



ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas

Jaime Cabeza Pereiro

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidade de Vigo*

jcabeza@univigo.es | <https://orcid.org/000-0001-8847-3934>

Extracto

El mantenimiento del empleo ha sido el mayor reto a lo largo de la pandemia de la COVID-19. A tal fin, la legislación sobre expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) se ha diseñado con el propósito de evitar despidos y desempleo masivo. Este tipo de medidas se han aprobado acompañadas de otras modificaciones legales –por ejemplo, preferencia por el teletrabajo, flexibilidad del tiempo de trabajo o limitaciones para los despidos colectivos e individuales– puestas en marcha con el mismo objetivo de preservar el empleo. Centrándose en los ERTE, el concepto de fuerza mayor se ha ampliado a fin de amparar la gran mayoría de situaciones causadas por la pandemia. Por otra parte, se han adaptado las causas económica, técnica, organizativa o de producción con el propósito de permitir una transición de los ERTE a la plena recuperación de la actividad. Entre tanto, otras medidas han garantizado el pleno respeto de los derechos y expectativas de las personas trabajadoras. Entre ellas, la garantía de empleo, que impide la finalización de los contratos de personas trabajadoras afectadas por decisiones suspensivas o de reducción de jornada, o algunas mejoras en la protección por desempleo, han ofrecido suficiente cobertura en esta crisis derivada de la pandemia. Sin embargo, todo este «escudo social» ha descubierto no pocas carencias del modelo español de protección del empleo. Algunas de estas debilidades se debaten en este estudio.

Palabras clave: ERTE; COVID-19; protección por desempleo; garantía de empleo.

Fecha de entrada: 21-12-2020 / Fecha de aceptación: 21-12-2020 / Fecha de revisión: 22-02-2021

Cómo citar: Cabeza Pereiro, Jaime. (2021). ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 11-34.



Lay-offs and short-time and occupational guarantee: uncertainties and certainties

Jaime Cabeza Pereiro

Abstract

The maintenance of employment has been the main challenge during the COVID-19 pandemic. For this purpose, legislation on lay-off and short-time has been designed with the aim of avoiding mass redundancies and mass unemployment. These sort of measures have been passed accompanied by other legislative modifications –for instance, preference of teleworking, working time flexibility or limitations for collective and individual dismissals– put in force with the same objective of preserving employment. Focusing on lay-off and short-time, the concept of force majeure has been broadened with the aim of sheltering the vast majority of situations caused by the pandemic. On the other hand, economic, technical, organizational and productive reasons have been adapted with the purpose of allowing a transition from lay-off and short-time to the full recovery of the activity. Meanwhile, other provisions have guaranteed full respect to workers' rights and security. Among others, the employment guarantee, impairing the expiration of contracts of workers affected by lay-offs or short-time decisions or some improvements in the unemployment protection, gave coverage enough in this crisis due to the pandemic. However, all this «social shield» has discovered not little shortcomings of the Spanish model of employment protection. Some of those weaknesses are discussed in this article.

Keywords: lay-off and short-time; COVID-19; unemployment protection; employment guarantee.

Citation: Cabeza Pereiro, Jaime. (2021). Lay-offs and short-time and occupational guarantee: uncertainties and certainties. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 456, 11-34.





Sumario

1. Ideas previas
2. Relación entre flexibilidad interna y flexibilidad externa. Medidas adicionales en torno a los ERTE
3. Sobre el concepto de fuerza mayor. Procedimiento
4. Las vicisitudes de los ERTE por fuerza mayor a lo largo de la pandemia
5. El ERTE por causas ETOP
6. El compromiso de salvaguarda del empleo
7. Medidas en torno a la prestación por desempleo
8. Conclusión

1. Ideas previas

La normativa de urgencia que se ha dictado con ocasión de la pandemia ha reservado un lugar estelar a los ERTE. En realidad, referirse a este acrónimo es parte de la querencia del laboralismo por la sinécdoque: sustituir el todo por una parte o, aún mejor, identificar lo sustantivo mediante una apelación a lo adjetivo. No se hace referencia pública al sutil juego entre fuerza mayor y causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (causas ETOP), o al delicado equilibrio entre suspensión del contrato y reducción de jornada, sino a un expediente administrativo que, a partir de la reforma de 2012, no parece encontrar una sustantividad propia que aporte luz sobre el concreto papel que debe desempeñar la autoridad laboral. Es decir, el expediente en sí mismo considerado es lo menos relevante de este complicado asunto.

Debe advertirse, antes que nada, que el ERTE-COVID constituye una especie de las suspensiones y reducciones de jornada que, en apariencia, encuentran su normativa básica en las reglas generales del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en el Reglamento de los procedimientos de despido y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RD 1483/2012, de 29 de octubre). Conviene decir «en apariencia» porque la normativa aprobada en 2020-21 expresa, en algunas ocasiones, unas reglas particularmente libres que, al menos hasta cierto punto, contradicen las de las suspensiones y reducciones de jornadas concebidas con carácter estructural.

Los hitos regulatorios fundamentales en 2020 han sido, secuencialmente expresados, los siguientes: Real Decreto-Ley (RDL) 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE de 18 de marzo), RDL 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE de 13 de mayo), RDL 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (BOE de 27 de junio) y RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE de 30 de septiembre). Ya entrado el 2021, se ha aprobado el RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (BOE de 27 de enero), de cariz básicamente continuista. Todos ellos se han dictado al compás de la evolución de la pandemia y reflejan los estados de situación que se iban produciendo, pero también las expectativas de un signo u otro que se avecinaban.

Como ponderación expresada apriorísticamente, pero muy evidente, la técnica del «ERTE» –se utilizará esta expresión de forma elíptica y de síntesis– ha ganado centralidad en el contexto de la normativa laboral interna. Sin duda, las circunstancias han determinado

este nuevo protagonismo, pero también han tenido un papel fundamental las adaptaciones normativas que se han introducido, además de sus relaciones novedosas con los mecanismos de extinción del contrato de trabajo. Es decir, sin negar importancia al contexto, da la impresión de que se han producido los ajustes legales necesarios para que verdaderamente sirva de forma decisiva a la finalidad para la que ha sido concebida, de mantenimiento del empleo.

A este respecto, cabe contrastar la importancia que ha tenido a lo largo de todo el año 2020 con la muy modesta contribución a la salida de la crisis que aportaron las reformas de 2010 y de 2012. Especialmente la primera, la que se introdujo a través del RDL 10/2010, de 16 de junio, y por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, pese a poner en marcha la reforma sustantiva más amplia del artículo 47 del ET, y pese a acompañarse de normas anteriores y posteriores de «reposición de la prestación de desempleo», tuvo un impacto mucho menor en términos de importancia real de las medidas suspensivas y de reducción de jornada en la superación de la crisis económica desencadenada a partir del año 2002. Desde luego, ese impacto fue absolutamente testimonial en el contexto de las pequeñas empresas, en tanto que ha sido absolutamente decisivo a lo largo del periodo de la pandemia.

Todavía no se ha producido hasta la fecha una doctrina judicial segura, más allá de algunos pronunciamientos aislados y de muy diverso signo, que en ningún caso constituyen jurisprudencia. Se han emitido, desde luego, criterios interpretativos por parte de la Dirección General de Trabajo, que en este escrito van a ser omitidos, por la sencilla razón de que las normas adquieren vida propia y no se someten en su dinámica a la opinión que exista en los pasillos del ministerio en los que se gestaron sus borradores. Más importancia hay que concederles, desde luego, a los cuatro acuerdos sociales en defensa del empleo que se han ocupado de esta materia, los cuales sí que arrojan criterios interpretativos algo más decisivos.

