación de causa extraña al empresario, es decir, como la acción de elementos exteriores que quedan fuera de su esfera de control y en este sentido tiene interés el artículo 76 de la LCE, que vinculaba la fuerza mayor con fenómenos como el incendio, la inundación, el terremoto, la explosión, las plagas del campo, la guerra, el tumulto y las sediciones, aparte de la fórmula general que hace referencia a los acontecimientos de carácter extraordinario que “no hayan podido preverse o que, previstos, no se hayan podido evitar”.



la empresa<sup>37</sup>. No es necesario, en este caso, la concurrencia de otra causa distinta o de la situación de crisis, basta la fuerza mayor<sup>38</sup>.

Se distingue, en este sentido, entre fuerza mayor propia, cuando nos referimos a hechos catastróficos como plagas; e impropia, en referencia a simples hechos imposibilitantes, pero no catastróficos. En este contexto se reconoce el llamado “*factum principis*”<sup>39</sup> o decisión de los poderes públicos imprevisible o inevitable<sup>40</sup>, que recae sobre una empresa e impide la continuación de la prestación laboral<sup>41</sup>.

Con base a esta causa, el art. 47.5 ET incluye, además de la suspensión, la reducción de jornada y se remite al procedimiento de 51.7 ET y su desarrollo reglamentario.

El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente, acompañada de los medios de prueba que estime

<sup>37</sup> Vila Tierno, F. “Algunas referencias al RDL 18/2020. En especial a los conceptos de fuerza mayor total y parcial”, *Revista de estudios jurídicos*, N° 20, 2020, págs. 577 y ss.

<sup>38</sup> De manera extensa: Mendoza Navas, N. “La fuerza mayor como causa de despido” en *Revista de derecho social*, N° 63, 2013, págs. 73 y ss. Poquet Catalá, R. “Los últimos perfiles de la fuerza mayor como causa extintiva». *IUSLabor. Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, [en línea], n.º 2, 2015, pág. 18, vid. en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/288729> [Consulta: 21-05-2020]; Cavas Martínez, F. “El despido por fuerza mayor” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N°. Extra 19, 1996, pp. 203 y ss. Areta Martínez, M. “El despido por fuerza mayor: La extinción del contrato de trabajo” AA. VV. (coord. por Sempere Navarro, Martín Jiménez), págs. 967 y ss.

<sup>39</sup> Ramírez Barroso, R. op. cit.: “En la nueva versión del art. 47 ET, apartados 5 y 6, se ha incorporado, con carácter permanente, la regulación de los ERTE por fuerza mayor temporal, tanto en su versión prototípica como en los supuestos de *factum principis* (decisión del poder o de la autoridad pública imprevisible o/e inevitable que recae en la esfera de la autonomía privada dificultando o imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes), tratando de normalizar fenómenos vinculados a la salud pública”.

<sup>40</sup> Vila Tierno, F. “Algunas referencias...” op. cit.

<sup>41</sup> STS de 5 de julio de 2000: “derivada de un acto de autoridad («*factum principis*»)”; Poquet Catalá, R. op. cit. pág. 6: “La doctrina ha clasificado las causas de fuerza mayor en dos grupos, diferenciando entre fuerza mayor propia e impropia, recogidas en los arts. 49.1 h) y 49.1 i) ET, respectivamente. Constituyen supuestos de fuerza mayor propia los acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e inevitables como los incendios, inundaciones, terremotos, explosiones, plagas del campo, guerras, tumultos o sediciones. Por su parte, se configuran como causas de fuerza mayor impropia los sucesos susceptibles de quedar incluidos en la expresión “cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario, que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no se hayan podido evitar” es decir, todos aquellos supuestos que, no siendo técnicamente causas concretamente constitutivas de la fuerza mayor propia, por asimilación legal, pueden provocar de igual forma la extinción del contrato de trabajo y ello no por semejanza del hecho causante e incluso de la naturaleza del mismo en relación con aquellos hechos constitutivos de dicha fuerza mayor, sino por la semejanza de sus efectos. La diferencia entre ambos tipos de fuerza mayor se halla en que mientras la propia conoce como causa hechos ajenos a la

necesarios, y simultánea comunicación a la representación legal de las personas trabajadoras.

La existencia de fuerza mayor temporal como causa motivadora de la suspensión o reducción de jornada de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas.

