

EL REFUERZO DE LOS ERTE COMO GARANTÍA DE ESTABILIDAD DEL EMPLEO EN LA NUEVA REFORMA LABORAL 2021

FAUSTINO CAVAS MARTÍNEZ

NET₂₁ NÚMERO 8, ENERO 2022

Como debilidades estructurales, resistentes a la acción de las numerosas reformas laborales que se han sucedido desde 1984, nuestro mercado de trabajo presenta una tasa de temporalidad excesiva, un elevado nivel de rotación laboral con flujos constantes de entrada y salida del mercado de trabajo y del sistema de protección por desempleo, un alto porcentaje de trabajo a tiempo parcial no deseado y la mayor cifra de desempleo estructural de la OCDE, todo ello propiciado por un marco institucional de relaciones laborales fuertemente escorado hacia la unilateralidad empresarial, que resta dinamismo y efectividad a la autonomía colectiva y favorece la aparición y consolidación de altos niveles de desigualdad y precariedad, con especial impacto en los colectivos más vulnerables (mujeres y jóvenes). Aunque se aceptara, como sugieren algunos estudios, que las medidas flexibilizadoras y ablativas de derechos que introdujo la reforma laboral de 2012 han podido contribuir, en alguna medida, a la creación de empleo y a la reducción del paro durante el ciclo económico expansivo que tuvo lugar en los años previos a la pandemia, lo que no admite discusión razonable es que el empleo creado, eminentemente temporal y de escasa calidad, no satisface los estándares menos exigentes de equidad y justicia social.

El Acuerdo logrado el pasado 23 de diciembre entre el Gobierno y los agentes sociales, volcado normativamente en el 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, tiene como principal objetivo promover la estabilidad en el empleo y limitar el recurso abusivo, injustificado y desproporcionado a la contratación temporal; pero también devolver el equilibrio perdido al sistema de negociación colectiva (recuperación de la ultraactividad indefinida, contención de la devaluación salarial vía convenios de empresa) y mitigar la precariedad de las personas trabajadoras inmersas en procesos de externalización productiva. Además, la reforma, que cuenta con un plus de legitimidad al haber sido apoyada por las organizaciones con mayor representatividad económica y

social de nuestro país, viene a potenciar el recurso a mecanismos de flexibilidad interna por las empresas, concretamente reducciones temporales de jornada y suspensiones de contratos, con el propósito de favorecer la continuidad del empleo ante coyunturas negativas, como alternativa a los despidos masivos y a la elevada tasa de temporalidad del mercado laboral español (al rebajarse el coste que para las empresas comporta mantener vivo un contrato estable, por más que este se encuentre total o parcialmente inactivo).

La remodelación de los ERTE se materializa a través de una doble vía. Por un lado, se modifica el art. 47 del ET para agilizar e incentivar los ERTE por causas empresariales y por fuerza mayor temporal, como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones; por otro lado, se introduce en el ET un nuevo art. 47 bis para crear una nueva variante de ERTE, el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización en el empleo, dando cumplimiento a uno de los compromisos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que dentro de su Componente 23, relativo a las “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, anuncia una reforma, la número 6, sobre “Establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y recualificación de trabajadores en transición”. En el diseño de estos cambios ha sido determinante la exitosa experiencia adquirida mediante la gestión de los ERTE durante la pandemia, con resultados enormemente positivos en términos de preservación del tejido productivo y mantenimiento del empleo, sin parangón con crisis anteriores.

En cuanto a los ERTE por causas ETOP, presentes en la legislación laboral desde el ET de 1980 pero escasamente utilizados en recesiones precedentes, además del empleo del lenguaje inclusivo, la regulación en paralelo de ambas medidas (reducciones temporales de jornada y suspensiones de contratos) y la precisión de que las causas deben revestir carácter temporal, los cambios operados en el art. 47 ET pretenden introducir una mayor agilidad en su tramitación y flexibilidad en su aplicación. Así, la duración máxima del periodo de consultas se reduce de quince a siete días en empresas con menos de 50 trabajadores en plantilla, previa constitución de la comisión representativa (cuyo plazo de constitución también se reduce a cinco o diez días en función de que exista o no representación legal de las personas trabajadoras); en segundo lugar, se suprime el traslado de la comunicación empresarial al SEPE por parte de la autoridad laboral; en previsión de que las dificultades coyunturales de la empresa puedan alcanzar una duración mayor que la contemplada en su inicio, y para evitar perniciosas demoras, se introduce la posibilidad de prorrogar el ERTE antes de que expire su vigencia, previo periodo de consultas con la parte laboral y comunicando la decisión

empresarial a la autoridad laboral; en cuarto lugar, y siguiendo también el ejemplo de los ERTE por Covid, se regula la facultad empresarial de afectar y desafectar a personas trabajadoras a la vista del desarrollo de los acontecimientos y de su repercusión en los contratos de trabajo suspendidos o en reducción de jornada, previa información a la representación legal de las personas trabajadoras y comunicación tanto al SEPE como a la TGSS.