En efecto, y al margen del RDL 8/2020, las otras cuatro normas de urgencia han sido producto de la concertación social. Este rasgo es muy decisivo por muchos motivos, pero sobre todo porque pone de manifiesto un consenso de fondo y una manifestación de las partes sociales acerca de la adecuación de las reglas acordadas a los efectos de mantener el empleo y de garantizar unos equilibrios aceptables entre los intereses y las necesidades de las empresas y las personas trabajadoras.

Por lo demás, este escrito plasma la situación regulatoria en un momento dado, que no debe considerarse sino una estación de paso. Aun cuando el proceso de vacunación ya está en marcha, aunque incipiente, no parece que el impacto productivo y económico de la pandemia se disipe fácilmente. Por consiguiente, es fácil predecir que, cuando se aproxime el final de mayo del nuevo año, las partes sociales estarán apurando las fechas para firmar un quinto acuerdo, si ello es posible, sobre la prolongación de los ERTE o sobre la previsión de nuevas suspensiones y reducciones de jornada. Ojalá que para entonces sea posible una norma de menor afectación subjetiva, porque gran parte del contingente haya podido volver a sus puestos de trabajo.

He puesto en el título de esta intervención las «incertidumbres» antes que las «certezas». Este orden quiere expresar que hay bastantes asuntos de interpretación discutible y que solo cuando haya una doctrina judicial consolidada podrán ser esclarecidos. No es que prevalezcan siempre las dudas sobre las seguridades, pero conviene pararse sobre los aspectos más oscuros de la normativa para proponer las respuestas más probables y más adecuadas.

2. Relación entre flexibilidad interna y flexibilidad externa. Medidas adicionales en torno a los ERTE

La orientación más coherente de todas las sucesivas normas de urgencia ha consistido en una acción sustentada en un doble eje: por una parte, un fuerte incentivo y soporte público de los ERTE a ambas partes, empresa y persona trabajadora, que las protegen de los efectos desfavorables que para ellas suponen la suspensión del contrato y la reducción de jornada. Por otra, unas limitaciones particularmente intensas para la extinción del contrato, que establecen una clara preferencia por la flexibilidad interna –en este caso, ERTE– frente a la flexibilidad externa.

Por supuesto, esta dialéctica entre flexibilidad interna y flexibilidad externa se contempla en alguna otra regla de la normativa COVID-19. Por ejemplo, y en cuanto al RDL 10/2020, de 29 de marzo, debe hacerse referencia al «permiso retribuido obligatorio» de sus artículos 2 y 3. Se trata de una medida que, por otra parte, guarda una complicada relación con los ERTE, sobre la que ahora no procede hacer mayores comentarios por su carácter efímero, pero que desde luego afectó, cuando menos, a la fecha de puesta en marcha de ciertas medidas suspensivas o de reducción de jornada.

También conviene una referencia a la preferencia del trabajo a distancia del artículo 5 del RDL 8/2020. Se trata de una norma que establece también una relación compleja con los ERTE, pero más bien basada en este caso no en una preferencia formal, sino en la posibilidad real y en la exigibilidad organizativa de que los trabajos se desarrollen a distancia.

Sin perjuicio de las reglas anteriores, que pueden considerarse «externas» a los ERTE, aunque indudablemente vinculadas a los mismos, habría que aludir a otras que pueden considerarse «internas», en el sentido de que se expresan en relación directa con ellos y en los preceptos que específicamente los regulan. En primer lugar, hay que aludir a la prohibición de que las personas que estén en situación de suspensión de contrato o de reducción de jornada realicen horas extraordinarias. Se trata de una regla que no se expresó en la legislación de urgencia de 2020 hasta el RDL 24/2020 y que existe en el artículo 47, con la particularidad de que solo está prevista para las reducciones de jornada, no para la suspensión de contratos. De tal forma que las personas cuyo contrato no esté suspendido pueden, al margen de los ERTE COVID-19, realizar horas extraordinarias. Curiosamente, el RDL 24/2020 no exceptúa de la prohibición las horas extraordinarias realizadas por fuerza

mayor, excepción que sí recoge el artículo 47.2 del ET. Pero claramente debe entenderse implícita, máxime cuando se contempla que la prohibición puede ser sorteada cuando la plantilla en situación de ERTE no pueda, por formación, capacidad u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones discutidas, previa información de la empresa a la representación unitaria. Con todas las deficiencias técnicas que puedan achacarse a esta previsión, probablemente constituya una de las reglas que habría que considerar como convenientes para una regulación estructural y para incorporarse al artículo 47 del ET. Sin perjuicio de que, en su aplicación práctica, puede dar lugar a muchas situaciones dudosas tal y como está hoy planteada.

Sí que llama la atención, y se trata sin duda de una omisión muy discutible, que la prohibición de hacer horas extraordinarias no se haya acompañado de otra similar de realizar horas complementarias, que sería igualmente necesaria para el caso de las personas contratadas a tiempo parcial, puesto que por esta vía puede desde luego asumirse una importante carga de trabajo en tanto en cuanto se mantiene a parte de la plantilla en situación de regulación de empleo temporal. A este respecto no queda sino achacarle una importante laguna a la normativa de la pandemia.

Las mismas salvedades que para la prohibición de realizar horas extraordinarias se expresan para la realización de «nuevas externalizaciones de la actividad» y para la celebración de nuevas contrataciones. Por lo que respecta a las «externalizaciones», hubiera sido preferible que el precepto hubiese optado por una expresión más precisa en términos jurídicos, pues la que se utiliza sugiere no pocas dudas, que sin duda se plantearán ante los órganos judiciales, en particular relativas al alcance del término en el contexto del grupo de empresas. En cuanto a la expresión «contrataciones», como se deduce de la alocución «sean directas o indirectas», claramente se incluyen las que se realicen a través de empresas de trabajo temporal, de forma que, a estos efectos, la regla está mejor redactada, sin perjuicio de las incertidumbres antes mencionadas en relación con la falta de formación o de capacitación, u otras razones objetivas y justificadas.

Ahora bien, más que de formulación de estas medidas, que ya de por sí es un asunto complejo, el problema es de consecuencias de su transgresión por parte de la empresa. No se plantea ninguna posibilidad, al menos en apariencia, de que las decisiones contrarias a ella puedan ser ineficaces. Por supuesto que las contrataciones serán válidas, que los contratos civiles mercantiles o administrativos de subcontratación de actividades también lo serán e igualmente es evidente que no queda comprometida la medida, a la que se hará alusión más adelante, de la garantía de mantenimiento del empleo. Habrá que buscar las únicas consecuencias plausibles, así pues, en el contexto de la normativa administrativo-sancionadora.

Otra limitación que puede denominarse «interna», en el sentido de que se incluye en la regulación de los ERTE, se refiere a la imposibilidad de distribuir dividendos en el caso de empresas que hayan estado afectadas por medidas suspensivas o de reducción de jornada. Inversamente, la imposibilidad de acogerse a las medidas de regulación de empleo

previstas en los reales decretos-leyes no cabe en el caso de empresas domiciliadas en países calificados como paraísos fiscales de acuerdo con la normativa vigente, como se establece en el artículo 4 del RDL 30/2020 en relación con el artículo 5 del RDL 24/2020.