La autoridad laboral solicitará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social antes de dictar resolución. Este informe deberá pronunciarse sobre la concurrencia de la fuerza mayor. La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, y deberá limitarse, en su caso, a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la reducción de las jornadas de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo. La resolución surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor, y hasta la fecha determinada en la misma resolución. Si no se emite resolución expresa en el plazo indicado, se entenderá autorizado el expediente de regulación temporal de empleo (silencio positivo).

En el supuesto de que se mantenga la fuerza mayor a la finalización del período determinado en la resolución del expediente, se deberá solicitar una nueva autorización.

## B.2. Nueva situación: Fuerza Mayor temporal por impedimentos o limitaciones

Al margen de la indefinición o de concreción de la fuerza mayor, la regulación pandémica si concretaba que se entendía por fuerza mayor en ese contexto<sup>42</sup> y, a partir de la misma se regularon diferentes situaciones. Entre ellas, la 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 expedientes de regulación temporal de empleo a causa de la COVID-19, que han demostrado su eficacia para preservar empleo y tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis, desde la regulación de esta situación con el RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre de 2020.

voluntad de las partes contratantes, en la impropia, se observa una cierta intervención indirecta de esa voluntariedad en virtud de actuaciones impremeditadas, pero no ajenas a la voluntad, o bien la intervención de terceros ajenos a la relación de trabajo, como puede ser por la decisión de poderes públicos que impide la continuidad en la prestación de servicios laborales”.

<sup>42</sup> Vila Tierno, F. “Algunas referencias...” op. cit.

La modificación del artículo 47.6 ET, que incorpora de manera permanente estas figuras<sup>43</sup>, no resultará de aplicación hasta el 1 de marzo de 2022 a los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimentos o limitaciones a la actividad normalizada derivados de las restricciones vinculadas a la COVID-19, ya que la DA 3ª del RD-ley 32/2021 establece que la tramitación y efectos de los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimento o por limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19, regulados en el artículo 2 del 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, seguirán rigiéndose por lo dispuesto en dicho precepto hasta el día 28 de febrero de 2022.

La fuerza mayor temporal podrá estar determinada por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública.

Será de aplicación el procedimiento previsto para los expedientes por causa de fuerza mayor temporal que hemos visto anteriormente, con las siguientes particularidades:

- a) La solicitud de informe a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social por parte de la autoridad laboral no será preceptiva. El hecho de que no sea preceptiva no supone que la autoridad laboral no pueda solicitar un informe sobre la misma. De hecho, mucho nos tememos, que se hará así, aunque, por la sobrecarga de trabajo de la Inspección de Trabajo, ésta tenga complicado emitir los informes en un tiempo acorde con los plazos establecidos en este procedimiento, pero es solo una valoración personal. Es de desear que la Inspección de Trabajo se encuentre suficientemente dotada de efectivos para llevar a cabo sus funciones.
- b) La empresa deberá justificar, en la documentación remitida junto con la solicitud, la existencia de las concretas limitaciones o del impedimento a su actividad como consecuencia de la decisión de la autoridad competente.
- c) La autoridad laboral autorizará el expediente si se entienden justificadas las limitaciones o impedimento referidos.

En estos supuestos, la posible impugnación distinguirá si la resolución administrativa constata o no la existencia de fuerza mayor. Si no se reconoce la fuerza mayor, se podrá impugnar la resolución administrativa mediante la modalidad de impugnación de actos administrativos en materia laboral (art. 151

<sup>43</sup> Cavas Martínez, F.: “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva Reforma Laboral 2021”. *NET21*, enero/2022; Falguera Baró, M.A. op. cit.

LRJS)<sup>44</sup>. La legitimación correspondería al empresario, aunque no puede negarse esa opción trabajadores directamente interesados.

Si la resolución administrativa reconoce la fuerza mayor, bien se puede debatir únicamente la su constatación (ya sea expresa o por silencio administrativo) por el mismo cauce anterior, estando, en tales casos legitimados, tanto la representación legal de los trabajadores como los trabajadores afectados, que serán parte en el procedimiento; y ello, sin perjuicio de la legitimación para iniciar el correspondiente procedimiento individual de impugnación.