En la nueva versión del art. 47 ET, apartados 5 y 6, se regula el ERTE por fuerza mayor temporal.

La constatación de la fuerza mayor temporal, cualquiera que sea el número de personas afectadas, corresponde a la autoridad laboral, que solicitará al efecto informe preceptivo de la ITSS, pero será la empresa la que decida sobre la reducción de las jornadas o la suspensión de los contratos. Si la fuerza mayor persiste al final del periodo determinado en la resolución del expediente se deberá solicitar una nueva autorización.

Sobre la base de la experiencia adquirida con la gestión del Covid, el concepto de fuerza mayor clásica se expande con la inclusión de la fuerza mayor temporal debida a impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública. De este modo se incorpora a la legislación laboral, como mecanismo disponible con carácter permanente, el régimen de los ERTE a causa de la Covid-19, que han demostrado su eficacia para preservar empleo y tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis. Su tramitación se sujetará al procedimiento de los ERTE por fuerza mayor temporal, con algunas peculiaridades (entre ellas, el carácter potestativo del informe de la ITSS). No obstante, los ERTE por impedimentos o limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la Covid-19 continuarán rigiéndose por su normativa específica (RDL 18/2021) hasta el 1 de marzo de 2022.

Como reglas comunes para ambas modalidades de ERTE (por causas ETOP y FM), el RDL 32/2021 ha dispuesto que la reducción temporal de jornada oscilará en el 10% y el 70% (clarificando de este modo una de las cuestiones que generó más controversia a lo largo de la vigencia de las medidas excepcionales derivadas de la pandemia); la prioridad de la reducción de jornada sobre la suspensión de contratos, siempre que ello sea viable, persiguiendo un más equilibrado reparto de la ocupación efectiva entre todas las personas sometidas a medidas de regulación de empleo; la comunicación empresarial a través de procedimientos automatizados sobre el periodo de aplicación, personas afectadas y tipo de medida; la ya aludida facultad

empresarial de poder afectar y desafectar personas trabajadoras del ERTE en función de la alteración de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas; la prohibición durante el periodo de aplicación del ERTE de realizar horas extraordinarias, nuevas externalizaciones de actividad y nuevas contrataciones laborales (prohibición reforzada con la inclusión en la LISOS de las correspondientes sanciones para el caso de incumplimiento), otorgando así preferencia a las desafectaciones a medida que la actividad se vaya normalizando, si bien esta prohibición se rodea de la imprescindible flexibilidad, contemplándose excepciones a la misma en el supuesto de que las personas en suspensión contractual o reducción de jornada que presten servicios en el centro de trabajo afectado por nuevas contrataciones o externalizaciones no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas. Por último, la protección por desempleo para las personas trabajadoras afectadas por las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos de trabajo se someterá a lo dispuesto en la legislación general, ya sin las ventajas previstas en la normativa de emergencia pandémica.

Otra orientación de la normativa excepcional por Covid-19 que se transfiere a la nueva regulación de los ERTE es la previsión, con carácter permanente, de beneficios en la cotización a la Seguridad, cuya cuantía se determina en la flamante DA 39ª del TRLGSS. Cuando el ERTE responda a causas ETOP, la exoneración en la aportación empresarial a la Seguridad Social será del 20% y su aplicación estará condicionada al desarrollo por la empresa de acciones formativas en favor de las personas reguladas, pudiendo las empresas optar a un incremento de crédito para formación. Si el ERTE lo es por fuerza mayor, la exoneración escala hasta el 90%. Con independencia del tipo de ERTE, las exenciones de cotización estarán condicionadas al mantenimiento en el empleo durante seis meses de las personas afectadas, estableciéndose ahora (y con ello se despeja una de las grandes dudas interpretativas surgidas a raíz de la aplicación de las medidas excepcionales para combatir los efectos de la pandemia) que las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, pero únicamente en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido dicho requisito. Como no podía ser de otro modo, la reforma compromete a la ITSS en la tarea de vigilancia del cumplimiento de los requisitos y las obligaciones establecidas para una correcta aplicación de las exenciones en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Es esperable (e inexcusable) que se incrementen en la medida necesaria los efectivos humanos y materiales de la Inspección para desarrollar eficazmente esta labor fiscalizadora.