Todo este haz de medidas afecta por igual a las suspensiones y reducciones de jornada derivadas de causas ETOP y a las producidas por fuerza mayor. Lo cual pone en la pista de que, progresivamente, algunas diferencias previas sobre unos y otros se han ido limando. Por ejemplo, y sobre todo, en relación con las medidas de incentivo y fomento de los ERTE, pensadas en principio prioritariamente para las derivadas de fuerza mayor, pero progresivamente ampliadas a las producidas por causas ETOP.

3. Sobre el concepto de fuerza mayor. Procedimiento

La falta de una definición *ad hoc* sobre la fuerza mayor en el artículo 47 y en el artículo 51 del ET ha conducido a la aplicación de un concepto civilístico de la misma, que hunde sus raíces en el artículo 1.105 del Código Civil. Como delimitación más clara, quedaba al margen de la misma todo aquello que pudiera englobarse dentro del concepto de decisión administrativa *-factum principis-*, de tal modo que, a los efectos de la exoneración de cuotas de la empresa hasta la Ley 22/1993, se optó por un entendimiento restrictivo, que encajaba bien con una consideración excepcional de la fuerza mayor, desde luego bastante alejada de cómo se entendía a los efectos de la realización de horas extraordinarias.

Esta diferencia en relación con las causas ETOP, que se ha mantenido esencialmente así a lo largo de los años, ha sido profundamente modificada en el contexto de la normativa aprobada con ocasión de la pandemia. Puede afirmarse que, sin lugar a dudas, una de las líneas maestras de las normas de urgencia aprobadas a lo largo de 2020 en relación con los ERTE ha consistido en una interpretación flexible y muy ampliatoria de qué es la fuerza mayor a los efectos de la suspensión de los contratos y de la reducción de la jornada.

Por supuesto, ese concepto no trasciende a los ERTE en periodos ordinarios ni tampoco a las extinciones del artículo 51.7 del ET. Para unos y otras, habrá que estar a la doctrina tradicional, excepto que haya una reforma legal que justifique un cambio en la orientación conceptual.

El ensanchamiento de la «fuerza mayor» como causa se ha producido a lo largo de las sucesivas versiones del artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo. En la que está vigente después del RDL 8/2020, su primer apartado expresa esta definición muy amplia:

Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el

transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretadas por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditadas, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

En relación con las actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto (RD) 463/2020, de 14 de marzo, se entenderá que concurre la fuerza mayor descrita en el párrafo anterior respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad.

Es decir, el elemento causal consistente, directa o indirectamente, en el advenimiento de la pandemia merece la calificación de asunto de fuerza mayor. Es evidente que, en sí mismo considerado, dicho advenimiento ha de estimarse como tal también desde el punto de vista clásico. Ello no obstante, hay al menos dos elementos de los que se deduce inequívocamente ese ensanchamiento de su ámbito de aplicación:

- La inclusión de la declaración del estado de alarma. Es decir, muchas de las actividades cierran o reducen drásticamente su actividad a causa directa del RD 463/2020, de 14 de marzo. No existiría una imposibilidad material de proseguir más allá de la decisión gubernativa, que propicia una detención a gran escala de la producción a nivel estatal. Sin duda, la pandemia actúa como telón de fondo, en particular en su dimensión de crisis sanitaria de gran dimensión. Pero es el *factum principis* el que actúa como elemento impeditivo, de tal forma que no cabría albergarse en el concepto de fuerza mayor desarrollado por la doctrina legal de la jurisdicción social producida en desarrollo del artículo 47 del ET. A veces se trata de una suspensión *ope legis* de ciertas actividades o de ciertos sectores productivos. Otras, del descenso abrupto de la actividad como consecuencia principalmente del confinamiento –primero– y, en general, de las restricciones a la libre movilidad de las personas.
- La creación de un concepto anteriormente inexistente, que consiste en la reducción de jornada por fuerza mayor. En efecto, el apartado 3 del artículo 47 del ET solo contempla la suspensión del contrato por esa causa. En todo el artículo 22.1, pero muy en particular en su párrafo segundo, aparece esta segunda medida, que abre el abanico de posibilidades de las empresas para afrontar una situación como la producida por la pandemia. En realidad, que el artículo 47.3 del ET solo

se refiriese expresamente a la suspensión no significaba necesariamente que la reducción de jornada por fuerza mayor estuviese excluida. De hecho, la reducción de jornada por causas ETOP solo se reguló expresamente en el ET –no así en la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), donde aparecía anteriormente– a partir de la reforma laboral de 2010. En consecuencia, más que una exclusión de la reducción de jornada por fuerza mayor había una no-contemplación de la misma. Pero, con toda seguridad, una de las enseñanzas de la legislación de urgencia que debe convertirse en un recurso estructural de nuestro modelo consiste en una regulación precisa y útil de esta específica modalidad de regulación de empleo por fuerza mayor. En verdad, las normas que se han sucedido a lo largo del 2020 aún han dejado sin resolver bastantes dudas interpretativas que pueden plantearse.

Por otra parte, el incremento del ámbito de actuación de la fuerza mayor produce un correlativo retroceso de las causas ETOP. Es decir, a mayor ámbito de los ERTE por fuerza mayor, menor ámbito para las otras causas. Lo cual produce varias consecuencias, como va a explicitarse. Por ahora, hay que hacer referencia a una ciertamente trascendente, que es la menor presencia sindical y la menor importancia de los derechos de información y consulta, pues en los ERTE por fuerza mayor no existen las fases de consulta. Se trata de una consecuencia importante, en la que tales derechos de información se limitarán a derechos informativos, como va a expresarse.

El procedimiento de suspensión del contrato de trabajo o de reducción de jornada por fuerza mayor es uno de los aspectos menos innovadores de la legislación de urgencia. Se trata de una actividad administrativa de constatación, que se resuelve mediante una decisión que debe adoptarse en un plazo de 5 días a contar desde la solicitud. La única diferencia medianamente tangible, al margen del plazo, consiste en que el informe de la Inspección de Trabajo es facultativo. Por lo demás, es común a todas las demás causas, ya sea para adoptar una decisión extintiva, ya de reducción de jornada, su afectación cualquiera que sea el número de personas afectadas. Es este rasgo el que ha producido que se hayan acogido un gran número de pequeñas empresas a los ERTE a lo largo de la pandemia. Sin duda, el coste de gestión para ellas ha sido elevado, pero, en todo caso, en comparación con el expediente por causas ETOP, mucho más accesible.

Evidentemente, la medida suspensiva y de reducción de jornada en este contexto de las pequeñas empresas solo puede explicar su éxito cuantitativo a causa de las restricciones que se han impuesto a la extinción de los contratos. Sin embargo, da una pauta interesante, que se refiere a las mayores o menores utilidades que pueda tener un expediente más simplificado a la hora de que, verdaderamente, la suspensión y la reducción de jornada puedan valer como medidas de mantenimiento del empleo en las pequeñas empresas. En efecto, la experiencia ha puesto de manifiesto el reducido recurso de estas entidades, puestas en relación con las de mayor tamaño, a las medidas de regulación de empleo no extintivas, lo cual tiene una gran relación precisamente con los costes de gestión y con los costes económicos indirectos de dichas medidas. Enseguida se hace referencia a tales costes indirectos.