Cuando no se discuta la existencia de la fuerza mayor, sino las decisiones empresariales posteriores, la impugnación será vía conflicto colectivo con impugnación por los representantes de los trabajadores, siempre que se superen los umbrales previstos para el despido colectivo; o bien a través de la modalidad procesal de impugnación de suspensión del contrato y reducción de jornada, cuando la decisión individual verse sobre dichas cuestiones. En los mismos términos expuestos en el art. 47.3 ET. Ello debe entenderse así en tanto que, a pesar de que en la regulación específica de la fuerza mayor, no existe una remisión a dicho precepto –se entiende porque en el caso del ETOP se impugna directamente la decisión estrictamente empresarial basada en una causa empresarial–, aquí existe una causa que escapa de la voluntad de la empresa, pero, en la medida que finalmente ésta es la que decide una actuación de flexibilidad interna que puede repercutir al trabajador –por ejemplo, ser afectado o desafectado de un ERTE–, hay que abrir una vía procedimental para canalizar su pretensión, que no será otra, que las ya comentadas<sup>45</sup>.

### B.3. Normas comunes ERTE ETOP y FM

Se repiten, en gran medida, normas precedentes<sup>46</sup>:

- a) En la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos<sup>47</sup>.
- b) La reducción de jornada podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.

<sup>44</sup> Al efecto, existen dudas sobre la necesidad de agotar la vía administrativa previa (ex art. 69.1 LRJS), que parece que sí es preciso (vid. al respecto: Areta Martínez, M., La impugnación de la resolución administrativa que niega la existencia de fuerza mayor vinculada a la COVID-19 a efectos de un ERTE. Sentencia núm. 102/2020, de 8 de mayo, del JS núm. 3 de Burgos”, *Anuario de 2020 de Jurisprudencia Laboral* (Estudio de 100 casos relevantes), 2021, págs. 859 y ss.

<sup>45</sup> Martín Hernández-Carrillo, M. y Vila Tierno, F. op. cit.

<sup>46</sup> Ramírez Barroso, R. op. cit.; Cavas Martínez, F.: “El refuerzo...” op. cit.

<sup>47</sup> Rojo Torrecilla, E. op. cit.

c) La empresa junto con la notificación, comunicación o solicitud, según proceda, a la autoridad laboral sobre su decisión de reducir la jornada de trabajo o suspender los contratos de trabajo, comunicará, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan:

- El período dentro del cual se va a llevar a cabo la aplicación de la suspensión del contrato o la reducción de jornada.
- La identificación de las personas trabajadoras incluidas en el expediente de regulación temporal de empleo.
- El tipo de medida a aplicar respecto de cada una de las personas trabajadoras:
  - y el porcentaje máximo de reducción de jornada;
  - el número máximo de días de suspensión de contrato a aplicar.

d) 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 través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades:

- a la representación legal de las personas trabajadoras RLT
- y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales SEPE o ISM
- y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, (3 días naturales) a la TGSS

e) Dentro del periodo de aplicación del expediente no podrán:

- realizarse horas extraordinarias,
- establecerse nuevas externalizaciones de actividad (de hecho, se añade un nuevo apartado 20 al artículo 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, por el RD-ley 32/2021, que entiende como muy grave establecer nuevas externalizaciones de actividad incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del ET),
- ni concertarse nuevas contrataciones laborales,
- Excepción:
  - 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 trabajadoras.

- El nuevo art. 11.4 f) ET establece: las empresas que estén aplicando algunas de las medidas de flexibilidad interna reguladas en los artículos 47 y 47 bis podrán concertar contratos formativos siempre que las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada).
- f) Las empresas que desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la disposición adicional vigesimoquinta, a favor de las personas afectadas por el expediente de regulación temporal de empleo, 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<sup>48</sup>.

De hecho, como dijimos, la DA 25 ET, introducida por el RD-ley 32/2021, indica que, durante las reducciones de jornada de trabajo o suspensiones de contratos de trabajo por ERTE, 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.

Formación relacionada con:

- Necesidades reales de las empresas.
  - Adquisición de competencias digitales
    - Aquellas otras que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa.
- g) Las prestaciones por desempleo a percibir por los trabajadores afectados se regirán por lo establecido en el artículo 267 LGSS y normas de desarrollo.

<sup>48</sup> El diseño de los ERTE en la reforma laboral producida por el RD-ley 31/2021 está muy ligada a la formación profesional de los trabajadores para su reinserción bien dentro del organigrama de la plantilla de la empresa afectada por el ERTE o bien para cubrir necesidades de recualificación y procesos de transición profesional de las personas trabajadoras en otros sectores que demanden mano de obra.

