

A METAMORFOSE DOS MECANISMOS DE SUSPENSIÓN DO CONTRATO E REDUCIÓN TEMPORAL DE XORNADA NA REFORMA LABORAL DE 2021*

JAIME CABEZA PEREIRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo
jcabeza@uvigo.es

RESUMO

O mantemento do emprego en épocas desfavorables constitúe un dos grandes retos do mercado de traballo español. Tradicionalmente, as sucesivas crises xeraron destrucións de emprego masivas e abocaron a inmensas cohortes de persoas traballadoras á situación de desemprego. A experiencia da pandemia producida pola COVID-19 enviou unha mensaxe de esperanza, pois foi posible conter o emprego mediante sistemas mellor organizados de suspensión do contrato e redución de xornada. Con esa experiencia, a reforma do 2021 modificou a regulación das ditas medidas adoptadas por causas económicas, técnicas, organizativas e de produción ou de forza maior mediante unhas regras máis ambiciosas e arrodeadas de instrumentos de protección das persoas e das empresas afectadas. Ademáis, se introduciu un mecanismo novidoso, chamado "Mecanismo REDE", no que se confire un gran protagonismo á autoridade gubernativa e á administración laboral para que as empresas afectadas por crises económicas cíclicas ou por retos de transformacións sectoriais poidan acollererse a tales medidas. Neste artigo se valora criticamente a nova normativa, resaltando as súas fortalezas e debilidades.

Palabras chave: ERTE; forza maior; suspensión do contrato, redución de xornada.

Dedico este artigo á memoria do meu querido amigo Fernando Martínez Randulfe, persoa imprescindible na miña vida.

Recibido: 17/04/2022 — Aceptado: 06/04/2022

RESUMEN

El mantenimiento del empleo en épocas desfavorables constituye uno de los grandes retos del mercado de trabajo español. Tradicionalmente, las sucesivas crisis han generado destrucciones de empleo masivas y han abocado a inmensas cohortes de personas trabajadoras a la situación de desempleo. La experiencia de la pandemia producida por la COVID-19 ha enviado un mensaje de esperanza, pues ha sido posible contener el empleo mediante sistemas mejor organizados de suspensión del contrato y reducción de jornada. Con esa experiencia, la reforma de 2021 ha modificado la regulación de la dichas medidas adoptadas por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción o de fuerza mayor mediante unas reglas más ambiciosas y rodeadas de instrumentos de protección de las personas y de las empresas afectadas. Además, ha introducido un mecanismo novedoso, llamado "Mecanismo RED", en el que se confiere un gran protagonismo a la autoridad gubernativa y a la administración laboral para que las empresas afectadas por crisis económicas cíclicas o por retos de transformaciones sectoriales puedan acogerse a tales medidas. En este artículo se valora críticamente la nueva normativa, destacando sus fortalezas y sus debilidades.

Palabras clave: ERTE; fuerza mayor; suspensión del contrato, reducción de jornada.

ABSTRACT

Maintaining employment in unfavorable times is one of the great challenges of the Spanish labor market. Traditionally, successive crises have generated massive job losses and have led huge cohorts of working people to unemployment. The experience of the pandemic produced by COVID-19 has sent a message of hope, since it has been possible to contain employment through better organized systems of contract suspension and reduction of working hours. With this experience, the 2021 reform has modified the regulation of said measures adopted for economic, technical, organizational and production reasons or force majeure through more ambitious rules and surrounded by tools

designed to protect the people and companies affected. In addition, it has introduced a novel mechanism, called the "NET Mechanism", in which a major role is given to the government authority and the labor administration so that companies affected by cyclical economic crises or by challenges of sectoral transformations can take advantage of such measures. This article critically assesses the new regulations, highlighting their strengths and weaknesses.

Keywords: Employment hiring; Unconstitutionality; Fake TRADE; Determined work or service; 2021 labor reform.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN; 2. O ÁMBITO CAUSAL; 3. A PARTICIPACIÓN DAS PERSOAS TRABALLADORAS; 4. AS NOVIDADES DA SUSPENSIÓN E REDUCIÓN DE XORNADA POR CAUSAS ETOP; 5. AS NOVIDADES DA SUSPENSIÓN E REDUCIÓN DE XORNADA POR FORZA MAIOR; 6. REGRAS COMÚNS AOS EXPEDIENTES ETOP E DE FORZA MAIOR, EN AMBAS AS MODALIDADES; 6.1. REGRAS SUBSTANTIVAS; 6.2. REGRAS DE ACOMPAÑAMENTO; 6.2.1. O desenvolvemento de accións formativas; 6.2.2. As exencións de cotización; 6.2.3. Protección por desemprego; 7. O MECANISMO REDE DE FLEXIBILIDADE E ESTABILIZACIÓN DO EMPREGO; 7.1. COMENTARIOS XERAIS; 7.2 TIPOLOXÍA E ACTIVACIÓN; 7.3. O EXPEDIENTE AMPARADO NO MECANISMO REDE; 7.4. A PROTECCIÓN SOCIAL DAS PERSOAS AFECTADAS POR MEDIDAS AMPARADAS NO MECANISMO REDE; 7.5. FINANCIAMENTO, COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN; 8. CONCLUSIÓN; 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A normativa de emerxencia aprobada en resposta á pandemia da COVID19 supuxo o gran salto adiante dos mecanismos de mantemento do emprego mediante suspensións e reducións de xornada. En realidade, a preposición "mediante" require que se engadan outros instrumentos que foron engadidos, case ao mesmo nivel de

importancia que a propia incidencia no contrato de traballo. Refírome, por unha banda, ás medidas de Seguridade Social, xa sexan as de protección ás persoas traballadoras afectadas por aquelas, xa as de alivio para as empresas das cotizacións sociais, así como o condicionamento destas últimas a compromisos verificables de mantemento do emprego. Por outra, ás regras de incentivo da formación das persoas traballadoras afectadas, para os efectos de que manteñan e melloren a súa profesionalidade e as súas expectativas de atopar ocupacións alternativas, sexa na mesma ou noutra empresa. Debe explicitarse, así pois e xa dende o principio, que a estrutura dos coloquialmente denominados “ERTES” aglutina resortes máis complexos e variados, de cuxa suma debe explicarse a maior ou menor utilidade de todo o sistema e as perspectivas que poden formularse ao redor del¹.

É dicir, a estrutura normativa de mantemento do emprego enriqueceuse con novas regras, algunhas claramente inspiradas en medidas ensaiadas tempo atrás², e outras aprobadas por primeira vez. A pandemia foi, en realidade, o gran banco de probas, do cal se serviu o RD-Lei 32/2021 para incluír unha parte moi substancial dos seus contidos. Pero sería parcial expresar esa influencia sen engadir que, ademais, a norma de urxencia incorpora contidos moi novos, que á súa vez entrañan unha innovación moi grande en termos de técnica regulatoria e de política de relacións

¹ Como expresa a doutrina, nesta estrutura normativa todas as partes gañan: as organizacións sindicais, pois prosperan medidas para protexer o emprego en épocas de crises e sustento económico ás persoas afectadas; as organizacións empresariais, que conseguen incentivos que reducen custos en Seguridade Social e reciben estímulo económico; e o Goberno, que se dota de maiores e mellores instrumentos de intervención. Así o expresa RAMOS QUINTANA, M., *La flexibilidad interna en la reforma laboral: medidas temporales y permanentes para apoyar a las empresas y sostener el empleo ¿una opción prioritaria frente al despido?*, Trabajo y Derecho, nº 87, 2022.

² Véxase, por exemplo, CABEZA PEREIRO, J., *Expedientes de regulación de empleo suspensivos como herramienta de mantenimiento del empleo: propuestas y alternativas*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº 5, 2009, pp. 34 ss. e CABEZA PEREIRO, J., “La suspensión del contrato y la reducción de jornada al amparo del artículo 47 del estatuto de los Trabajadores”, VV.AA. (dirs. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. e TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.), *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares (Granada, 2011) pp. 263 ss.

laborais. Estes contidos, nos seus trazos básicos, foron anunciados no Compoñente 23 do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia de 2021³. Pero, certamente, a súa plasmación normativa introduce innovacións de gran transcendencia, que suscitan bastantes dúbidas, nalgúns casos.

O renovado réxime do art. 47 e a aparición dun art. 47 bis requiren, por outra banda, de certo desenvolvemento regulamentario, tanto por remisións explícitas dun ou outro precepto, como por aspectos normativos que deben precisarse. Neste sentido, é de esperar unha modificación de certa entidade do Regulamento dos procedementos de despedimento colectivo e de suspensión de contratos e redución de xornada (RD 1483/2012, do 29 outubro). Á espera de que se aprobe, non poucos aspectos de relevo quedan á eventualidade da súa publicación e entrada en vigor.

Así trazado o novo marco legal, non é en absoluto unha reacción fronte á reforma de 2012, aínda que si entra en confrontación con ela por un motivo distinto: en 2012, as modificacións que se produciron no art. 47 ET, sen dúbida de entidade, non tiveron un gran calado político nin unha substantividade autónoma excesiva. Máis ben eran cambios derivados dos máis de fondo que se produciron en materia de despedimentos colectivos, sen que poida dicirse que a Lei 3/2012 tivese entre os seus obxectivos básicos o de dotar de máis relevo e de máis incidencia real as suspensións e reducións de xornada por causas económicas, técnicas, organizativas e de produción e de forza maior⁴. De feito, o

³ Sobre el, ROJO TORRECILLA, E., *La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación*, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, nº 467, 2022, p. 98-9 e MARTÍNEZ BARROSO, R., *El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios*, Colección briefs de la AEDTSS, 2022, en <https://www.aedtss.com/erte-flexibilidad/>.

⁴ Predicaba respecto diso a súa exposición de motivos o seguinte: “a presente Lei pretende afianzar este mecanismo alternativo aos despedimentos, dándolle axilidade mediante a supresión do requisito de autorización administrativa e establecendo unha prórroga do sistema de bonificacións e reposición de prestacións por desemprego previsto para estes supostos”.

máis destacado consistía na eliminación do sistema de autorización administrativa -o cal, de forma reflexa, impoñía cambios en relación cos procesos de impugnación das decisións empresariais- e nunha redefinición das causas, sen dúbida ancilar da que se producía no art. 51, pero sen unha entidade propia e diferenciada. Neste sentido, si que pode apreciarse certa continuidade argumental entre a reforma de 2010 -a primeira que expuxo obxectivos ambiciosos ao redor da suspensión e redución de xornada como mecanismos útiles de mantemento do emprego, aínda que cuns resultados bastante discretos- e a de 2021. Percíbese entre ambas unha clara lóxica secuencial, non contradicida pola de 2012, aínda que esta de menor relevo que as outras dúas.

Con estas premisas, nas páxinas que seguen van comentarse os cambios introducidos co RD-Lei 32/2021. Dende logo, hai que facer referencia separada á nova institución que se regula no novo art. 47 bis ET, pero sen que por iso deba divorciarse todo o fío argumental, porque, dende logo, hai unha evidente unidade de lóxica argumental entre a redución de xornada ou suspensión do contrato por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción ou derivadas de forza maior (art. 47) e o mecanismo REDE de flexibilidade e estabilización do Emprego (art. 47 bis). Con todo, as regras do primeiro dos ditos preceptos que se manteñen inalteradas apenas van ser comentadas, agás que, por un motivo ou outro, deba facerse referencia a elas para contrastar certas ideas ou realizar valoracións de conxunto.

Dende unha perspectiva externa, deben destacarse tres trazos da nova redacción do art. 47 moi evidentes, dous explícitos e un implícito: un deles consiste en que a redución de xornada ponse ao mesmo nivel de regulación que a suspensión do contrato. Mesmo, como vai precisarse máis adiante, recoñéceselle preferencia aplicativa. Ata o de agora, e despois de ser considerada por primeira vez no Estatuto dos traballadores na reforma de 2010 -aínda que xa anteriormente recoñecía explicitamente na lexislación de Seguridade Social, en canto á protección por desemprego-, regulábase de forma acesoria, como un engadido ao tronco común do art. 47, protagonizado pola suspensión do contrato. O segundo consiste en que se produce, de forma

consecuente, unha maior e máis adecuada distribución en apartados. É dicir, o art. 47 mellora indubidablemente en sistemática, corrixindo unha situación anterior caracterizada por un apartado 1 moi confuso. O terceiro, nun plano máis de contidos, refírese á renovada identidade do art. 47 e do art. 47 bis. Sistemáticamente situados na sección terceira do capítulo III, Título I do ET, dedicada a “suspensión do contrato”, só de forma parcial pode dicirse que hai unha suspensión de traballo. Non se trata só da alternancia ou da prioridade da redución de xornada -que mesmo chega á propia rúbrica do art. 47-, senón tamén doutros trazos que caracterizan a nova regulación, en particular as afectacións e desafectacións sucesivas, que suscitan un grao importante de dispoñibilidade das persoas afectadas polas medidas, así como a probabilidade de que a empresa desenvolva accións formativas, nos termos previstos nos propios arts. 47 e 47 bis, en relación coa disposición adicional 25 ET.