Por ahora, puede expresarse, como uno de los aprendizajes de esta época de pandemia, que unos expedientes más transitables y de tramitación algo más sencilla pueden ser ciertamente útiles en la funcionalidad última que tienen estas instituciones de evitar una pérdida masiva de puestos de trabajo.

4. Las vicisitudes de los ERTE por fuerza mayor a lo largo de la pandemia

En este epígrafe sería necesario comentar unas reglas preciosistas y plagadas de pequeños detalles. Va a evitarse un ejercicio demasiado minucioso y se opta por un comentario más general, pero que permite una contemplación más dinámica de la realidad que permitirá un mejor entendimiento de la misma.

De acuerdo con la disposición adicional primera del RDL 9/2020, de 27 de marzo, los ERTE por fuerza mayor constatada a lo largo del estado de alarma mantendrían su vigencia hasta que este fuera levantado, es decir, hasta la finalización del primer estado de alarma. Sin embargo, la previsión inicial fue modificada ya por medio del RDL 18/2020, de 12 de mayo, que fue la plasmación normativa del I Acuerdo Social en Defensa del Empleo (ASDE), suscrito por los interlocutores sociales y el Gobierno con fecha de 8 de mayo de 2020. De conformidad con dicha norma de urgencia, los ERTE que mantuvieran su vigencia aplicativa a 13 de mayo podían prorrogarse hasta el día 30 de junio. Ahora bien, en la lógica del acuerdo y de la norma subyacía la idea de incentivar las incorporaciones de personas trabajadoras a la actividad ordinaria, lo que se traducía en unas reglas de incentivo que bonificaban más las reincorporaciones que el mantenimiento, total o parcial, de la plantilla en la situación suspensiva o de reducción de jornada.

Poco más tarde se alcanzó el II ASDE, desarrollado por el RDL 24/2020, de 26 de junio, que marca un punto final: después de su entrada en vigor, ya no es posible solicitar nuevas suspensiones de contratos o reducciones de jornada al amparo del artículo 22 del RDL 8/2020. Pero esta regla no afecta a unos «ERTE de rebrote» regulados en su disposición adicional primera. Claro que estos ya no se tramitarían al amparo del referido precepto del RDL 8/2020, sino como expedientes ordinarios a través del artículo 47 del ET. Ahora bien, gozarían de los mismos derechos por lo que respecta a la protección de desempleo y de las mismas bonificaciones en forma de exención de cuotas para las empresas que los previstos en la normativa de urgencia.

Hay un tercer acto, propiciado por el III ASDE y su consecuente RDL 30/2020, de 29 de septiembre. En esa norma se opta por mantener las suspensiones de contratos y reducciones de jornada derivados de la COVID-19. En efecto, todos los que habían sido aprobados al amparo del RDL 8/2020 se prorrogaron hasta el 31 de enero de 2021, pero con una exoneración de cuotas mucho más restringida: solo destinada a aquellas empresas cuyas

actividades estén incluidas en los CNAE (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) listados en el anexo de la norma y a aquellas cuyo negocio dependa, indirectamente y en su mayoría, de las empresas con actividades del anexo, o que sean deudoras de su cadena de valor. De acuerdo con la disposición adicional primera de dicha norma, se entiende por tales aquellas entidades cuya facturación alcance al menos el 50 % en operaciones realizadas directamente con empresas del anexo. A tal efecto, la propia disposición adicional primera contemplaba un procedimiento ante la autoridad laboral para que esta declarase que las entidades interesadas se ubicaban dentro del ámbito de aplicación de las bonificaciones. Dicha declaración debía instarse antes del 19 de octubre de 2020. Como cuestión de materia laboral, es claro que las impugnaciones a las decisiones de la autoridad laboral debieron sustanciarse ante la jurisdicción social, por la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos.

Y en este tercer acto se regula una segunda versión de ERTE «de rebrote», en su artículo 2. Afectan, en primer lugar, a empresas de cualquier sector de actividad, que ven impedido el desarrollo de su producción en alguno de sus centros de trabajo como consecuencia de restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas a partir del 1 de octubre de 2020. Se trata, por consiguiente, de decisiones gubernativas o administrativas, cualquiera que sea la autoridad pública competente, que impiden totalmente la actividad en uno o varios centros de trabajo. Como elemento característico, la norma precisa que puede deberse a una decisión adoptada por una autoridad interna o extranjera. De nuevo, en términos muy claros, aparece la decisión pública como elemento desencadenante de la fuerza mayor, en contra de la tradición clásica de nuestro sistema que la ubicaba en el contexto de la causa organizativa o productiva.

Debe insistirse en la misma idea ya avanzada en relación con el RDL 24/2020: los ERTE «de rebrote» no se tramitan por el artículo 22 del RDL 8/2020, sino por el artículo 47 del ET y por el RD 1483/2012. O, por decirlo en términos más precisos, no se rigen por la primera norma, de modo que las segundas actúan como legislación exclusiva, no solo supletoria. Ahora bien, claramente se deduce del precepto de urgencia que se albergan no solo medidas suspensivas, sino también de reducción de jornada. En este sentido, es claro que la normativa de 2020 está incrementando la ductilidad del artículo 47 del ET. Uno y otro tipo de ERTE «de rebrote» dan lugar a bonificaciones, en los términos en los que se regulan en el RDL 30/2020.

Pero, en segundo lugar, se contempla otro tipo de ERTE «de rebrote», menos bonificado, y que también puede ser suspensivo o de reducción de jornada. Regulado en el artículo 2.2 del RDL 30/2020, se destina a empresas de cualquier sector que vean de alguna manera limitado el normal desarrollo de su actividad por causa de decisiones o medidas en este caso adoptadas por autoridades internas. No se entiende bien por qué no se tienen en cuenta a este respecto las decisiones administrativas o gubernativas de autoridades extranjeras, pero la dicción del precepto es, a estos efectos, indiscutible. Así pues, en este caso no se trata tanto de impedimentos en el desarrollo de la actividad, como de limitaciones, pero igualmente inducidas por decisiones públicas adoptadas para controlar el

desarrollo de la pandemia. Con todo, y esto es lo que importa destacar, de nuevo se trata de normas que agrandan el ámbito de juego de la fuerza mayor como causa para la adopción de medidas no extintivas del contrato de trabajo.

Y ha habido un cuarto episodio, resultante del IV ASDE y de su derivado RDL 2/2021, de 26 de enero, que ha mantenido los ERTE tramitados al amparo del RDL 8/2020 y los decididos por impedimento de actividad de acuerdo con el RDL 24/2020 y con el RDL 30/2020, así como los producidos por limitación del desarrollo normalizado de la producción de esta última norma de urgencia; todos ellos hasta el 31 de mayo de 2021 y con unas exoneraciones de cuotas específicas. Asimismo, podrán solicitarse nuevos ERTE de impedimento o limitación, en los mismos términos previstos en el RDL 30/2020. En realidad, se trata de unas medidas continuistas, cuyas ligeras diferencias con las previstas anteriormente no tienen excesiva trascendencia.

5. El ERTE por causas ETOP

En el contexto de la normativa de urgencia, se regula en el artículo 23 del RDL 8/2020, si bien también para él es de aplicación supletoria la normativa ordinaria –art. 47 ET y Reglamento aprobado por RD 1483/2012–.