Como complemento a esta reformulación de los ERTE ordinarios, y sobre la base de la positiva experiencia con dicho instrumento durante la pandemia, se crea el “Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo”, para atender las necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial que justifiquen medidas de ajuste y protección temporal. Tras su negociación y aprobación en la mesa de diálogo social (que no acogió favorablemente la propuesta inicial del Gobierno), el régimen jurídico del nuevo mecanismo se aloja en el art. 47 bis ET y en las correlativas disposiciones del TRLGSS.

Los ingredientes fundamentales del Mecanismo RED pueden sintetizarse como sigue:

- Las empresas solo podrán solicitar a la autoridad laboral medidas de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo, una vez que el Mecanismo haya sido activado por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y Economía Social, Asuntos Económicos y Transformación Digital, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, previa información a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Es el Consejo de Ministros el que se encarga de activar el Mecanismo, pero no de dirimir si las empresas, de manera individual, se pueden acoger al mismo, decisión que corresponde a la autoridad laboral, que autorizará la medida si se ha celebrado un período de consultas y este concluye con acuerdo, o tras verificar la concurrencia de la causa de no mediar acuerdo.

- El Mecanismo conoce dos modalidades: a) Cíclica, cuando se aprecie una coyuntura macroeconómica general que aconseje la adopción de instrumentos adicionales de estabilización, con una duración máxima de un año. b) Sectorial, cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y procesos de transición profesional de las personas trabajadoras (fundamentalmente como consecuencia del intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico), con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una. Transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED en su modalidad sectorial, el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas analizarán la necesidad de adoptar medidas laborales y de Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas en el futuro.

- Durante la aplicación del Mecanismo, las empresas podrán aplicarse beneficios en la cotización a la Seguridad Social, que serán decrecientes en la modalidad cíclica en función del tiempo transcurrido (60%, 30% y 20%), y el 40% en la modalidad sectorial. Como contraprestación razonable por esta reducción de costes laborales, el disfrute de las exoneraciones –que ninguna repercusión negativa tendrán sobre las personas trabajadoras- está condicionado al mismo requisito de mantenimiento del empleo durante seis meses que rige para los ERTE del art. 47 ET y, en la modalidad sectorial, además, a que la empresa desarrolle acciones formativas y presente un plan de recualificación de las personas afectadas.

- Las personas trabajadoras cubiertas por el Mecanismo RED no devengarán derecho a protección por desempleo (técnicamente no se las considera personas desempleadas) sino a una prestación específica de sostenibilidad de empleo, cuyo régimen jurídico se desarrolla en la nueva DA 41ª del TRLGSS. Esta prestación, que es incompatible con la percepción de prestaciones y subsidios por desempleo pero compatible con la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, hereda las generosas características de las medidas extraordinarias para la protección por desempleo aplicadas durante la pandemia (inexigibilidad de período mínimo de cotización, no consumo de cotizaciones previas a ningún efecto, cuantía equivalente al 70% de la base reguladora durante todo el tiempo de percepción hasta un máximo del 225% del IPREM). Las personas trabajadoras afectadas tendrán la consideración de colectivo prioritario para el acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral.

- En línea con el modelo de otros países, se prevé la creación de un Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, desprovisto de personalidad jurídica, adscrito al MTES, que tendrá como finalidad financiar las necesidades futuras en materia de exoneración de cuotas, prestaciones sociales y acciones formativas derivadas de las modalidades cíclica y sectorial del Mecanismo RED. El Fondo se nutrirá con el excedente resultante de las cotizaciones por desempleo tras financiar las correspondientes prestaciones, con aportaciones del Estado consignadas en los presupuestos generales, recursos procedentes de la UE y otros rendimientos que genere el Fondo.

En lugar de modificar nuevamente la materia del despido, la reforma de 2021 ha preferido incentivar las reducciones temporales de jornada y las suspensiones de contratos, reforzando los tradicionales ERTE y poniendo al alcance de las empresas nuevas soluciones, no traumáticas en términos de

empleo, a las que pueden acogerse para ajustar sus plantillas en situaciones macroeconómicas adversas y de reestructuración sectorial, al tiempo que se asiste a las personas trabajadoras afectadas con prestaciones sociales y se cubren sus necesidades de recualificación y transición profesional.

En definitiva, con este arsenal de medidas se articula una regulación promocional, moderna y, cabe desearlo así, eficaz de las medidas temporales de regulación de empleo, a través de una adecuada combinación de flexibilidad interna y estabilidad de las relaciones laborales, que pone el acento en la viabilidad de las empresas y en la protección del empleo y del capital humano.