2. O ÁMBITO CAUSAL

Non houbo a este respecto, en canto ás causas económicas, técnicas, organizativas e de produción, alteracións relevantes, máis que de maneira reflexa, como vai verse en relación coa forza maior. En contraste coa súa redacción antecedente, o art. 47 fai fincapé agora no seu apartado primeiro no carácter temporal, tanto da medida como da causa que a xustifica, o cal ata o de agora só se deducía claramente da identidade da medida, suspensiva⁵.

Por conseguinte, non é necesario agora deterse na análise do apartado 2, que nada innova, máis aló do diferente contexto no que se insire. Si que debe formularse, vista a preeminencia que a reforma de 2021 concede ás medidas do art. 47, se talvez non sería conveniente ampliar a distancia entre o entendemento das causas para os efectos de

⁵ Sobre a reforma de 2012 nesta materia, GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”, en VV.AA. (dirs. GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I. e MERCADER UGUINA. J.R.) *Reforma Laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova (Valladolid, 2012) pp. 241 ss.

suspensións e reducións de xornada por unha banda e despedimentos por outro. Como é evidente, ese propósito non se consegue facilmente se se opta por non modificar a normativa de extinción do contrato, pero sen dúbida a proximidade entre o apartado 2 do art. 47 e o apartado 1 do art. 51 constituíu no seu momento sinal de identidade da reforma de 2012. En realidade, resulta imposible identificar e prescribir un espazo suficiente das medidas non extintivas mentres que as extintivas non se retiren ao espazo das situacións graves e permanentes.

Con todo, debe recoñecerse que a utilidade das decisións suspensivas e de redución de xornada e a súa diferenza coas extintivas, polo que respecta ao ámbito causal, non repousou tanto na intensidade intrínseca coa que aparecen, senón no seu carácter conxuntural ou estrutural. De feito, a doutrina que se expuxo ao redor dos límites entre ambas centrouse en particular nesa diferenza, e nas consecuencias que dela se derivan. Trátase dunha doutrina xudicial amplamente coñecida, sobre a que agora sobran maiores comentarios⁶.

Si que houbo un cambio fundamental ao redor da forza maior temporal, ensaiado amplamente coa lexislación de urxencia da Covid-19 para partir do art. 22 do RD-Lei 8/2020, de 17 marzo⁷. Trátase dunha versión diferente daquela, considerada agora, con bo criterio, de forma diferenciada da ordinaria no apartado 6 do art. 57. Xunto á forza maior clásica, definida por remisión ao concepto desenvolvido no Dereito común, aparece unha que pode considerarse “impropia”, e que alberga todas as decisións da autoridade administrativa que produzan impedimentos ou limitacións na actividade normalizada da empresa. Como é razoable, non se trata só das actuacións públicas orientadas á protección da saúde pública -aínda que o precepto as utiliza a modo de

⁶ Sobre ela, CABEZA PEREIRO, J., J., “Suspensión del contrato o redución de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de produción o derivadas de fuera mayor”, en VV.AA. (coord. GOERLICH PESET, J.M.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2016) pp. 891 ss.

⁷ Expresando esta idea, DE LA PUEBLA PINILLA, A., *El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión de contratos por causas Etop y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo*, Labos, vol 3, 2022, p. 87.

exemplo- senón todas aquelas que desencadeen tales efectos, calquera que sexa o ámbito da actividade produtiva de que se trate. En realidade, consiste, no larguísimoo prazo, en reverdecer unha vella disputa doutrinal, que agora se salda contrarrestando a doutrina da Sala 3ª do TS, que considerara como causa diferente da forza maior algunha manifestación do denominado *factum principis*⁸.

É interesante esta revisión conceptual e ampliación do ámbito da forza maior temporal, mesmo dende o punto de vista do contraste coa referida doutrina xudicial. Daquela, expúñase no contexto dunha normativa restritiva, que admitía con carácter excepcional a exoneración de cotas durante a suspensión do contrato só no caso de que se producise, especificamente, por causa de forza maior propia, non impropia. Agora, a extensión do concepto é claramente promocional, e precisamente alarga os límites da causa diferenciada da económica, técnica, organizativa e de produción precisamente co obxectivo de ofrecer un tratamento favorable a situacións cuxo desencadeamento é, en principio, alleo ao correcto funcionamento da empresa, por máis que en determinadas ocasións poida preverse ou mesmo esperarse. A este respecto, merece destacarse que o apartado 6 do art. 47 non cualifica os impedimentos ou limitacións, nin tampouco as decisións públicas como "imprevisibles", "excepcionais" ou "repentinas", o cal, dende logo, permite mesmo considerar dentro do precepto as actuacións administrativas que, dunha forma máis ou menos intermitente, producen uns e outras.

Dende outro punto de vista, convén subliñar, unha vez máis, que a nova versión da forza maior é só para a suspensión ou a redución de xornada, sen que poida estenderse ao art. 51.7 ET. Se a decisión da autoridade pública produce a necesidade de extinguir contratos de traballo, haberá de procederse de acordo co art. 52 c) ou co art. 51.1 e concordantes, como causa probablemente produtiva e cunha clara connotación económica. Tamén dende esta perspectiva percíbese a dimensión que se lle quixo conferir ao art. 47.6, como mecanismo importante de mantemento do emprego. O cal

⁸ Por exemplo, STS de 16 xullo 2001 (rc 8793/95).

ten transcendencia porque, ao cabo, impide unha interpretación restritiva da forza maior "impropia" -utilizando agora esta expresión para a regulada no apartado 6 en contraposición co apartado 5 do art. 47- nos seus límites coa causa económica, técnica, organizativa e de produción, por máis que deste xeito se erosione a intervención da representación legal das persoas traballadoras.

En canto ás causas desencadeantes do mecanismo REDE de flexibilidade e estabilización, teñen a súa dimensión diferenciada, aínda que, en realidade, o precepto non as identifica de forma expresa. O cal, por certo, atopa a súa xustificación en que debe ser activado pola autoridade gubernativa, de tal modo que, á marxe dos trámites anteriores, aos que se fará suficiente referencia máis adiante, a decisión revístese dun cariz político que, ao cabo, dificulta a súa impugnación. En todo caso, a actuación xudicial fronte a ela só podería ser revisora da actuación administrativa, nuns termos que tampouco permiten un coñecemento pleno da suficiencia dos motivos aducidos.

A modalidade cíclica obedece a unha conxuntura macroeconómica xeral, calquera que sexa o marco xeográfico ao que se refira, global, rexional, estatal ou infraestatal, como máis tarde argumentarase. Trátase de introducir "instrumentos adicionais de estabilización", en forma de suspensión de contratos ou redución de xornada, que respondan, evidentemente, a esa conxuntura que ten, sobre todo, unha connotación económica. Dende ese prisma, é a dimensión económica a que diferencia esta situación da forza maior do art. 47, por máis que, na práctica, unha e outra pódense confundir. En efecto, aínda que en relación coas situacións excepcionais como a vivida a partir de marzo de 2020 claramente a canle debería ser o do art. 47.6 e non o do art. 47 bis⁹, introduce certa confusión algunha norma de

⁹ Como explicitamente recoñécese na EdM do RD-lei 2/2022, de 22 febreiro: "*coa presente norma establécese que as situacións autorizadas de conformidade coa citada disposición adicional quinta do Real decreto-lei 18/2021, do 28 de setembro, pasen sen solución de continuidade a estar amparadas no artigo 47.5 do texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores, aprobado polo Real decreto legislativo 2/2015, do 23 de outubro, e a súa normativa específica, sen necesidade de solicitar nin tramitar un novo expediente, ata o 30 de xuño de 2022*". Do mesmo xeito,

urxencia que podería suxerir unha sorte de tránsito nas medidas derivadas da pandemia cara a outro tipo de ERTE, que poderían ser indistintamente os do art. 47 ou do art. 47 bis ET¹⁰.

A modalidade sectorial ten unha singularidade propia, que xa foi suficientemente destacada: non se concibe como unha resposta a un problema temporal senón á aparición de cambios permanentes que xeran necesidades de recualificación e de procesos de transición profesional das persoas afectadas¹¹. É dicir, artículase unha medida temporal de regulación de emprego para abordar un problema estrutural, que a medio prazo vai implicar unha reabsorción do cadro de persoal, ou de parte del, xa na mesma empresa, xa noutras, a través dos oportunos procesos de recolocación. Trátase, así pois, dunha causa dotada dunha singularidade propia, que non suscita problemas de deslinde coas suspensións ordinarias do art. 47, senón máis ben coas causas do despedimento do art. 51 ET.

Neste sentido, a activación do mecanismo REDE expón dilemas que só se resolverán no contexto das primeiras experiencias. Sobre todo, suscítase a dúbida da súa relación coa posta en marcha de medidas extintivas por parte das empresas. Non é difícil prognosticar que a activación irá da man de medidas parellas ás establecidas con ocasión da Covid-19 no art. 2 do RD-Lei 9/2020, do 27 marzo, de limitacións a aquelas, aínda que a tal fin dá a impresión de que é necesaria unha norma con rango de lei. Aínda que así non fose, debería defenderse que non pode recorrerse ao art. 51 ou ao art. 52 cando está aberta a posibilidade de acollerse ao mecanismo REDE, ou cando menos que a valoración da

e máis no contexto da forza maior propia, a disposición adicional cuarta do mesmo RD-lei remite ao art. 47.5 os expedientes derivados da erupción volcánica de Cumbre Vieja.

¹⁰ Refírome, en particular, á rúbrica da disposición adicional primeira do RD-Lei 2/2022, do 22 febreiro. Aínda que a forza dos feitos e o colectivo de persoas que permanecen ancoradas aos ERTES COVID talvez impoña a inmediata aprobación por parte do Consello de Ministros dalgún mecanismo sectorial, inaugurando a aplicación do art. 47 bis ET.

¹¹ Destacando esta vertente do asunto, CRUZ VILLALÓN, J., *El sistema RED de regulación temporal de empleo*, Colección briefs de la AEDTSS, 2022, en <https://www.aedtss.com/el-sistema-RED/>.

existencia de causa debe estar fortemente condicionada por ela.

Á marxe de tales disquisicións, a causa no art. 47 bis desdóbrase en dous momentos diferenciados: a activación do mecanismo por parte da autoridade gubernativa e a autorización por parte da autoridade laboral. Non en balde exprésase no último parágrafo do art. 47.2 que a decisión e as consideracións incorporadas ao Acordo de activación que emita o Consello de Ministros non son, en si mesmas, causas para a adopción no ámbito empresarial das medidas de suspensión de contrato ou de redución de xornada, aínda que si requisito imprescindible para que poida tramitarse a solicitude da empresa.