Casi puede decirse que las causas ETOP son en este contexto un concepto supletorio. Es decir, cuando no concurra fuerza mayor, habrá que apelar a aquellas. En positivo habrá que aludir a una alteración de la actividad, con un trasfondo económico negativo, y en el que estén afectados, en su caso, problemas técnicos, organizativos o productivos adicionales. Claro que, como ya se ha expresado, un agrandamiento del concepto «fuerza mayor» va en detrimento del espacio de aplicación de las otras causas. Más bien, en el contexto actual, estas medidas se conciben como un artificio para la salida escalonada de las medidas adoptadas por fuerza mayor. Por lo tanto, desempeñan un papel más bien de complemento de estas últimas, que constituyen el núcleo de protección de ambas partes del contrato a los efectos del mantenimiento del empleo.

La mayor novedad que se aprecia en el artículo 23 en relación con la regulación ordinaria del artículo 47 del ET consiste en la identidad del sujeto representativo de los trabajadores y trabajadoras. Se produce una clara opción por la representación sindical en ausencia de representantes unitarios, en perjuicio de las representaciones *ad hoc* conformadas por personas designadas por el resto de la plantilla:

En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de

la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable plazo de 5 días.

La innovación consiste, así pues, en una modificación de las reglas del artículo 41: en estas, la opción por la representación sindical o por la designada *ad hoc* se expresa en términos de alternancia a elección en asamblea en los casos en los que no exista representación legal. Se quiere ahora, por consiguiente, evitar la participación a través de trabajadores y trabajadoras de la propia empresa designados *ad hoc* para la fase de consultas, al convertir esta posibilidad en subsidiaria para el caso de que no se conformase la representación sindicalizada. Sin lugar a dudas, todas las críticas que se han vertido sobre la intervención de representantes sin ninguna condición representativa previa, sin un respaldo sindical y sin el reconocimiento explícito de garantías para el desarrollo de su función han producido una decisión normativa como la que ahora se comenta.

La redacción difiere ligeramente, por lo que respecta a cómo se organiza la presencia en la fase de consultas de las organizaciones sindicales más representativas y suficientemente representativas, de la establecida en el ET, pero no parece que deba haber grandes problemas de interpretación a este respecto. Otra novedad es un acortamiento del plazo de constitución de la comisión representativa, que deberá producirse, en todo caso, en el improrrogable plazo de 5 días, frente a los 7 o 15 días que expresa el artículo 41.4 del ET, en atención a si los centros cuentan o no con representación unitaria.

Por lo demás, también se reduce la duración del periodo de consultas, hasta un máximo de 7 días, frente a los 15 días que expresa el artículo 47 del ET. Por su parte, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al igual que en el expediente por fuerza mayor, se convierte en potestativo. Deberá emitirse, en su caso, en un plazo improrrogable de 7 días, frente a los 15 días que rigen ordinariamente.

En seguimiento de una tradición muy consolidada históricamente, no existía en el caso de la suspensión del contrato por causas ETOP ninguna posibilidad de exoneración de cuotas. Sin embargo, y como va a verse, progresivamente se introdujo, a medida que se fueron prorrogando las medidas laborales en el contexto de la pandemia de la COVID-19.

En efecto, el RDL 18/2020 extendió el periodo de vigencia de estos ERTE hasta el día 30 de junio de 2020. E incluyó una novedad interesante, que expresa la finalidad que se le quería atribuir a estos ERTE: cabía negociar un ERTE por causas ETOP desde un ERTE por fuerza mayor, de tal forma que los efectos de aquel se retrotraerían a la fecha de finalización de este. La posibilidad de otorgarle efectos retroactivos a la decisión sobre medidas

suspensivas o de reducción de jornada carecía de precedentes en nuestro sistema de relaciones laborales en cuanto a las causas ETOP, y se limitaba a la causa de fuerza mayor. También a este respecto las normas de 2020 son muy innovadoras.

Por su parte, el RDL 24/2020 profundizó en algunos rasgos del anterior RDL 18/2020. En primer lugar, admite la posibilidad de continuar la puesta en marcha de ERTE por causas ETOP al amparo del artículo 23 del RDL 8/2020. A este respecto, se produce una solución desacompañada en relación con los ERTE de fuerza mayor: estos, «de rebrote», ya no se tramitaban a partir del RDL 24/2020 al amparo del artículo 22 del RDL 8/2020, sino de conformidad con el artículo 47 del ET. Sin embargo, los que se producen por causas ETOP se mantienen, en cuanto a su régimen jurídico, de conformidad con las reglas del RDL 8/2020, en este caso de su artículo 23. Esta posibilidad, en principio, se extendía hasta el 30 de septiembre de 2020.

Pero quizá lo más significativo del RDL 24/2020 haya consistido en extender las exoneraciones en las cuotas a las medidas de regulación temporal de empleo por causa ETOP; una medida que apenas cuenta con precedentes en nuestro sistema de relaciones laborales. Eso sí, se imponía a tal efecto una condición alternativa: que el ERTE procediera de un momento anterior a la vigencia del propio RDL 24/2020 o que, siendo posterior, sustituyera a un ERTE por fuerza mayor.

Este mismo régimen ha sido mantenido, en su esencia, en el RDL 30/2020, que lo prorroga hasta el 31 de enero de 2021. Cabe la puesta en marcha de nuevos ERTE por causas ETOP, así como la prórroga de los anteriores; todo ello al amparo del artículo 23 del RDL 8/2020 y con la aplicación supletoria del artículo 47 del ET. Ahora bien, el régimen de bonificaciones se ha restringido, pues solo alcanza a dos tipos de suspensiones de contratos o reducciones de jornada por causas ETOP: 1) aquellos producidos antes de la entrada en vigor del RDL 24/2020, o decididos con posterioridad, pero en este caso solo si procedían de un ERTE por fuerza mayor; 2) ERTE posteriores a la entrada en vigor del RDL 30/2020, pero que, o bien provengan de un ERTE por fuerza mayor, o se trate de empresas cuyos CNAE se ubiquen entre los contemplados en el anexo de la norma de urgencia, o bien se trate de empresas que dependan de las anteriores, o se integren en su cadena de valor, en los términos anteriormente analizados en cuanto a la fuerza mayor. Finalmente, el artículo 3 del RDL 2/2021 prorroga hasta el 31 de mayo de 2021 el régimen del anterior, tanto por lo que respecta a los expedientes iniciados antes como después de esta última norma de urgencia.

6. El compromiso de salvaguarda del empleo

Los avatares de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, desde su primera versión de marzo de 2020, también han sido bastante azarosos. Se trata de una cláusula cuya interpretación ha sido confusa y que, en cierta medida, lo sigue siendo, a pesar de sus sucesivas

versiones. Por otra parte, debe ponerse en relación con otros preceptos que persiguen la misma finalidad. En su esencia, se dirige a evitar que extingan contratos de trabajo aquellas empresas que han sido beneficiarias de descuentos o exenciones en las cotizaciones a causa de las suspensiones y reducciones de jornada de sus trabajadores y trabajadoras realizadas al amparo de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 y del artículo 47 del ET, con ocasión y durante la pandemia.