Modificación de la Ley 30/2015 del Sistema de Formación Profesional.

Se introduce un nuevo apartado 7 en el artículo 9 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, que incrementa el crédito para la financiación de acciones formativas en el caso de los ERTE o del mecanismo RED, en función del tamaño de la empresa:

- a) De 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona.
- b) De 10 a 49 personas trabajadoras: 400 euros por persona.
- c) De 50 o más personas trabajadoras: 320 euros por persona.

Este incremento de crédito será financiado a través de una aportación extraordinaria al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal.

Las cuantías establecidas anteriormente podrán, en su caso, ser actualizadas reglamentariamente.

Asimismo, para el seguimiento de esta formación, el Servicio Público de Empleo Estatal será reforzado en sus unidades provinciales de gestión.

### 3.3. Algunos aspectos relacionados con la cotización a la Seguridad Social en la regulación del ERTE por el RDL 32/2021

Se introduce el nuevo art. 153 bis LGSS referido a la cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato a causa de un ERTE. En tales casos, indica la norma, que la empresa está obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial. Cuando durante esta situación se disfrute por los trabajadores afectados por el ERTE de la protección por desempleo, corresponde a la entidad gestora de la prestación el ingreso de la aportación del trabajador (aportación, evidentemente, que será detrída de la cuantía de la prestación por desempleo que corresponda).

Durante la obtención de la prestación por desempleo a causa de un ERTE, la base de cotización, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales se hallará conforme al promedio de las bases de cotización en la empresa afectada de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de cada situación de reducción de jornada o suspensión del contrato.

Las empresas durante los ERTE podrán acogerse voluntariamente a las exenciones en la cotización sobre las aportaciones empresariales por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta.

- Para los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción (incluyendo sus prórrogas) la exención será del 20%, solo y exclusivamente en el caso de que las empresas desarrollen las acciones formativas a las que se refiere la DA 25 ET<sup>49</sup>.
- Para los ERTE por fuerza mayor temporal o fuerza mayor temporal por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa la exención será del 90% (en este caso no es necesario desarrollar acciones formativas).

<sup>49</sup> García Blasco, J. “Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo”, Briefs AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/juan-garcia-blasco.pdf>. En este contexto, hay que incluir también la función que se le reserva en la nueva disposición adicional trigésima novena incorporada a la Ley General de la Seguridad Social relativa a los beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED. La no realización de las actividades formativas previstas para estos supuestos deberá ser puesta en conocimiento de la Inspección de Trabajo para que ésta inicie los expedientes sancionadores y liquidadores de cuotas que correspondan, respecto, también aquí, de cada una de las personas trabajadoras por las que no se hayan realizado dichas acciones (apartado 8). Se asigna igualmente una competencia a la Inspección para determinar el incumplimiento de las obligaciones de formación por parte de las empresas beneficiarias de las exenciones contempladas en dicha disposición, así como de los importes a ingresar (apartado 9) De igual forma, para comprobar el cumplimiento empresarial de mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras exigido legalmente, así como la determinación de los importes a reintegrar (apartado 10)”.

Estas exenciones pueden obtenerse incluso en el caso de que, por las dificultades económicas que sufran las empresas, no se encontrasen al corriente en el pago de cuotas. Tampoco se verá afectada su obtención en el caso de falta de ingresos de las cuotas en el período reglamentario (a las que se refiere los arts. 20. 1 y 3 LGSS).

Las exenciones en la cotización estarán condicionadas al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del ERTE. En caso de incumplimiento de esta obligación las empresas deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, previa comprobación del incumplimiento de este compromiso y la determinación de los importes a reintegrar por la ITSS.

Se encomienda a la ITSS, en la nueva DA 45 LGSS, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones respecto de la exenciones en las cotizaciones a la Seguridad Social<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> García Blasco, J. op. cit.: “La competencia de la Inspección se amplía igualmente con la nueva disposición adicional cuadragésima quinta (según la corrección de errores publicada en el BOE de 19 de enero de 2022) incorporada a la LGSS sobre la actuación de este órgano técnico [...] Una actividad inspectora, a la postre, tendente a evitar y combatir el fraude empresarial en estas materia”.