Agora ben, tampouco en canto a esta segunda dimensión da causa o precepto achega demasiados datos, á marxe de asuntos de tramitación. O informe da Inspección de Traballo e Seguridade Social debe versar sobre "a concorrencia dos requisitos correspondentes". E, como a autoridade laboral está vinculada polo acordo, o único rastro adicional -pouco concluínte- achégase para prever a resolución administrativa en caso de desacordo. A autoridade laboral estimará a solicitude se "*a situación cíclica ou sectorial temporal concorre na empresa nos termos previstos neste artigo*". É moi importante o adxectivo "temporal" que acompaña aos cualificativos "cíclica" ou "sectorial", que formula, en canto ao segundo deles, problemas de contraste entre os "cambios permanentes" que xustifican a activación do mecanismo e a situación concreta da empresa, que debe ser temporal. O cal pode desdicir ou polo menos matizar algunhas das conclusións anteriores. É dicir, a autorización administrativa non procede cando a situación da empresa sexa indefinida no tempo. Agora ben, a diferenza entre conxuntural e estrutural no contexto dun mecanismo que se pon en marcha porque o sector no que se insire a empresa vese afectado por cambios permanentes como os descritos na letra b) do art. 47 bis.1 dista moito de estar clara. Por apuntar algunha idea minimamente plausible, probablemente quérise dicir que a empresa solicitante debe ser viable en termos de futuro coa axuda de procesos de recualificación e de transición profesional que sexan pertinentes. Ou, dito noutros termos,

a temporalidade non está tanto nos postos de traballo concretos ou nas persoas traballadoras cuxo contrato se ve afectado pola medida, senón na transición da empresa, que debe adaptarse aos cambios permanentes que sofre o sector. Con todo, sobre esta segunda dimensión da causa si que é posible que se dite doutrina xudicial, nos procesos que se sigan ao amparo do art. 151 da lei 36/2011, de 10 outubro. Non parece posible trasladar, nin sequera utilizando o recurso á analoxía, a elaborada en relación coas suspensións e reducións de xornada do art. 47 ET, pero pode esperarse, ata certo punto, que a casuística xudicial colme a insuficiencia de criterios legais sobre esta materia. Como enfoque de futuro, resulta previsible que non se aplique, en relación con este tipo de medidas, a doutrina xudicial que estima fraudulento o amparo no art. 47 cando procedería un despedimento colectivo, por mor da deterioración ou da gravidade da situación¹². A especial concepción do art. 47 bis produce, dende logo, que as causas que o xeran e a cuxo amparo se solicitan autorizacións para suspensións e reducións de xornada se solapen coas que producirían un despedimento colectivo.

Noutra orde de ideas, a activación do mecanismo REDE non garda unha relación de exclusión co recurso ás medidas ordinarias do art. 47. Noutras palabras, que aquel se poña en marcha non preclúe que a empresa poida recorrer á suspensión ou á redución de xornada por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, ou de forza maior. Cuestión distinta é que poida resultar máis adecuada a autorización dunha ou outra ao amparo do art. 47 bis, por mor das bonificacións á empresa e da prestación específica para as persoas traballadoras.

3. A PARTICIPACIÓN DAS PERSOAS TRABALLADORAS

Sobre este asunto, producíronse algúns cambios e algunhas inercias, uns e outras de certo interese. En canto ás segundas, a máis transcendente é, sen dúbida, o

¹² Véxase, como doutrina moi concluínte, SAN de 18 setembro 2017 (proced. Nº 187/217) e doutrina contida nela.

mantemento da mesma composición da comisión negociadora, sen que se producisen cambios nin sequera á vista das regras específicas que se puxeron en marcha nas normas de urxencia derivadas da COVID-19. É dicir, as regras do art. 41, na versión finalmente cristalizada tras a Lei 1/2014, do 28 febreiro, mantéñense, facendo, por conseguinte, elusión da novidade que no seu momento introduciu o art. 23.1 a) do RD-lei 8/2020, do 17 marzo, de preferencia da comisión sindicalizada en caso de inexistencia de representación electiva do Tít. II ET, ampliada no art. 3.5 do RD/901/2020, relativo aos plans de igualdade, que mesmo suprimiu a regra subsidiaria da conformación da comisión negociadora mediante representacións electas *ad hoc*.

Evidentemente, houbo unha renuncia a este respecto en favor da concertación social, acaso aprazando unha reforma a un futuro non moi afastado. Era pouco conveniente romper a estrutura das fases de consultas establecendo unha regra diferente en canto á súa composición no caso das medidas de suspensión de contratos e redución de xornada. Dende este punto de vista, a decisión de non afectar o art. 41 ET precipitaba implicitamente a de non modificar o art. 47 en canto á composición da comisión negociadora. Agora ben, se precisamente se rompeu a simetría con ocasión da normativa de continxencia derivada do estado de alarma, que agora o RD-lei 32/2021 supoña unha volta atrás implica unha mensaxe cando menos confusa, de que a sindicalización das fases de consultas foi flor dun día.

Máis aló deste asunto, houbo outras modificacións que inciden directa ou indirectamente nos dereitos de participación. A primeira refírese á redución da duración máxima dos períodos de consultas nas empresas de menos de cincuenta persoas ata un máximo de sete días. Nestas entidades, evidentemente, non existirá un comité de empresa, senón delegados ou delegadas de persoal, que poderán ser, no seu caso, 1 ou 3, ou o número resultante en atención aos centros de traballo que alcancen o limiar mínimo de persoal para poder preavisar eleccións. Parece razoable, en todo caso, a simplificación das consultas para as empresas de reducidas dimensións en termos de persoal.

Así mesmo, é significativa a previsión dun período de consultas abreviado de cinco días para a prórroga das medidas de regulación de emprego, que dá unha canle de participación nun procedemento ata o de agora inexistente e que, na práctica, producía a necesidade de iniciar un expediente *ex novo*. Tamén debe considerarse adecuado o establecemento dun período abreviado a tales efectos, pois non se trata senón de renegociar unhas medidas xa adoptadas.

Si que se produce unha clara diminución dos dereitos de participación derivada da transferencia de certos procedementos dende o ámbito das causas económicas, técnicas, organizativas e de produción á de forza maior, en concreto os casos de impedimentos ou limitacións na actividade normalizada da empresa que se produzan como consecuencia de decisións adoptadas pola autoridade pública competente. Tampouco se trata estritamente dunha novidade, porque xa se ensaiou a partir do art. 22 do RD-Lei 8/2020 e con todas as variantes das sucesivas normas de urxencia que se ditaron para afrontar a crise da pandemia. Non obstante, agora o novo deslinde entre unhas causas e outras consolídase nunha norma con vocación de permanencia, a través da que se fixa unha nova versión de "forza maior impropia", ademais non só limitada aos retos de saúde pública. Quizá, pola amplitude coa que se define esta nova causa no art. 47.6, sería conveniente reflexionar sobre a ausencia de fase de consultas en tales casos, en particular cando as decisións impeditivas ou limitativas sexan previsibles ou mesmo cíclicas. Certamente, a simplificación do expediente constitúe o valor máis importante do previsto para a forza maior, pero que iso sexa á conta da eliminación das fases de consultas pode resultar erróneo cando se trate de dar resposta a situacións que non caiba catalogar de extraordinarias ou urxentes. Haberá que volver sobre o tema. Noutra orde de ideas, a nova redacción do art. 47 incorpora dereitos de participación "débeis" no seu apartado 7, que se traducen en dous deberes informativos da empresa á representación legal: en relación coas afectacións e desafectacións de persoas traballadoras e coas novas contratacións ou externalizacións durante o período de

aplicación do expediente. Como única crítica á aqueles, seguramente habería que manter certa coherencia coa articulación das fases de consultas e estender tales informacións ás representacións *ad hoc* ou sindicais que participasen.

Xa en canto ao mecanismo REDE, as regras de participación diversifícanse. Por unha banda, en referencia á súa activación, as organizacións sindicais e empresariais máis representativas a nivel estatal poden solicitar dos Ministerios propoñentes a convocatoria da Comisión Tripartita no caso da modalidade sectorial. Á espera do necesario desenvolvemento regulamentario, o art. 47 bis só predica da devandita comisión que debe reunirse no prazo de quince días dende a solicitude para analizar os cambios que xustifican a posta en marcha do mecanismo para os efectos de remitir unha proposta ao Consello de Ministros. Debúxase, así pois, un organismo permanente de participación na modalidade sectorial, con funcións de análises e proposta. Do cal cabe criticar a súa moi mellorable relación co bloque de constitucionalidade, ao deixar fóra, deliberadamente, ás organizacións máis representativas de Comunidade Autónoma, crítica que debe estenderse tamén á información ás organizacións sindicais e empresariais máis representativas a nivel estatal da remisión ao Consello de Ministros da proposta de activación do mecanismo, aparentemente en calquera das súas modalidades.

Unha vez posto en marcha, o acollemento a el por parte das empresas implica, xa no momento da solicitude, a comunicación á representación legal das persoas traballadoras e, seguidamente, o desenvolvemento dunha fase de consultas nos termos previstos no art. 47.3 ET. Como esta fase se vincula a unha posterior autorización administrativa, indubidablemente gaña importancia por dous motivos: porque o acordo vincula á autoridade laboral, como sucedía con anterioridade á Lei 3/2012, de 6 xullo e porque, en caso de falta de acordo, o desenvolvemento da fase de consultas vai ser, indubidablemente, un dos elementos importantes de ponderación na resolución administrativa. De novo hai que apelar aos equilibrios de poder clásicos previos á reforma de 2012, aínda que co importante matiz de que hai

un mecanismo REDE activado, o cal probablemente pugnará case sempre en favor da autorización da medida suspensiva ou de redución de xornada. Volverase a este argumento.

4. AS NOVIDADES DA SUSPENSIÓN E REDUCIÓN DE XORNADA POR CAUSAS ETOP

Xa se fixo referencia á redución do período de consultas en empresas con cadros de persoal inferiores a 50 persoas. A ela debe engadirse a do prazo de constitución da comisión, que diminúe de sete a cinco días, ou de quince a dez no caso de que algún dos centros non conte con representación unitaria. Á marxe de expresarse así a maior celeridade que quere imprimirse ao procedemento, é razoable a pregunta de se convén diferenciar os prazos das medidas do art. 47 e as do art. 41, idénticos ata a entrada en vigor do RD-Lei 32/2021. Probablemente, cabe esperar unha futura reforma deste, que equipare os previstos naquel.

Outro elemento de simplificación do expediente consiste en que se omite o traslado pola autoridade laboral á entidade xestora do desemprego. Esta omisión, polo demais coherente coa de non darlle traslado da decisión que adopte a empresa unha vez finalizada a fase de consultas, explícase á vista da nova disposición adicional vixésimo sexta do ET, que establece un sistema de acceso aos datos dos expedientes de regulación de emprego por parte da TXSS, o SEPE e a ITSS. Mediante uns procedementos informatizados que haberán de implantarse, poderán coñecer *"todos os datos necesarios para a identificación e tipo do expediente de regulación temporal de emprego, da empresa e das persoas traballadoras incluídas no expediente, o tipo de medida a aplicar, o período no que se pode producir a redución de xornada de traballo ou suspensión dos contratos de traballo e a porcentaxe máxima de redución de xornada ou período máximo de suspensión de contrato previsto respecto de cada persoa traballadora"*. Trátase, por suposto, de atender a unha finalidade máis ampla da tradicional de conter a fraude no acceso á prestación, que se orienta, sobre todo, cara a unha máis adecuada e eficiente xestión.

Maior interese ten a referencia expresa á notificación da decisión da empresa á autoridade laboral acerca do período

dentro do cal vaise levar a cabo a aplicación das medidas. Aínda que non aparecía na versión anterior do precepto, era suplida abondo polo art. 20.6 do Regulamento¹³, nuns termos estritos que condicionaban a posibilidade de ir afectando e desafectando a persoas traballadoras en función das alteracións das circunstancias. Sen dúbida, a maior ou menor flexibilidade coa que se tramita un expediente é un elemento clave en como se desenvolve. Sen prexuízo dunha práctica administrativa que permitira, en xeral, amplas doses de adaptabilidade ás circunstancias, é esperable que a modificación do Regulamento se oriente a permitir con amplitude unha máis intensa ou máis lixeira aplicación das medidas, así como variacións no seu desenvolvemento ao longo da vixencia decidida.

E unha das novidades do precepto máis substantivas consiste no establecemento dunha canle para a prórroga das medidas de redución de xornada ou suspensión de contratos. Non é necesario esgotar o prazo de vixencia inicialmente previsto para que a empresa poida comunicar á representación legal das persoas traballadoras a súa intención de prórroga, senón que pode facelo *“en calquera momento durante a vixencia da medida”*. Debe lembrarse que a lei non estableceu un período máximo de duración da suspensión ou das reducións, nin de aplicación do expediente, de modo tal que, en aparencia, a medida de prórroga debería xustificarse nunha alteración das circunstancias ou, polo menos, na probabilidade de que se supere a situación conxuntural coa extensión do tempo de aplicación das medidas a pesar de non deixarse atrás no período inicialmente previsto. En canto á tramitación do expediente, á marxe da menor duración do período de consultas anteriormente indicada, debe facerse notar que a decisión da empresa ha de comunicarse á autoridade laboral nun prazo de sete días. Á marxe do cal, está por ver se o

¹³ *“En todo caso, a comunicación deberá contemplar o calendario cos días concretos de suspensión de contratos ou redución de xornada individualizados por cada un dos traballadores afectados. No suposto de redución da xornada, determinarase a porcentaxe de diminución temporal, computada sobre a base diaria, semanal, mensual ou anual, os períodos concretos nos que se vai producir a redución así como o horario de traballo afectado por esta, durante todo o período que se estenda a súa vixencia”*.