Como ya se ha puesto de manifiesto, a partir del RDL 24/2020 también los ERTE por fuerza mayor han sido bonificados. Por consiguiente, igualmente a ellos les afecta esta normativa. La cual hay que vincular actualmente con el artículo 5.2 del RDL 30/2020 –norma expresamente prorrogada hasta el 31 de mayo de 2021 por el art. 3.4 RDL 2/2021–, que extiende sus efectos a los ERTE de fuerza mayor o por causas ETOP que se acojan a bonificaciones previstas en dicha norma. Asimismo, hay que relacionarla con los artículos 4 y 6 del RDL 24/2020, en similares términos.

La interpretación de su alcance ha sido uno de los asuntos más discutidos de la normativa COVID-19 en cuanto se refiere a las medidas laborales. Por lo que respecta a su apartado 1, se expresa como sigue:

Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

Como parece indudable, las dudas se proyectan sobre todo en cuanto al entendimiento del concepto «fecha de reanudación de la actividad». Pese a la aclaración del mismo que se formuló inmediatamente a continuación, se han propuesto tres posibles interpretaciones del mismo:

- Desde la fecha de reincorporación de la primera persona, pues desde entonces se produce una reincorporación al trabajo efectivo que afecta, al menos, a una parte de la plantilla, por pequeña que esta parte sea. A partir de esta fecha, la empresa podría extinguir contratos sin que se viera afectada por las consecuencias de la disposición adicional.
- Desde que se reincorpora el último individuo de los involucrados en la reanudación de la actividad, pues dicha reanudación puede ser parcial. Difícilmente podría sostenerse esta opción, porque resulta poco conciliable con una adecuada sintaxis de la frase. Con todo, sería la interpretación más rígida y exigente en términos de mantenimiento del empleo.
- Desde la reincorporación de cada persona individualmente considerada y afectada por el ERTE se aplicaría la garantía del empleo en cuanto le afecta a ella de modo individual. Es decir, en los 6 meses siguientes su contrato no podría ser extinguido,

so pena de que la empresa tenga que devolver las cotizaciones indebidamente bonificadas, pero solo por lo que respecta a ese concreto trabajador o trabajadora.

Debe insistirse acerca de los problemas de la primera de las alternativas, sostenida por amplios sectores doctrinales, en términos de la endeblez de la propia garantía de mantenimiento del empleo. Además, lleva a otra consecuencia enormemente polémica: podría suceder y sucedería que una empresa, al mismo tiempo, fuese beneficiaria de las medidas de exoneración de cuotas y, sin embargo, no estuviese vinculada por compromiso alguno de mantenimiento del empleo y, en consecuencia, podría extinguir contratos de trabajo sin penalización alguna.

La consecuencia de incumplimiento del compromiso está claramente expuesta en el apartado 5 de la disposición adicional sexta aquí analizada:

Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.

Eso es todo. Resultaría discutible, en atención a las alternativas anteriormente expuestas, si la totalidad del importe de las cotizaciones se refiere al conjunto de personas de la empresa que hayan estado en situación suspensiva o de reducción de jornada bonificada o tan solo a aquellas cuyos contratos se han extinguido en incumplimiento de la salvaguarda así regulada. Pese a las dudas que se han planteado y a las diferentes respuestas aportadas, es razonable pensar que el incumplimiento se aplica a cada trabajador o trabajadora afectados individualmente considerados.

Ahora bien, en negativo hay que expresar que no se proyectan otras consecuencias diferentes del propio reintegro de las cotizaciones debidas con los recargos e intereses que procedan. Esto ha quedado claro desde el RDL 18/2020. Dicho en otras palabras, no ha lugar a que la empresa devuelva, en su caso, las prestaciones causadas por quienes no reunían la carencia mínima, o que se pudiese producir, hacia el futuro, alguna responsabilidad de la empresa en orden a las prestaciones por desempleo a causa de una hipotéticamente indebida reposición de las cotizaciones consumidas. Por consiguiente, los concretos derechos en relación con la protección por desempleo específicamente reconocidos en la normativa aprobada con la pandemia no se ven afectados en modo alguno por dichos incumplimientos de la empresa.

Desde otra perspectiva, la garantía de empleo no afecta a una hipotética calificación del despido, a cuyo efecto habrá que recordar la prohibición que se contiene en el artículo 2 del RDL 9/2020:

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 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Sin entrar ahora en la difícil y controvertida exégesis de este precepto, es claro que nada tiene que ver con la disposición adicional sexta del RDL 8/2020: una cosa es la garantía de empleo y otra muy diferente la calificación del despido. Por otro lado, no debe olvidarse que la vigencia de este artículo 2 ha sido prorrogada hasta el 31 de mayo de 2021 (art. 3.6 RDL 2/2021).

En otro orden de ideas, el apartado segundo de esta disposición adicional lista una serie de extinciones de contratos de trabajo que no se toman en consideración a los efectos del cumplimiento o incumplimiento de la garantía de mantenimiento del empleo:

No se considerará incumplido dicho compromiso 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, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Al margen de alguna pequeña duda que puede plantear el específico caso del trabajo fijo-discontinuo, merece comentarse el de los contratos temporales, por dos motivos, uno interpretativo y otro de política legislativa. Por lo que respecta al interpretativo, porque la interpretación conjunta de este apartado con el artículo 5 del RDL 9/2020 no es del todo fácil, en relación con el controvertido asunto de la interrupción del cómputo de los contratos temporales. En cuanto al de política legislativa, una vez más el trabajo temporal aparece como el gran perdedor de todas las crisis. Ni siquiera en este caso –y eso ya se vio claro a partir del RDL 18/2020– el Gobierno, al aprobar el real decreto-ley, o las partes sociales, al pactar el ASDE en sus sucesivas versiones, han sido capaces de proteger a las personas sometidas a contratos a término. En mi opinión, la interpretación conjunta de dicho artículo 5 con la esencia de la garantía de empleo hubiera permitido unas soluciones algo más innovadoras. Pero de nuevo se opta por no poner ningún elemento paliativo a la extinción de los contratos que actúan, realmente, como parachoques y amortiguadores de todas las crisis de empleo que hay.

Al margen de esta crítica, se desencadena otra consecuencia en caso de incumplimiento de la garantía de empleo: indudablemente –o al menos con toda probabilidad– se habrá

consumado la infracción administrativa grave contenida en el artículo 22.9 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social:

Obtener o disfrutar indebidamente cualquier tipo de reducciones, bonificaciones o incentivos en relación con el importe de las cuotas sociales que corresponda, entendiéndose producida una infracción por cada trabajador afectado, salvo que se trate de bonificaciones de formación profesional para el empleo y reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral, en la que se entenderá producida una infracción por cada empresa y acción formativa.

Realmente, se trata de una consecuencia importante, por producirse el ilícito administrativo en relación con cada persona con la que se hubiese incumplido el compromiso de empleo. De manera tal que la efectividad de la garantía puede quedar más consolidada con este elemento, que sin duda puede tener un gran efecto disuasorio para las empresas que valoren la extinción de contratos de trabajo durante la vigencia de la garantía de empleo.