Regulamento de desenvolvemento incorpora algunha simplificación do trámite, como probablemente debería facer. É interesante, e de novo inspirado na normativa aprobada con ocasión do COVID-19, que se encadeen os efectos do ERTE e da súa prórroga, pois esta producirá efectos dende o día seguinte ao de finalización do período inicialmente previsto. É dicir, a lei non distingue se a comunicación á autoridade laboral da medida adoptada é anterior ou non a que finalice a vixencia anual. Con tal de que a comunicación á representación coa que se celebrou a fase de consultas se inste antes de que expire esta e así se acredite, poderá ser decidida con efectos do día seguinte, sempre, claro está e en canto á afectación de persoas traballadoras, que non houbese prestación efectiva de servizos total ou parcial por parte daquelas ou situación asimilable a ela.

Por suposto, entre a decisión suspensiva inicial e a prórroga pode haber modificacións na estrutura representativa para os efectos da composición da comisión negociadora. Nesas circunstancias, será necesario reconfigurala, nos termos previstos nos arts. 47.3 e 41.4 ET. Só se variou haberá que constituíla de novo e, en caso contrario, xa poderá comunicarse o inicio da fase de consultas. Cabería unha interpretación máis rixida, que consideraría que a constitución inicial "petrificaría" a conformación da comisión, pero sería pouco compatible coa dinámica dos dereitos de participación e representación na empresa.

5. AS NOVIDADES DA SUSPENSIÓN E REDUCIÓN DE XORNADA POR FORZA MAIOR

A forza maior, como causa de suspensión de contratos, regulábase na anterior versión do art. 47, no seu apartado 2, por mera remisión ao expediente do art. 51.7. Agora gaña autonomía¹⁴ e enriquecese con matices que non se inclúen

¹⁴ Aínda que segue remitindo supletoriamente ao art. 51.7 e á súa normativa regulamentaria de aplicación. En realidade, gran parte do contido do art. 47.5 "tráese" dende o art. 51.7 na súa práctica literalidade, de tal modo que se prescinde do comentario dalgúns dos parágrafos, que materialmente non incorporan ningunha novidade. É interesante describir que o art. 47.5 non expresa, como o fai o art. 51.7, que a representación legal das persoas traballadoras ostentará a condición de parte interesada na totalidade da

neste último. Como primeira novidade, tamén debedora da lexislación de urxencia derivada da COVID-19, contéplase expresamente a alternativa entre suspensión e redución de xornada tamén para esta causa, alternativa que só se cinguía ata a reforma ás causas económicas, técnicas, organizativas e de produción.

Non é estritamente novo, porque xa estaba no Regulamento, o informe preceptivo que a autoridade laboral debe solicitar á Inspección de Traballo e Seguridade Social antes de ditar resolución. O art. 47.5 expresa ademais que, como non podía ser doutro xeito, haberá de pronunciarse sobre a concorrencia da forza maior. A circunstancia de que agora se inclúa no texto legal en canto á suspensión de contratos e forza maior talvez reflecta unha maior importancia do trámite, non vinculante por principio, pero determinante na decisión administrativa. Aínda que non é fácil albiscar como pode cumprir sempre esa función, se se ten en conta que non en todos os casos poderá ser recibido e considerado antes de que se dite a resolución administrativa, sen que sexa factible que esta se demore á vista do efecto positivo do silencio. Igualmente, non inclúe ningunha modificación do réxime ata o de agora vixente que se aluda a que o silencio é positivo, para o caso de que non se emita resolución expresa no prazo legalmente previsto.

Do mesmo xeito que antes sucedía co art. 51.7, o propio art. 47.5 establece que a resolución administrativa producirá efectos dende a data do feito causante da forza maior. Ao que engade este último, en regra que tampouco se contemplaba no art. 22 do RD-Lei 8/2020, que deberá expresar a data na que ha de deixar de producilos. A cuxo respecto xurden dúbidas, que deberán resolverse a través da norma regulamentaria. Parece razoable pensar que na solicitude da empresa debe constar o período polo que se insta a medida suspensiva ou de redución de xornada e que a resolución debe gardar congruencia co solicitado, no sentido de que a duración do período de aplicación do

tramitación do procedemento. Con todo, tal condición non pode negarse, sequera sexa pola remisión que o art. 47.5 efectúa ao art. 51.7.

expediente pode ser igual á solicitada ou inferior, nunca máis estendida.

Por outra parte, exprésase que non cabe prórroga da resolución no caso de que persista a situación de forza maior unha vez finalizado o dito período. En tal caso só caberá solicitar unha nova autorización administrativa.

Pero, como xa se anticipou en torno á análise causal, a maior novidade en canto á forza maior, xestada con ocasión dos expedientes da pandemia, consiste na atracción ao ámbito desta causa das situacións de impedimentos ou limitacións na actividade normalizada da empresa que sexan consecuencia de decisións adoptadas pola autoridade pública competente, incluídas as orientadas á protección da saúde pública. Xa se reflexionou suficientemente acerca da vertente causal, de tal modo que abonda con referirse aos aspectos procedementais, algún deles certamente discutible:

-Que non sexa preceptivo o informe da Inspección de Traballo resulta dificilmente comprensible. Indubidablemente, o rastro do carácter potestativo pode buscarse no art. 22.2 d) do RD-lei 8/2020. No contexto da situación de pandemia, era razoable non esixilo con carácter obrigatorio, pero non o é tanto nun tempo ordinario. Non hai unha diferenza cualitativa importante entre a forza maior ordinaria e esta de impedimentos ou limitacións, en relación coa verificación dunha e outra, que xustifique que na primeira sexa imprescindible solicitar o informe e non o sexa na segunda. É máis, a maior amplitude do expediente do art. 47.6 en relación co seu homólogo do art. 22 do RD-Lei 8/2020 -non só relativo a decisións orientadas á protección da saúde pública en relación cunha pandemia, e non necesariamente restrinxido a situacións perentorias ou imprevisibles, como se argumentou- esixiría, dende logo, a elaboración dun informe experto que constatase esta nova sorte de forza maior. Por tal motivo, sería recomendable e unha boa práctica que se solicitase sempre que fose posible e que non concorresen situacións extraordinarias que o impedisen ou o desaconsellasen claramente.

-Que a empresa teña que xustificar, mediante a documentación que remita xunto coa solicitude, a existencia das concretas limitacións ou impedimentos pouco engade á

regra xeral do art. 47.5 de que debe chegar os medios de proba que estime necesarios. É adecuado un plus de esixencia probatoria cando o informe da Inspección pasa a ser contingente. Haberá que esperar, en todo caso, ao desenvolvemento que deste concreto tema efectúe o Regulamento, que debería ser menos conciso que o actual art. 32 do vixente, aprobado por RD 1483/2012.

-Ten moito interese que a letra c) exprese que a autoridade laboral "autoriza" o expediente, en lugar de expresar que constata a situación de forza maior temporal. Quizá o asunto sexa de menos entidade se se ten en conta que tamén o art. 47.5 expresa que "se entenderá autorizado o expediente" no seu parágrafo penúltimo. Pero, máis ben, debe suxerirse que a actuación da autoridade laboral no caso do expediente do art. 47.6 non sexa só de constatación, senón de algo máis, derivado das repercusións da decisión administrativa que limita ou impide a actividade normalizada da empresa. Aparentemente, o labor público transcende a mera constatación de que se produciu a decisión administrativa limitativa ou impeditiva e de que afecta o normal desenvolvemento da prestación de servizos na entidade solicitante. Máis ben, a expresión legal suxire o recoñecemento de certa marxe de discrecionalidade para que a autoridade laboral decida se é aconsellable a autorización das medidas suspensiva ou de redución de xornada, á vista das circunstancias concorrentes. Por exemplo, en casos nos que a decisión limitativa ou impeditiva non sexa imprevisible, ou mesmo se integre no normal funcionamento da actividade ou do sector. Por suposto, con iso non quere dicirse que non caiba un pleno control da Xurisdición Laboral sobre a decisión da autoridade laboral, pero en todo caso tendo en conta que transcende dunha mera función de constatación.

6. REGLAS COMÚNS AOS EXPEDIENTES ETOP E DE FORZA MAIOR, EN AMBAS AS MODALIDADES

6.1 REGLAS SUBSTANTIVAS

Mantéñense inalteradas as porcentaxes mínima -10 por 100- e máxima -70 por 100-, así como o seu cómputo sobre unha base diaria, semanal, mensual ou anual, en períodos de referencia que evocan os do art. 12 ET en relación co

concepto do traballo a tempo parcial. Todos os que transcenden o día permiten que a redución e a suspensión poidan confundirse, como se pon de relevo cando se contrasta a diferenza entre desemprego total e desemprego parcial, de conformidade co art. 26.2.2 LXSS. Por certo, a utilización dos períodos de referencia máis longos, en particular o anual, permitía, polo menos dende un prisma teórico, encaixar o problema das afectacións e desafectacións de persoas traballadoras, polo menos sempre que a lexislación de urxencia producida coa pandemia non interviñese expresamente sobre o asunto.

Con todo o dito, e a pesar da intercambiabilidade das medidas suspensivas e de redución de xornada, e da maior ductilidade que, sen dúbida, lles imprime a reforma de 2021, esta opta, como xa se anticipou, por dar prioridade, na medida do posible, á redución de xornada fronte á suspensión do contrato. Non dá a impresión de que esta regra teña unha particular forza de obrigar, máis aló de expresarse como unha mera admonición ás empresas, á hora de organizar a aplicación do expediente e ás autoridades laborais, para que formulen indicacións e orientacións á empresa e ao banco social en tal sentido. Claramente, é adecuado manter na medida do posible a prestación laboral das persoas afectadas, e dende logo a conservación de parte da xornada é unha boa práctica neste sentido¹⁵.

Teñen un gran interese e resultan parcialmente innovadores en relación coas regras anteriores os contidos das comunicacións que debe realizar a empresa xunto coa notificación, comunicación ou solicitude -segundo proceda- da medida suspensiva ou de redución de xornada. A esixencia de que se desenvolvan por procedementos automatizados refírese a uns extremos -as listaxes nos ordinais 1º, 2º e 3º da letra b) do art. 41.7 que, en realidade, xa eran esixibles para as medidas que se adoptaban por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, á vista do art. 20.6

¹⁵ DE LA PUEBLA PINILLA. A. (*op. cit.* p. 91) defende, con argumentos de moito interese, que se trata dunha preferencia esixible, de tal modo que a empresa debe acreditar, no seu caso, as circunstancias que fan inviable esa medida e xustifican a aplicación de suspensións de contratos.

do Regulamento. Pero, en canto aos expedientes de forza maior, trátase dos do apartado 5 ou do apartado 6, os ditos extremos deben constar xa na propia solicitude dirixida á autoridade laboral. Aínda que xa anteriormente debía expresarse, como é evidente, o período de tempo durante o que se vai desenvolver a aplicación das medidas, non sucedía así coa identificación das persoas concretas incluídas no expediente temporal nin, por suposto, o tipo de medida que se debía aplicar a cada unha delas, así como a porcentaxe de xornada ou os días de suspensión concretos.

Debe lembrarse que o Regulamento aínda vixente, se ben é singularmente parco polo que respecta ao contido da solicitude de expediente por forza maior -o seu art. 32 non expresa que contidos concretos debe incluír, máis aló de engadir que deben acompañarse os medios de proba que sexan necesarios-, dispón no seu art. 33.3 que a resolución da autoridade laboral *"deberá limitarse, no seu caso, a constatar a existencia da forza maior alegada pola empresa"*, de tal modo que a esta correspondíalle *"a decisión sobre a extinción dos contratos ou a aplicación de medidas de suspensión dos contratos ou redución de xornada"*.

Como é coñecido, houbo unha práctica administrativa e unha tradución normativa cambiante acerca do contido da resolución administrativa e o ámbito de decisión da empresa á vista da autorización administrativa. Agora, resólvese, en aparencia, mediante unha solución que, na práctica, fai diverxer a lóxica dos expedientes por causas económicas, técnicas, organizativas e de produción por unha banda e dos de forza maior pola outra. En efecto, para os primeiros -xa sexa en canto á adopción das medidas ou a súa prórroga-, a identificación de persoas afectadas e da entidade da medida para cada unha delas realízase despois de desenvolvida a fase de consultas e cando se produce a notificación á autoridade laboral da decisión da empresa. Ou, noutras palabras, para as causas ETOP, a identificación de persoas e das medidas correspondentes non é contido propiamente do expediente, pois resólvese ao final deste. En cambio, en canto á causa de forza maior, a autoridade laboral, xa dende a solicitude da empresa é coñecedora de ambos os extremos e sobre ambos proxecta a súa decisión administrativa. O cal

ten a súa lóxica, á vista da distinta estrutura legal do procedemento dunhas e outra, pois, en canto ás ETOP, a incidencia da fase de consultas produce uns equilibrios distintos que no caso do de forza maior, que, no fondo, resolve, mediando os trámites administrativos, unha solicitude da empresa non intermediada por uns dereitos de participación máis ou menos fortes.

É certo que o apartado 5, parágrafo quinto, do art. 47 expresa que lle corresponde á empresa a decisión sobre a redución das xornadas de traballo ou suspensión dos contratos. Con todo, xa na solicitude inicial debe facer constar os extremos expresados no art. 47.7. Este aparente paradoxo só pode abordarse baixo o interrogante da capacidade de variación que lle pode corresponder á empresa en relación coa solicitude inicialmente formulada, admitindo que, como expresa o art. 47.5, a resolución da autoridade laboral deberá limitarse a constatar a existencia da forza maior alegada pola empresa. A decisión, a partir de aí, correspóndelle á empresa. Agora ben, seguramente vai resultar un asunto controvertido xudicialmente, pois unha ampla incongruencia entre os contidos da comunicación que se adxunta á solicitude e o posteriormente decidido pola empresa sen dúbida debe comprometer, cando menos, a existencia de causa. É máis, é fácil aventurar que a práctica administrativa vai esixir unha ríxida congruencia entre o solicitado e o executado pola empresa en desenvolvemento da autorización. Poderá, sen dúbida, afectar a menos persoas traballadoras ou durante menos tempo, pero non a persoas distintas ou durante un tempo non previsto. Cuestión distinta será, *a posteriori*, a doutrina xudicial que se poida forxar.

E outra importante novidade da reforma refírese á regulación expresa da posibilidade que se lle recoñece á empresa de afectar e desafectar a persoas traballadoras en función das alteracións das circunstancias que xustificaron as medidas. Xa antes aludiuse á necesidade de informar previamente diso á súa representación legal, ao cal debe engadirse o deber de comunicalo tamén con carácter previo á entidade xestora da prestación por desemprego e á TXSS a través dos procedementos automatizados que se establezan con estas

entidades¹⁶. Como se dixo antes, esta posibilidade debía considerarse admisible na versión anterior do art. 47, se se teñen en conta os prazos de referencia longos -en particular, o anual- previsto no apartado 2 para a redución de xornada de entre un 10 e un 70 por 100. Con todo, a norma actual expresa a idea dunha variación das vicisitudes polas que atravesa o período de aplicación das medidas, e que determina a necesidade de ir adscribindo e rescatando ás persoas afectadas das suspensións ou reducións de xornada, de tal modo que a afectación dunhas ou outras poida ser intermitente. Como é obvio, esta posibilidade permite imprimir unhas maiores doses de equidade no ámbito do persoal para que a afectación poida producirse dunha forma máis equilibrada e xusta entre todos e todas as súas compoñentes. Por suposto, tal posibilidade debe gardar coherencia coa decisión comunicada á autoridade laboral unha vez finalizada a fase de consultas ou cos propios termos en que se solicitou autorización para as medidas derivadas de forza maior, dentro do contexto do debate que pode suscitarse e que se desenvolveu nos parágrafos anteriores. Quizais un dos aspectos cruciais e de máis difícil interpretación refírase á prohibición, durante a aplicación do expediente, da realización de horas extraordinarias, o establecemento de novas externalizacións ou a concertación de novos contratos de traballo¹⁷. Por unha banda, a letra d)

¹⁶ A este respecto, debe terse en conta a dicción da nova disposición adicional cuadraxésimo segunda da LXSS, tamén introducida polo RD-Lei 32/2021: *“actuacións do Servizo Público de Emprego Estatal e da Tesourería Xeral da Seguridade Social para a simplificación de actuacións administrativas. Ao obxecto de reducir as cargas administrativas das empresas, regulamentariamente establecerase polo Servizo Público de Emprego Estatal e a Tesourería Xeral da Seguridade Social, un procedemento único a través do cal as empresas poidan comunicar, a ambas as entidades, o inicio e finalización dos períodos de suspensión temporal de contratos de traballo e redución temporal de xornada de traballo dos traballadores afectados por un expediente de regulación temporal de emprego. A través deste procedemento as empresas deberán poder comunicar esta información de tal forma que produza efecto para o desenvolvemento da totalidade das competencias de ambas as entidades”*.

¹⁷ Debe lembrarse que estas prohibicións acompañanse de dous tipos administrativos na LISOS: unha infracción grave -art. 7.14- consistente na formalización de novas contratacións laborais incumprindo a prohibición establecida no artigo 47.7.d), nese caso considerárase unha infracción por

do art. 47, exceptúa os casos nos que as persoas afectadas non poidan, por formación, capacitación ou outras razóns obxectivas e xustificadas, desenvolver as funcións encomendadas a quen realiza actividades en horas extraordinarias, ao servizo de empresas auxiliares ou contratadas para o efecto. O cal suscita o interrogante do ámbito das posibles xustificacións, en particular as que non se refiran á falta de formación e capacidade das persoas afectadas polas medidas¹⁸. Por exemplo, fórmulase a hipótese de se cabe este tipo de substitucións cando as persoas en ERTE están a concorrer a accións de formación profesional. Ou se poden bastar razóns de índole organizativa ou produtiva que aconsellan, por exemplo, a contratación cunha empresa auxiliar, con maior eficiencia que desafectar a persoas traballadoras. Na miña opinión, as excepcións á prohibición teñen que interpretarse de modo moi restritivo, sen que poidan bastar razóns de oportunidade. Noutra orde de ideas, o precepto non alude expresamente á prohibición de contratar con empresas de traballo temporal a cesión de persoas para prestar servizos durante estes períodos. Non obstante, este silencio non pode senón interpretarse de conformidade cos obxectivos do precepto e entender que a mesma imposibilidade de substitución rexe en relación coas postas a disposición.

Por outra parte, é un asunto susceptible de debate a interpretación correcta da expresión "*durante o período de aplicación do expediente*", que marca o arco temporal no que rexen tales prohibicións. Pode referirse a todo o tempo ao longo do cal está aberto o expediente e durante cuxo transcurso é posible afectar a persoas traballadoras ás medidas suspensivas ou de redución de xornada, ou, nun entendemento máis restritivo, só aos intervalos nos que, de

cada persoa traballadora contratada, e unha moi grave -art. 8.20-, relativa ao establecemento de novas externalizacións de actividade incumprindo a prohibición establecida no artigo 47.7.d) do ET.

¹⁸ Non está de máis lembrar que, de conformidade co art. 11.4 f) ET, "*as empresas que estean a aplicar algunhas das medidas de flexibilidade interna reguladas nos artigos 47 e 47 bis poderán concertar contratos formativos sempre que as persoas contratadas baixo esta modalidade non substitúan funcións ou tarefas realizadas habitualmente polas persoas afectadas polas medidas de suspensión ou redución de xornada*".

feito, hai afectación de parte do persoal. De acordo con este segundo criterio, así pois, alzaríase a prohibición os días de traballo nos que todas as persoas traballadoras estean a prestar servizos nas súas xornadas ordinarias. Nesta disxuntiva, a hipótese correcta parece a primeira pois, decisións concretas de afectación e desafectación á marxe, certamente, haxa ou non afectación, estase en “período de aplicación”, en cuxo seo a empresa adopta as decisións de afectación e desafectación. Por conseguinte, a notificación, comunicación ou autorización dun ERTE ten para as empresas certos efectos secundarios que deben calibrarse, en particular cando os tramitan en previsión de posibles desaxustes organizativos ou da produción que, ao cabo, poden non producirse coa intensidade que se prognosticaba ou que se temía.

Xa se aludiu anteriormente a que estas decisións de contratación, subcontratación ou realización de horas extraordinarias deben ser informadas á representación legal das persoas traballadoras. Tal información permítelle a esta o desempeño dunha función clásica de vixilancia do cumprimento da normativa laboral e de seguimento das vicisitudes do expediente. En realidade, a regra non é case senón reiteración de mandatos que xa existen nos arts. 8, 35, 42 e 64 ET, pero, contextualizada, serve de reforzo para que non se produza un uso inxustificado das medidas prohibidas.

6.2 REGLAS DE ACOMPAÑAMENTO

Sen prexuízo do carácter central da regulación de funcionamento intrínseco dos ERTE dende unha perspectiva xurídico-laboral, a regulación “externa” a aquela alcanza un inusitado interese en tres direccións: 1) a conservación da empregabilidade das persoas traballadoras nunha vicisitude crítica dos seus contratos e, por tanto, a súa maior fortaleza para afrontar unha futurible transición laboral; 2) o establecemento dunhas regras de cotización relativas ás persoas afectadas polas medidas suspensivas ou de redución de xornada menos rigorosas para as empresas ou, máis ben, favorables ás súas necesidades; e 3) a modificación puntual da lexislación de desemprego, para dar unha protección máis

adecuada ante estas situacións de afectación de persoas traballadoras.

Pode dicirse que a reforma afronta con decisión estes tres asuntos. En canto ao primeiro, que só se esbozou minimamente na reforma de 2010, agora regúlase a través de medidas de incentivo que redundarán en beneficio das empresas e nun maior acceso á formación profesional do persoal afectado polas medidas. Polo que respecta ao segundo, e baixo o ronsel da experiencia acumulada ao longo da pandemia da COVID-19, supéranse iniciativas illadas e de carácter puntual ensaiadas en épocas anteriores. E, en canto ao terceiro, talvez sexa o aspecto menos innovador -distintas serán as reflexións en canto ao mecanismo REDE-, pero tamén hai algunha novidade de interese, que así mesmo pode considerarse como herdeira da experiencia da normativa conxuntural de urxencia ensaiada no bienio 2020-2021.

Polo demais, trátase de medidas que, con certas oscilacións, aplícanse tanto aos ERTE do art. 47 como aos do mecanismo REDE do art. 47 bis. Por conseguinte, en relación con estes últimos, só se fará referencia máis adiante ás especificidades propias que os rodean.

6.2.1 O desenvolvemento de accións formativas

O art. 47.6 a este respecto esboza unhas ideas que logo se desenvolven na disposición adicional 25 do ET, introducida polo RD-lei 32/2021. Xérase un incremento do crédito destinado a formación no ámbito das accións programadas pola empresa nos termos do art. 9.7 da Lei 30/2015, do 9 setembro -precepto tamén incluído na mesma norma de urxencia- se a empresa desenvolve accións formativas en favor das empresas afectadas polo expediente. Tal incremento concrétese no novo apartado 7 do art. 9, Lei 30/2015, que establece unha cantidade decrecente en función do tamaño da empresa: se o cadro de persoal está por baixo de dez persoas, 425 euros por cada unha delas; se se sitúa entre 10 e 49, 400 euros por cada unha; e se alcanza ou supera o limiar de 50, 320 euros por persoa. Esas contías, que poden incrementarse regulamentariamente e que se financian con achegas extraordinarias ao orzamento do SEPE, recoñécense por cada unha de persoas afectadas, pero con

independencia da entidade da medida que a cada unha delas lles corresponda.