7. Medidas en torno a la prestación por desempleo

Sin duda alguna, la medida más importante ha consistido en la conocida «reposición» de la prestación por desempleo. Es decir, la técnica en virtud de la cual no se consumen las cotizaciones a causa del disfrute de prestaciones derivadas de los ERTE por fuerza mayor o por causas ETOP. Se trata de una herramienta que cuenta con claros precedentes en nuestra normativa de protección del paro forzoso. Con anterioridad a 1993, solo para el caso del desempleo por suspensión del contrato por fuerza mayor. Ya en fechas más recientes, se ha introducido, en regla que mantiene su vigencia, para el caso de la suspensión del contrato de la mujer víctima de violencia de género a la que sigue una extinción del contrato por el mismo motivo. A lo largo de la crisis económica que se inicia en el año 2008, la reposición se utiliza con mayor amplitud, a través de una serie de normas de urgencia que se prorrogan y reeditan a lo largo de varios años.

La reposición de la prestación ha sido la técnica básica para ofrecer seguridad a quienes se encontraban en la situación de ERTE, cualquiera que fuese su causa. Se ha regulado de una forma prolija, en unos términos a cuyo comentario más concreto no va a descenderse, en el artículo 25 del RDL 8/2020. Se mantuvo con amplitud hasta el 30 de septiembre de 2020 y, sin duda, constituyó uno de los asuntos más conflictivos hasta que se alcanzó el III ASDE, que dio lugar al RDL 30/2020. Sintéticamente, puede expresarse que se aplica en toda su extensión a las nuevas prestaciones derivadas de ERTE decididos a partir de la entrada en vigor del RDL 30/2020. En cuanto a los ERTE anteriores, a partir de esta entrada en vigor, las personas afectadas comienzan a consumir cotizaciones, conforme a las reglas generales previstas para la prestación por desempleo. Ahora bien, ello no será así si el

contrato se extingue antes del 1 de enero de 2022 por expiración del término, despido, individual o colectivo, por causas ETOP o despido disciplinario improcedente. En apariencia, esta norma es susceptible de producir una importante litigiosidad por fraude de ley en el acceso a la prestación por desempleo, en unos términos parecidos a otros bien conocidos en los que la entidad gestora denegaba sistemáticamente la prestación por presunción de fraude. Claro que este asunto, en términos generales, es uno de los muchos que siempre se escapan de un debate mínimamente serio. Por su parte, el artículo 4.1 a) del RDL 2/2021 mantiene en toda su extensión esas reglas de reposición, contenidas en el artículo 8.7 del RDL 30/2020, aplicables también a los nuevos expedientes.

Una técnica novedosa que se ha incorporado en el RDL 8/2020 y que se ha mantenido, incluido el RDL 2/2021, consiste en reconocer la prestación por desempleo a todos los trabajadores y trabajadoras, incluidos quienes no cuenten con la cotización suficiente para acceder a la misma de conformidad con el artículo 269 de la LGSS. Ha formado parte importante del llamado «escudo social», pues ha permitido que puedan acceder con gran generalidad a la cobertura por paro forzoso las personas afectadas por los ERTE, a la vez que se ha conseguido con esta medida que no haya diferencias de trato por el hecho de que parte de la plantilla no pudiera ser incluida en las medidas suspensivas o de reducción de jornada para no quedar desprotegida y sin ningún ingreso económico. Evidentemente, se trata de una medida de gran impacto, y también de alto coste, en un marco de relaciones laborales como el nuestro tan afectado por la rotación y por la existencia de un elevado porcentaje de temporalidad.

Asimismo, se mantienen unas reglas especiales dirigidas al trabajo fijo-discontinuo, dirigidas a su protección, en relación con la frustración de los llamamientos. Sin duda, se trata de medidas paliativas importantes y necesarias, que se regulan de forma conveniente y convincente en el contexto de la urgencia derivada de la pandemia. Sin embargo, hay una labor pendiente más estructural y de fondo en relación con estos colectivos, que consiste en diferenciar con claridad cuándo están en periodo de inactividad y cuándo deberían acogerse a una medida suspensiva o de reducción de jornada de conformidad con el artículo 47 del ET. Es un asunto muy insatisfactoriamente resuelto por una práctica administrativa diversa, que a veces hunde sus raíces en unos convenios colectivos que regulan en términos muy dispares la identificación de los periodos de actividad y de inactividad.

Una regla muy característica, razonable y efectiva, sobre todo en el contexto del confinamiento de la primera fase del estado de alarma, consistió en la habilitación de un procedimiento de solicitud colectiva de la prestación, que debe tramitar la propia empresa que se acoge a la medida suspensiva o de reducción de jornada, cualquiera que sea su causa. Este procedimiento ha perdurado hasta ahora. En efecto, a él se refiere y a él remite el artículo 8 del RDL 30/2020, al que ahora reconduce el artículo 4 del RDL 2/2021.

Hay que aludir a una ulterior medida que ha puesto en marcha el RDL 30/2020. Su entrada en vigor coincidía con el tiempo en el que las personas que habían estado ininterrumpidamente con el contrato suspendido desde el comienzo de la pandemia alcanzaban su

séptimo mes. Por lo tanto, y de acuerdo con la normativa vigente a partir del RDL 20/2012, de 13 de julio, su prestación en ERTE debía reducirse desde el 70 hasta el 50 % de la base reguladora. A los efectos de evitar tal consecuencia, se dicta regla expresa de mantenimiento del porcentaje en el 70 % después del día 180 de prestación, pero solo –por ahora– hasta el 31 de mayo de 2021, de acuerdo con el artículo 8.4 del RDL 30/2020, puesto en conexión con el artículo 4 del RDL 2/2021.

8. Conclusión

Ya se ha expresado en alguna ocasión que ciertas de las reglas incorporadas en el régimen legal de los ERTE previsto específicamente para la pandemia de la COVID-19 deberían trasladarse al régimen ordinario de las suspensiones del contrato y reducciones de jornada por causa ETOP o por fuerza mayor. Entre los aspectos más dignos de tenerse en cuenta a esos efectos, deberían destacarse los siguientes:

- a) El acortamiento de los plazos y la simplificación de los trámites. Quizá se trate del asunto más importante de todos, en relación con los costes de gestión que conlleva la tramitación de un ERTE. En particular, los que se tramitan por causas ETOP se ven rodeados de unos excesivos requisitos, especialmente dificultosos para las pequeñas empresas. La inaplicación de los umbrales del artículo 51 del ET produce que la suspensión o la reducción de jornada para un número muy reducido de contratos lleve aparejada una fase de consultas y la tramitación de un expediente ciertamente complejo. Además, y en particular a partir de la reforma laboral de 2012, el papel que le corresponde desempeñar a la autoridad laboral ha quedado muy desdibujado. En contraste, las normas de urgencia, y, en particular, el recurso a la fuerza mayor, han permitido comprobar que, pese a las evidentes dificultades, las pequeñas empresas han podido, en términos generales, arrostrar los referidos costes de gestión. Con todo, y al margen de los específicos trámites que sean necesarios y los formalismos concretos que puedan suprimirse, la experiencia ha puesto de manifiesto que la simplificación es conveniente y necesaria.
- b) La inexistencia de representación legal en los ámbitos en los que deben desarrollarse las fases de consulta ha sido uno de los aspectos más polémicos de la normativa laboral a partir de la reforma de 2010. La alternancia entre confiar la representación en dichas fases o bien a unos trabajadores y trabajadoras designados por ellos mismos en asamblea o a organizaciones sindicales representativas se convierte en el RDL 8/2020, en cuanto a los ERTE por causas ETOP, en una preferencia por la segunda alternativa. Lo cual es totalmente razonable, y no solo por una adecuada, experimentada y robusta representación social en las fases de consultas. También porque la preferencia por la participación sindical es más

eficiente, sencilla y expeditiva en términos de conformación de la comisión negociadora y celebración temporánea de la fase de consultas.