Por suposto, como salienta, a disp. adic. 25 ET, e sen prexuízo dalgunha excepción que deberá comentarse, a posta en marcha de tales medidas é potestativa para a empresa "para cada unha das persoas afectadas". En canto aos contidos, ordénase priorizar os vinculados ás necesidades reais das empresas e persoas traballadoras, con especial referencia á adquisición de competencias dixitais e ás que sexan útiles para procurar unha recualificación profesional, neste caso aínda que non garden relación directa coa actividade desenvolvida pola empresa. Trátase, sen dúbida, dunhas orientacións moi reveladoras da verdadeira finalidade das accións formativas nestas tesituras, pois non establecen unha prioridade necesaria de iniciativas vinculadas ás aptitudes e competencias adecuadas para a mellora do desenvolvemento das súas funcións ou para o desempeño de tarefas relacionadas coa actividade produtiva da empresa. No fondo, trátase de equipar ás persoas afectadas polo ERTE para unha transición, case a modo dun *outplacement* preventivo. E iso é exactamente igual para todas as medidas que poidan aplicarse tanto ao amparo do art. 47 como do art. 47 bis, aínda que, como vai expresarse, ten unha particular importancia no caso dos Mecanismos sectoriais.

En canto ás accións formativas en concreto, o precepto remite sen máis ás previstas na LO 5/2002, do 19 xuño, e na Lei 30/2015, do 9 setembro, aínda que engade que poderán desenvolverse a través de calquera outro sistema de formación acreditada. En canto ao seu período de execución, expresa que deberán realizarse durante a aplicación da redución de xornada ou a suspensión de contratos, aínda que tamén cabe que se impartan durante o propio tempo de traballo. Nada prohibe, nin parece que poida considerarse fraudulenta esa práctica, que a afectación e desafectación de persoas traballadoras coincida co decurso temporal das accións formativas. Dá, pois, a impresión de que, nestes contextos, non será usual que se produzan accións de formación que impliquen a persoas desafectadas dos ERTE. A admonición final de que se respecten os descansos legalmente establecidos e o dereito á conciliación da vida

laboral, persoal e familiar ten que ver, por unha banda, coa observancia dos límites de xornada do art. 34 e concordantes do ET, asimilándose a este respecto o tempo de formación ao tempo de prestación efectiva de servizos. Por outra, coa salvagarda duns dereitos que non poden ser afectados polas accións formativas, pero con respecto aos cales suscítanse polo menos dúas dúbidas: 1) sobre os porqués de referirse especificamente á conciliación da vida "persoal", un tópicos en desuso nas últimas reformas e que suscita dúbidas en canto ao seu espectro obxectivo. 2) Sobre se, en canto ao seguimento das accións formativas, é posible solicitar adaptacións, aplicando analoxicamente o art. 34.8 ou mesmo algún tipo de dereitos de ausencia e, neste último caso, como se produciría a acreditación da formación recibida. Probablemente, a resposta á segunda pregunta sexa, por desgraza, negativa, de modo que apelar aos dereitos de conciliación teña pouco máis valor que unha licenza retórica.

6.2.2 As exencións de cotización

A este respecto, as regras sobre cotización nas situacións de suspensión de contrato e redución de xornada por ERTE ordinario e ERTE do Mecanismo REDE regúlanse no novo art. 153 bis da LXSS, de nova incorporación a través do RD-lei 32/2021. Pero, sobre todo, incorpóranse uns beneficios, en relación cos cales, o art. 47.7 letra e) expresa o seu carácter voluntario para as empresas, coa contrapartida de que, de acollerse a eles, vincúlase polo compromiso de mantemento do emprego en canto ás persoas afectadas, nos termos da nova disposición adicional cuadraxésima cuarta, apartado 10 da LXSS. O lapso temporal de garantía dese mantemento é de seis meses computados dende a finalización do período de vixencia do expediente de regulación temporal de emprego. É dicir, só cando todo o cadro de persoal está desafectado e vence o tempo para o que foi decidido ou autorizado o expediente, incluídas as súas eventuais prórrogas se é por causas ETOP, comeza ese prazo de protección das persoas que foron afectadas, por moi efémera ou moi insignificante que fose a medida aplicada en relación con elas.

Ten importancia que este apartado 10 se aparte das normas de continxencia aprobadas durante a pandemia ao precisar de forma inequívoca o alcance do deber de devolución de

cotas cando se incumpre o compromiso: só alcanza as correspondentes a aquela persoa cuxo contrato se extingue incumpríndoo, iso si, coas recargas e intereses de demora correspondentes¹⁹. Por suposto, debe rexeitarse a idea de que a redacción que agora se imprime a esta disposición adicional poida servir de canon hermenéutico en canto á garantía contida na disp. adic. sexta do RD-Lei 8/2020, do 17 marzo, e normativa concordante. Polo demais, as causas de extinción ou as vicisitudes do contrato que se consideran compatibles coa observancia do requisito -despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, morte, xubilación ou incapacidade permanente total, absoluta ou gran invalidez da persoa traballadora, fin do chamamento das persoas con contrato fixo-descontinuo, cando este non supoña un despedimento senón unha interrupción de aquel e extinción de contratos temporais por finalización da súa causa, ou por imposibilidade de que se realice de forma inmediata a actividade obxecto de contratación- están todas elas directamente inspiradas na referida disposición adicional sexta.

Non é agora necesario parafrasear toda a disposición adicional 44, pero si poñer de manifesto algúns trazos básicos²⁰, en particular os seguintes: 1) que a exención afecta as cotizacións por contingencias comúns e cotas de recadación conxunta 2) que é porcentualmente moito maior nos casos de medidas derivadas de forza maior, en calquera das súas dúas modalidades, que nos das derivadas de causas ETOP. 3) Que, en canto a estas últimas, e tamén en canto ás amparadas na posta en marcha do mecanismo REDE, esíxese adicionalmente o desenvolvemento das accións formativas, nos termos anteriormente expresados. 4) Que, se se trata do mecanismo REDE de modalidade cíclica, as exencións son decrecentes, e fixas na modalidade sectorial²¹. 5) Que o

¹⁹ Precizando esta idea, DE LA PUEBLA PINILLA, A., *op. cit.*, p. 94.

²⁰ Así mesmo, omítense comentarios en relación coas funcións da Inspección de Traballo e Seguridade Social nesta materia, condensadas na disposición adicional cuardaxésimo quinta da LXSS.

²¹ Insistindo nesta diferenza, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., *La respuesta anticipada del legislador al riesgo de la crisis de empleo: el nuevo mecanismo red de flexibilidad y estabilización del empleo*, Labos, vol. 3, 2022, p. 102.

Consello de Ministros pode decidir exencións de persoas traballadoras reactivadas, así mesmo no contexto da activación dun mecanismo REDE. 5) Que as exencións non teñen efecto ningún nas expectativas de dereito das persoas ás cales se refire, cuxas cotizacións se considerarán íntegras para todos os efectos. 6) Que non é óbice para o acceso á exención que a empresa non estea absolutamente ao día nas súas obrigas coa Seguridade Social. 7) Que o financiamento é a cargo dos orzamentos da Seguridade Social, das mutuas colaboradoras, do SEPE e do FOGASA, respecto das exencións que lle correspondan a cada un deles. 8) Que as exencións non se practican de oficio, senón que son rogadas, a través das regras dos apartados 5, 6 e 7 da disp. adic. 44, que dan lugar ás actuacións previstas no seu apartado oitavo. 9) Que o incumprimento das obrigas formativas, no seu caso, produce a obriga de pagar o importe equivalente ás exencións, coas recargas e intereses de demora correspondentes. Esa obriga límitase ás cantidades correspondentes ás persoas traballadoras que non se beneficiaron das correspondentes accións formativas. E 10) que a vixilancia sobre o adecuado cumprimento dos requisitos e das obrigas establecidas en relación ás exencións nas cotizacións correspóndelle á Inspección de Traballo e Seguridade Social²².

Como comentario necesario, debe insistirse en que, a través das regras descritas, se drenan recursos do sistema de Seguridade Social, mediante unhas técnicas que, a pesar de coñecidas e suficientemente criticadas, non se acaban de abandonar, desafortunadamente, senón que o corpo lexislativo incorre unha e outra vez nelas. Mención á parte merecen as exencións aplicadas no caso de medidas que se amparan no Mecanismo REDE, pois para elas aplícase o Fondo REDE de Flexibilidade e Estabilización do Emprego regulado no apartado 6 do art. 47 bis, ao que máis adiante se realizará un breve comentario.

6.2.3 Protección por desemprego

²² Con interesantes precisións a este respecto, a disp. adic. cuadraxésimo quinta da LXSS, así mesmo introducida polo RD-Lei 32/2021, desenvolve as concretas actuacións de control destinadas a ese labor de vixilancia.

Como xa se insinuou, sobre este concreto apartado haberá que excluír ás persoas afectadas por medidas que se amparan no mecanismo REDE, con respecto ás cales enseguida se describe a súa protección específica. En relación coa suspensión ou redución de xornada por causas ETOP e por forza maior, o art. 47.7 f) ET remite sen máis ao art. 267 da LXSS e normas concordantes, nunha regra común que, en realidade, logo se disocia na lexislación de Seguridade Social. Ou, noutras palabras, introduciuse unha norma que mellora a protección en caso de forza maior en calquera das súas modalidades, con ocasión do RD-lei 2/2022, do 22 febreiro. Non é fácil entender o porqué deste tratamento diferenciado, do cal a EdM desta norma de urxencia só expresa que se aproba “*coa finalidade de asegurar a necesaria protección social das persoas traballadoras*” en tales situacións. É para min un arcano entender este diferente tratamento e esa postergación na protección dos ERTE ordinarios producidos por causas ETOP pois, en aparencia, as persoas traballadoras atópanse, calquera que sexa a causa da medida suspensiva ou de redución de xornada, nunha continxencia similar.

É certo que a diferenza resulta coherente co mellor trato que tamén recibe a forza maior en relación coa exención de cotizacións, pero pode admitirse que esta última xustifícase no seu carácter exógeno en comparación coas causas ETOP, por máis que tal carácter poida en parte cuestionarse cando se trata das limitacións ou impedimentos derivados de decisións administrativas, tal e como xa foi argumentado. Talvez poida insinuarse como motivo a diferente estrutura do expediente, que cando é por causas ETOP conta coa peza central da fase de consultas, en cuxo seo se pode producir unha “excesiva” tendencia ao acordo e a trasladar custos ao SEPE máis aló do razoable. Pero para iso está prevista a demanda de oficio que pode formular a autoridade laboral. Certamente, o resultado normativo, en termos de cobertura de desemprego, só pode cualificarse como arbitrario.

En termos descritivos, as disimilitudes son notables: no caso dos expedientes dos apartados 5 e 6 do art. 47, a porcentaxe que se aplica á base é do 70 por 100 ao longo de toda a vixencia da medida, iso si, aplicándose os límites de contía mínimo e máximo da prestación previstos no art. 270.3 LXSS.

Ademais, non se produce consumo de cotizacións por mor do gozo da protección nin se esixe reunir un período de cotización mínimo. En definitiva, unha tripla medida xa ensaiada na normativa de pandemia -e anteriormente, en canto á "reposición" da prestación- cuxa recuperación parcial esixiría unha maior explicación e, seguramente, unha maior coherencia.

7. O MECANISMO REDE DE FLEXIBILIDADE E ESTABILIZACIÓN DO EMPREGO

7.1 COMENTARIOS XERAIS

Constitúe, polo menos dende unha perspectiva cualitativa, a novidade máis substantiva do RD-Lei 32/2021. Afunde tamén as súas raíces na experiencia da pandemia e na visión de como certas situacións sobrevidas ben poden afrontarse a través dunha participación pública activa e facilitadora na que ao Goberno correspóndelle desempeñar un papel central como entidade promotora. Non en balde, o Compoñente 23 do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia trazou un primeiro bosquejo de instrumento inspirado nos ERTE e no maior perfil que foi adquirindo a través das sucesivas normas de urxencia derivadas da COVID-19. Ese instrumento estaría chamado a dar resposta a unhas necesidades máis amplas e diversas e a conformar un elemento central do marco español de relacións laborais.

Como primeiro comentario, o art. 47 bis produce unha entrada en tromba das decisións gubernativas nas relacións laborais, cunha intensidade dende logo descoñecida na nosa historia recente. Á cal hai que sumar un realce do papel das autoridades laborais, que recobran en parte o protagonismo que perderon, sobre todo -aínda que non unicamente- coa reforma de 2012. Ambos os aspectos están en estreita relación recíproca, ao servizo dun modelo no que o intervencionismo público gaña terreo, coa finalidade última de que se produza un reaxuste máis programado das empresas ás circunstancias que aparezan e no que, se é posible, o emprego non se perda, senón que, no peor dos casos, se transforme. Trátase dunha orientación sen dúbida nova, que merece ser ensaiada para, se é necesario, corrixir algúns desaxustes que poida incluír. Sen dúbida, as

expectativas que levantou, para os efectos de corrixir a especial tendencia destrutiva de postos de traballo que tradicionalmente caracterizou ao noso sistema en épocas críticas e de reconversión, son moi elevadas.

O art. 47 bis define o Mecanismo REDE como “*un instrumento de flexibilidade e estabilización do emprego que, unha vez activado polo Consello de Ministros, permita ás empresas a solicitude de medidas de redución de xornada e suspensión de contratos de traballo*”. A palabra “flexibilidade” adquire neste contexto novos matices, porque se emprega nun escenario no que, propiamente, as decisións das empresas non se liberalizan nin a normativa laboral faise menos imperativa, aínda que si se quere adaptar ás súas necesidades. Máis ben, o poder público convértese en acompañante necesario dos procesos de adaptación e readaptación polos que atravesan. Só dende esa óptica pode falarse, impropriamente, de flexibilidade. Sería máis adecuado dicir que o Mecanismo é un instrumento de adaptación, ou de adaptabilidade. Máis expresiva e acertada é a palabra “estabilización”, como valor que se quere imprimir de mantemento das persoas nos seus contratos de traballo ou, como mínimo, no mercado de traballo. Sen dúbida, apela a unha consideración máis periférica da flexibilidade de saída e das institucións que a soportan, que retroceden para deixar espazo a medidas de mantemento do emprego e das vinculacións laborais²³.

Non obstante todo o dito, o comentario positivo quebra e tórñase, necesariamente, en crítica frontal, cando se repara que ao Consello de Ministros, e só a el, confíase a activación do Mecanismo. Ou, dito *a sensu contrario*, os consellos de goberno das Comunidades Autónomas carecen, de acordo co precepto, de competencia para activar ningún tipo de mecanismo REDE. O cal é rotundamente inconstitucional e, de forma inevitable, debe cualificarse como unha profunda deslealdade da norma ordinaria cara ás regras de repartición

²³ Nesta liña de opinión, CAVAS MARTÍNEZ, F., *El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad del empleo en la nueva reforma laboral 2021*, NET21, 2022, pp. 6-7, en <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/>.

de competencias²⁴. Como é sabido, desenvolveuse certo corpo de doutrina do TS acerca da distribución “lexislación laboral-execución” do art. 149.1.7. Foi, en particular, central, a STC 86/1991, do 25 abril, acerca da competencia para ditar resolucíons de extensión das normas colectivas, que o art. 92 dous do ET de 1980 confiaba en exclusiva ao Ministerio de Trabajo.

De acordo con ela, a cuestión decisiva sitúase na natureza xurídica da “activación” do mecanismo. Se se sitúa na esfera da potestade regulamentaria do Goberno, sen dúbida sería lexítimo residenciar en exclusiva a competencia no Consello de Ministros, pero se se considera que a activación non é senón actuación dunha normativa laboral preestablecida, sen que innove o ordenamento xurídico, en tal caso as Comunidades Autónomas poderían e deberían estar habilitadas para tal posta e marcha. En efecto, non é decisivo o rango dunha hipotética norma, senón a propia natureza da decisión governamental de desencadear o mecanismo. Para ese efecto, é indubidable que existen diferenzas de calibre entre a extensión de convenios colectivos e a activación dun mecanismo REDE: aquela está ditada por un Departamento Ministerial -ou, no seu caso, por un autonómico- de tal forma que non se sitúa exactamente no contexto da potestade gobernativa, ou polo menos ao mesmo nivel que unha decisión que se adopta colexiadamente polo Consello de Ministros. Esta última, máis que actuación administrativa, é propiamente actividade de goberno. Con todo, como expresa

²⁴ Algún autor matiza que acaso a modalidade cíclica puidese ampararse na competencia ampla de “bases e coordinación da actividade económica” do art. 149.1.13. Neste sentido, maniféstase GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., (*La respuesta anticipada...*, cit., p. 102). Á marxe desta apelación, polo demais comparto a súa opinión en canto á modalidade sectorial, cuxa atribución en exclusiva ao Consello de Ministros considera pouco respectuosa coas competencias autonómicas en materia de execución laboral. En canto ao art. 149.1.13, a pesar dunha xurisprudencia do TC que non cabe senón cualificar como de moi centralizadora e na que esta competencia foi utilizada como hidradisolvente das competencias autonómicas, non pode poñer en cuestión a competencia das CC.AA. de execución da lexislación laboral. Trátase do debate acerca dos límites que poidan establecerse aos denominados “títulos horizontais do Estado”. Sobre este debate, AJA, E. e VIVER PI-SUNYER, C., *Valoración de 25 años de autonomía*, Revista española de Derecho Constitucional, año 23, nº 69, 2003, pp. 69 ss., en particular pp. 91 ss.

a propia STC 86/1991, "*certamente, o acto de extensión [ou, mutatis mutandis, a activación do mecanismo] produce efectos sobre o ámbito de aplicación de normas preexistentes*".

Sen dúbida, o art. 47 bis vai ser obxecto de desenvolvemento regulamentario. Probablemente, a través dunha modificación ampla do aprobado por RD 1483/2012. Ou talvez aprobándose un diferente. Nel, de seguro se perfilarán máis aspectos do Mecanismo e dos requisitos da activación por parte do Consello de Ministros. Pero, a diferenza do que ocorría na época de pandemia durante a cal non existía normativa de cobertura, agora existe, de tal forma que cada activación non innovará o ordenamento xurídico. Por suposto que é posible, e mesmo probable, que con algunha decisión de poñelo en marcha o Consello de Ministros acompañe unha modificación do Regulamento en exercicio da súa potestade regulamentaria. Ou mesmo que aprobe unha norma con rango de lei que despois deberá ser validada polo Congreso dos Deputados. Pero, en todo caso, a activación en si mesma non pode cualificarse como decisión de alcance normativo.

A conclusión é rotunda: o art. 47 bis infrinxe a repartición de competencias entre o Estado e as CC.AA. Os órganos de goberno destas poden e deben ter competencia para aprobar unha decisión de activación. Agora ben, a estrutura da norma é ben diferente da do art. 92 dous ET que no seu momento foi interpretada en clave de constitucionalidade pola STC 86/1991. Non basta dende logo con declarar que a competencia tamén -debe expresarse, dende logo, que "tamén", non "en lugar de"- debe residir en consellos de goberno autonómicos. A activación, de acordo coas regras legais, require dunhas iniciativas e duns informes de órganos que non teñen parangón -ou non o teñen necesariamente- con outros homólogos das CC.AA. Mesmo é previsible que o desenvolvemento regulamentario do art. 47 bis pretenda, nunha clara fuxida cara a adiante, reforzar máis o carácter estatal do Mecanismo REDE. En consecuencia, a inconstitucionalidade non se resolve simplemente declarando que as CC.AA. poden tamén activar un mecanismo REDE, senón que é necesario a canle para que iso poida ser así.

A estas alturas, próximos a cumprirse os tres meses dende a entrada en vigor do RD-Lei 32/2021, non existe constancia pública de ningún recurso de inconstitucionalidade que se interpuxese contra o art. 47 bis. En todo caso, por un mínimo principio de adecuación á distribución de competencias establecido pola Constitución, é necesario instar unha modificación legal do art. 47, petición á que hai que convocar a cantos organismos e entidades tiveron algunha relación coa aprobación do precepto. Non está só en xogo un asunto formal de repartición de competencias, senón o recoñecemento de capacidades ás Comunidades Autónomas nunha materia tan sensible como é a regulación de emprego e a posta en marcha dos mecanismos legais previstos. Moi en concreto, o acompañamento e apoio activo en procesos de reconversión sectorial territorialmente localizados correspóndese moito máis co desenvolvemento de iniciativas públicas por parte dos consellos de goberno autonómicos. Trátase dun debate, seguramente abordado de maneira insuficiente no noso país, relativo a que ámbito de goberno é o máis idóneo para o desenvolvemento de determinadas actuacións en materia de política de relacións laborais.

7.2 TIPOLOXÍA E ACTIVACIÓN

Xa se aludiu aos dous tipos de mecanismos REDE: 1) o cíclico, que se pode activar en resposta a unha conxuntura macroeconómica xeral que aconselle a introdución de instrumentos adicionais de estabilización; e 2) o sectorial, que se pon en marcha nun sector ou varios sectores de actividade, cando se aprecien cambios permanentes que xeren necesidades de recualificación e procesos de transición profesional. O primeiro -enténdese que o seu prazo de activación- non pode superar un ano, e o segundo pode alcanzar os dous: un período inicial dun ano máis senllas prórrogas de seis meses cada unha.

Chama a atención o establecemento destas duracións máximas, que ao cabo limita bastante, en particular no caso do mecanismo cíclico, o tempo máximo ao longo do cal poden autorizarse as medidas. Contrasta respecto diso a regulación do art. 47, reticente a establecer prazos máximos de execución da decisión empresarial ou da autorización para

tomar medidas por forza maior, coa do art. 47 bis, moito máis rigorosa. Seguramente, os prazos perentorios encamiñanse a producir unha acción política de gran efectividade no curto prazo, pero suscitan a dificultade de que quizais haxa que inaplicalos en situacións críticas, mediante normativa de excepción que se dite especificamente para sortéalos. É fácil prognosticar que así ocorrerá, polo menos nalgunha ocasión, e, lonxe de supoñer un demérito, poñerá de manifesto toda a potencialidade destas ferramentas de mantemento do emprego, por máis que implique un importante gasto público destinado aos seus distintos compoñentes. Noutra orde de ideas, a propia temporalidade do Mecanismo é un criterio bastante fiable para desmontar, dende unha nova perspectiva, a natureza normativa da activación por parte do Consello de Ministros.

O apartado 2 dedícase ás regras de activación, por proposta conxunta de varios departamentos ministeriais. O precepto incorre no vicio de incluír na norma a estrutura dos distintos ministerios e do Goberno no seu conxunto, por definición efémera. Expresado en termos menos conxunturais, parece requirirse, en canto á modalidade cíclica, a iniciativa mancomunada dos departamentos en materia de Traballo, de Seguridade Social e de Economía. Cando se trata da sectorial, engádese a capacidade de solicitude por parte das organizacións sindicais e empresariais máis representativas de ámbito estatal, que poderán instar a convocatoria dunha Comisión Tripartita -enténdese que conformada polos tres ministerios actualmente concernidos-, a cal se reunirá no prazo de quince días ao obxecto de analizar a pertinencia de remitir a proposta de activación ao Consello de Ministros. En todo caso, e en ambas as modalidades, requírese de forma imprescindible informar as organizacións sindicais e empresariais máis representativas a nivel estatal.

Outra crítica de fondo merece este apartado segundo. Constitúe un paso decisivo nunha orientación totalmente equivocada, de eludir ás entidades máis representativas de ámbito autonómico, nunha contradición inequívoca co bloque de constitucionalidade, conformado por unha peza tan fundamental como a LOLS. Certamente, hai algunhas leis sobre temas varios que xa deran ese paso con anterioridade.

Pero é a primeira vez que esta exclusión chega ao Estatuto dos traballadores. Ben ao contrario, o ET preservara ata o de agora e sempre unha regulación respectuosa coa maior representatividade en todas as súas dimensións, que creba no novo art. 47 bis. Mesmo podería admitirse que o precepto non é fragrantemente inconstitucional, pero dende logo constitúe unha traizón expresa á arquitectura e ao modelo sindical español e provoca unha fractura moi difícil de superar. A exclusión só pode explicarse á vista das entidades que participaron no diálogo social que cristalizou no RD-Lei 32/2021, que son, ao cabo, as únicas que se recoñecen cun papel importante no Mecanismo REDE. Non cabe senón esperar que a práctica na aplicación do precepto sexa algo máis inclusiva, e que nun futuro máis ou menos próximo o precepto faga inclusión expresa das organizacións máis representativas de Comunidade Autónoma.