- c) La necesidad ha obligado a concederle un protagonismo inusitado a la fuerza mayor como causa predominante de las medidas de suspensión del contrato y de reducción de jornada tramitadas como ERTE. Quizá esta preponderancia sea impropia de una época ordinaria, pero también es razonable preguntarse sobre si sería adecuado repensar el ámbito de la fuerza mayor como causa de regulación temporal de empleo. Entre el concepto demasiado expansivo que se utiliza para las horas extraordinarias y el entendimiento tan restrictivo que se ha observado tradicionalmente en cuanto al artículo 47 del ET, probablemente haya un espacio intermedio virtuoso que ponga de relieve que en no pocas ocasiones hay una imperiosa necesidad de suspender contratos o reducir jornada que no se ajusta naturalmente a las causas ETOP. El contexto de las decisiones administrativas o gubernativas podría ser un buen ejemplo, cuando menos en determinadas circunstancias.
- d) Que no se regule en el artículo 47 un ERTE por fuerza mayor de reducción de jornada no quiere decir que haya estado excluida esta posibilidad. Sin embargo, las vicisitudes de la pandemia, y los sucesivos periodos de escalada y desescalada, han puesto de manifiesto que hay un espacio importante de compatibilidad entre ambas –fuerza mayor y reducción de jornada–. Seguramente, el RDL 8/2020 deje una estela que admita una práctica administrativa de aplicación del artículo 47 y admisión de este tipo de ERTE. En realidad, en el RDL 24/2020, en el 30/2020 y en el 2/2021 ya se aprecia esta tendencia y se da por supuesta normativamente. Pero hace falta que se consolide y, seguramente, que se admita de modo expreso en el artículo 47 del ET.
- e) En los sucesivos reales decretos-leyes se ha ensayado una técnica que cuenta con escasos precedentes: la posibilidad de que los efectos de la medida suspensiva o de reducción de jornada se retrotraigan a una fecha anterior a la propia decisión. Esta hipótesis existió tradicionalmente para la fuerza mayor, pero no para las causas ETOP. No parece razonable que se predique con carácter general, pero sí sería oportuno contemplar la hipótesis de que, en algunos supuestos y a la vista de las circunstancias, resulte apropiado permitir que los efectos de la decisión empresarial puedan proyectarse, en cierta medida, a momentos previos. Ello, por supuesto, reconociendo que la regla general que debe mantenerse es la de la irretroactividad de la misma.
- f) Asimismo, ha sido novedoso que, a partir del RDL 24/2020, se hayan bonificado también los ERTE por causas ETOP y no solo los ERTE por causas de fuerza mayor. Es, al igual que otras, una regla que cuenta con escasos precedentes, al margen de ciertas normas procedentes casi siempre de comunidades autónomas que subvencionaban las cotizaciones a la Seguridad Social en algunos supuestos específicos de suspensiones de contratos. De nuevo habría que plantearse con

cierta mayor reflexión los límites entre las situaciones en las que las cuotas a la Seguridad Social deberían ser bonificadas. Claro que es una cuestión que debería debatirse alrededor de una revisión general de la prestación por desempleo; una materia sobre la que ha existido demasiada política cortoplacista y una falta de debate estructural de futuro.

- g) Y algo parecido habría que afirmar en relación con el asunto de la reposición de la prestación por desempleo. El temor razonable a que haya un fuerte repunte de las extinciones de contratos tan pronto como se suavice la garantía de estabilidad en el empleo y se levante, total o parcialmente, la limitación causal a los despidos incorporada en el artículo 2 del RDL 9/2020 plantea este asunto, que desde luego también está ligado a la sostenibilidad, en el corto y en el medio plazo, de las prestaciones por desempleo. La reposición es un debate que solo aparece en momentos críticos, pero que seguramente debería suscitarse también en otro tipo de épocas, pero en las que, asimismo, existen empresas en situaciones difíciles en las cuales es muy probable el tracto suspensión-extinción de los contratos. Que esta técnica solo exista, al margen de circunstancias como la actual, para el colectivo de mujeres víctimas de violencia de género tal vez debería revisarse críticamente. Pero, tal y como se ha apuntado en el párrafo anterior, en el marco de una reflexión más amplia sobre la prestación por desempleo.

Todo lo dicho hasta ahora, contextualizado en la serie de normas de urgencia, debería ser completado con cuatro ideas finales. Expresadas telegráficamente:

- a) El sistema vigente es disfuncional, en particular para la pequeña empresa. La experiencia que deja la pandemia consiste en muchas pequeñas empresas acogidas a los ERTE por fuerza mayor. Ahora bien, el coste de gestión ha sido abrumador, tanto para la propia Administración pública autonómica, como para las gestorías que han asumido esta tarea ingente de tramitación de un inmenso caudal de procedimientos. Es lícito preguntarse en qué y hasta qué punto se puede facilitar la adopción de estas medidas de mantenimiento del empleo. Aparentemente, la gestión administrativa no ha aportado demasiado, al margen de unas posibilidades de control para las cuales tal vez algunos trámites han sido redundantes.
- b) Una vez más debe repetirse que no tiene sentido la generalidad con la que se exige la fase de consultas en los ERTE por causas ETOP, sin que se apliquen los umbrales previstos en el artículo 51 del ET. No quiere defenderse aquí un descenso de los derechos de participación, ya sea a través de las organizaciones sindicales, ya de las representaciones unitarias. Pero los mecanismos tienen que ser más proporcionados y, desde luego, no más exigentes para las suspensiones que para los despidos. Es necesario articular un sistema que aporte suficientes resortes de control y, al mismo tiempo, la flexibilidad exigible, en aras de un mejor y mayor mantenimiento del empleo.

- c) En este sentido, hay que apelar al papel de la autoridad laboral que tiene que revisarse en gran medida. Cualquier análisis mínimamente crítico pone de manifiesto que la reforma laboral de 2012 dejó, por lo que a la regulación de empleo se refiere, una autoridad laboral limitada, sin un papel claro y, desde luego, infrutilizada. Si esto es muy evidente en relación con los despidos colectivos, lo es mucho más en relación con las suspensiones y reducciones de jornada del artículo 47. La experiencia acumulada en largos años permitiría un papel mucho más proactivo, en la línea de lo que establece la Directiva 98/58/CE, de despidos colectivos, y mucho más útil para sortear estas situaciones negativas, pero en las que la situación ETOP o de fuerza mayor no es irreversible.
- d) Finalmente, no puede concebirse, como se ha hecho tradicionalmente, la institución del artículo 47 desde la perspectiva del fraude de ley en el acceso a la prestación por desempleo. Se trata de una perspectiva muy desenfocada. Incluso es paradójico que se mantenga con todo celo en cuanto a las suspensiones y reducciones de jornada cuando se levantó ya hace bastantes años, sin ninguna moderación, para las extinciones de contratos a partir de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Entre los excesos de esta y la postura demasiado rígida de aquella, hay sin duda una posición intermedia en la que la autoridad laboral debería valer para lo más importante: para buscar soluciones y compromisos político-sociales en estas circunstancias.