7.3 O EXPEDIENTE AMPARADO NO MECANISMO REDE

Activado o Mecanismo, as empresas poden acollerse voluntariamente ás medidas de suspensión de contrato e redución de xornada, que cualitativamente son as mesmas que as previstas no art. 47. A tal fin, deben solicitar á autoridade laboral -agora si, a territorialmente competente, en función do ámbito de afectación da medida- unha ou outra, sempre que se manteña vixente a activación. Expresa o apartado 3, parágrafo primeiro do art. 47 bis en termos algo equívocos que a solicitude poderá referirse a calquera dos seus centros de traballo. Como é evidente, tamén poderá afectar a varios centros ou á totalidade dos que teña a empresa.

A empresa tramita unha solicitude ante a autoridade laboral, da mesma natureza que a prevista no art. 47.6. É dicir, a diferenza dos ERTE por causas ETOP, as suspensións de contratos ou reducións da xornada non poden decidirse sen previa autorización da autoridade laboral. Agora ben, en paralelo á solicitude prodúcese unha comunicación á representación legal das persoas traballadoras, que desemboca nunha fase de consultas. É dicir, articúlase un procedemento híbrido, para cuxo desenvolvemento o precepto remite ao art. 47.5 -expediente por forza maior

temporal, na súa vertente tradicional-, pero cun previo período de consultas que debe levar a cabo nos mesmos termos do art. 47.3. Ademais, o art. 47 bis engade algunhas regras específicas, en concreto, as seguintes: 1) que, no caso de activación dun mecanismo sectorial, a solicitude da empresa deberá achegar un plan de recualificación das persoas afectadas. 2) Que a Inspección de Traballo e Seguridade Social, a instancia da autoridade laboral, deberá informar preceptivamente acerca da concorrencia dos requisitos correspondentes, nun prazo de sete días dende a notificación do inicio por parte da empresa á autoridade laboral. 3) Que a resolución da autoridade laboral deberá ditarse no prazo de sete días despois de ser notificada pola empresa tras a finalización do período de consultas, de modo que, no suposto de falta de resolución expresa, enténdense autorizadas as medidas solicitadas, co alcance legal e regulamentariamente previsto. En todo caso, procederá estimar a solicitude cando, da documentación achegada, dedúcese que concorre a situación cíclica ou sectorial temporal. E 4) que, se se alcanza acordo en fase de consultas, a autoridade laboral autorizará a aplicación do mecanismo e a empresa poderá poñer en marcha as medidas suspensivas ou de redución de xornada nas condicións acordadas.

Varios comentarios merece o réxime legal descrito, evidentemente necesitado do Regulamento de desenvolvemento. Primeiramente, e expresada a idea a grandes liñas, o precepto recupera para este tipo de expedientes unha intervención administrativa máis forte, na liña coa que existía para os ordinarios por causas ETOP antes da reforma de 2012. En consecuencia, súmanse os dous ingredientes clásicos, máis ou menos consolidados a partir de 1994: a fase de consultas sumada á posterior convalidación do acordo ou a decisión da autoridade laboral en caso de desacordo. É difícil de explicar por que neste concreto escenario volveuse a tal esquema. Parece adecuada, dende logo, a fase de consultas, pero a hipótese formulada, un *factum principis* consistente na activación do Mecanismo, garda máis similitude coa forza maior do art. 47.6 que cunha causa ETOP do art. 47.2. Como se reflexionou anteriormente,

a causa microeconómica para a adopción no ámbito empresarial das medidas suspensivas ou de redución de xornada, distinta da macroeconómica que xustifica a activación do mecanismo, é un dos aspectos máis dúbidosos do art. 47 bis. Con todo, a apreciación de como a situación cíclica ou sectorial impacta nas diferentes entidades empresariais aproxima estas situacións ás descritas no devandito art. 47.2.

A fase de consultas contextualizada na vixencia do Mecanismo REDE rodéase dunha serie de limitacións diferenciadas. Unha débese á propia vixencia da decisión governativa, cinguida, no mellor dos casos, a un ano e dúas prórrogas semestrais. Outra refírese ao establecemento dunha serie de instrumentos de apoio, voluntarios ou non, que condicionan a posición das partes e diminúen o ámbito do negociable: a prestación específica á que máis adiante se fará referencia, as exencións nas cotizacións vinculadas ao mantemento do emprego, as iniciativas formativas, que no escenario do art. 47 bis gozan dunha importancia singular... Algunhas destas cuestións tamén afectan os expedientes do art. 47.2, pero evidentemente en menor medida. Unha terceira alude á posición da autoridade laboral en caso de desacordo, indubidablemente condicionada pola vixencia do Mecanismo. Quere con todo isto dicirse que, seguramente, o contido da fase de consultas vai destinarse a mellorar a posición das persoas traballadoras máis que a rebater a propia medida proposta. Asuntos tales como o complemento da prestación a cargo da empresa, a mellora das iniciativas formativas, ou a ampliación do compromiso do mantemento do emprego -en particular, en referencia á renuncia á realización nun futuro máis ou menos próximo de despedimentos colectivos- intúense como contidos máis probables das mesas de consultas.

En canto á intervención reforzada da autoridade laboral, parece adecuada e razoable, no contexto dun expediente no que, ao cabo, o poder público desempeña un papel tractor para sortear unha crise cíclica ou sectorial. Non se trata tanto de comprobar o axuste normativo da solicitude da empresa - aínda que tamén- senón de acompañala neste transo a través

duns trámites que, como vai apreciarse a continuación, contan con importantes singularidades.

É lóxico que no caso da modalidade sectorial deba achegarse un plan de recualificación das persoas afectadas. Non por casualidade, a letra b) do art. 47 bis 5 asigna a consideración de colectivo prioritario para o acceso ás iniciativas de formación do sistema de formación profesional a todas as persoas cubertas por un Mecanismo REDE, sexa cíclico ou sectorial. A formación, a empregabilidade e a adaptación dos cadros de persoal teñen nesta segunda modalidade unha maior importancia, pola propia idiosincrasia dese Mecanismo, identificando por que se xeraron necesidades de recualificación e procesos de transición profesional. O plan, que probablemente será perfilado con máis precisión cando se aprobe o Regulamento, non debería limitarse á formación bonificada, senón ao desenvolvemento dunhas iniciativas de *outplacement* que, na práctica, van gardar unha importante similitude coas do art. 51.10 ET²⁵. Por suposto, as medidas incorporadas no plan poden desenvolverse a través de entidades privadas, pero sen dúbida a autoridade laboral pode acompañar, asesorar e apoiar o seu desenvolvemento. Tamén o informe da Inspección de Traballo e Seguridade Social revístese de maior importancia. É preceptivo e debe emitirse no improrrogable prazo de sete días “*dende a notificación de inicio por parte da empresa á autoridade laboral*”. É dicir, a diferenza dos expedientes regulados no art. 47, a norma asegúrase de que o informe, relativo á concorrencia dos requisitos correspondentes, poida incorporarse ao expediente antes da finalización da fase de

²⁵ O cal, por outra parte, déixase entrever con certa claridade na disp. adic. primeira do RD-lei 32/2021: “*medidas de transición profesional no ámbito do Mecanismo REDE de Flexibilidade e Estabilización do Emprego. Transcorrido un ano dende a primeira activación do Mecanismo REDE de Flexibilidade e Estabilización do Emprego ao que se refire o artigo 47 bis, na súa modalidade sectorial, o Goberno e as organizacións sindicais e empresariais máis representativas, estudadas as circunstancias en que se atopen o emprego e o tecido produtivo dos sectores afectados polo Mecanismo REDE, analizarán a necesidade de adoptar medidas no ámbito laboral ou da Seguridade Social tendentes a favorecer a transición profesional das persoas traballadoras que se vexan afectadas polo Mecanismo REDE no futuro*”.

consultas e antes de que a autoridade laboral haxa de emitir a súa decisión. Tampouco é fácil identificar os motivos de tal especial importancia do informe, se se fai comparación, por exemplo, coa regra do art. 47.6, que o considera non preceptivo e, por suposto, do mesmo xeito que no art. 47.5, non asegura que se emitise cando a autoridade laboral constate ou non a existencia de forza maior. Na miña opinión, é o art. 47 bis o que contén a regulación adecuada, en atención á gran importancia que debe ter un documento incluído no expediente e que expresa a opinión experta dunha función pública especializada. Co informe, a autoridade laboral está en mellor disposición de, en caso de desacordo en fase de consultas, emitir a súa resolución no prazo de sete días. Aínda que non sexa vinculante, constitúe un documento fundamental na motivación da decisión administrativa.

Finalmente, en canto ao valor do acordo en fase de consultas, recóbrase a regra do art. 47 anterior á reforma de 2012: a autoridade laboral está vinculada por aquel, de tal forma que a empresa pode aplicar as medidas, iso si, nos termos acordados coa representación das persoas traballadoras.

Polo demais, o art. 47.5 a) remite, para as dúas modalidades do Mecanismo REDE, aos apartados 4 e 7 do art. 47. En consecuencia, é posible a prórroga das medidas, sempre dentro do prazo de vixencia do propio Mecanismo. En aparencia, da remisión xeral que se formula ao art. 47.4 debería concluírse que a prórroga non debe ser autorizada pola autoridade laboral, senón que a empresa decide despois de realizar a fase de consultas, que só lle vincula en caso de acordo. Non obstante, trátase dunha aparencia discutible, vista a diferente estrutura do expediente e, por outra parte, suscita dúbidas referidas ao acceso á protección social, como vai analizarse seguidamente. De modo que haberá que atender a se o Regulamento se pronuncia sobre tal extremo e, no seu caso, en que termos o fai. Polo demais, non parece existir problema ningún para iniciar un procedemento para suspensión de contratos ou redución de xornada ao amparo do art. 47 cando finalizase o período de aplicación dunhas medidas autorizadas ao amparo do art. 47 bis. Así mesmo, é posible a opción inversa, normalmente cando se active un

Mecanismo de calquera das dúas modalidades durante a aplicación dun ERTE realizado ao amparo do art. 47.

En canto á remisión ao apartado 7 do art. 47, evidentemente non pode ser á súa letra e), porque a protección non se vincula á prestación por desemprego, aínda que, como vai explicarse, pode amparar unha aplicación supletoria da normativa de desemprego. Xa se expuxeron as especificidades relativas ás accións formativas e á exención de cotizacións para o caso específico destes expedientes. Só queda remitirse, para os demais mandatos do art. 47.7, ao xa comentado anteriormente -límitar das reducións de xornada, prioridade destas fronte a suspensións, contido da solicitude, afectacións e desafectacións de persoas traballadoras e limitacións á subcontratación, ás horas extraordinarias e á formalización de novos contratos-, sen que sexa necesario ningún comentario particular.

7.4 A PROTECCIÓN SOCIAL DAS PERSOAS AFECTADAS POR MEDIDAS AMPARADAS NO MECANISMO REDE

O art. 47 bis 5 b) sinxelamente remítese ás medidas contidas na disposición adicional cuadraxésimo primeira da LXSS, precepto que así mesmo introduce o RD-lei 32/2021 e que, a diferenza de todos os demais aos que se refire este artigo²⁶, só entra en vigor a partir do 30 marzo 2022, de conformidade coa disposición final oitava do RD-lei 32/2021. Nela regúlase unha “prestación do Mecanismo REDE” con grandes concomitancias coa prestación por desemprego. Nos seus trazos xerais, esta protección é moi similar á de desemprego por forza maior do art. 47 despois das reformas producidas polo RD-Lei 2/2022: non se require carencia ningunha para acceder a ela -aínda que si se esixe que o contrato de traballo se formalizase con anterioridade á activación do Mecanismo por parte do Goberno-, alcánzase sen límite temporal o 70 por 100 da base reguladora e non se consomen cotizacións. Con acertado criterio, o precepto protexe ás persoas que teñan a condición de socias traballadoras de cooperativas de traballo asociado²⁷ e de sociedades laborais sempre que

²⁶ Aínda que sen esquecer a regra, en realidade transitoria, da disp. adic. terceira.

²⁷ Talvez fose máis razoable interpolar o RD 42/1996, do 19 xaneiro.

estean incluídas no réxime xeral da Seguridade Social ou nalgún réxime especial que protexa a continxencia de desemprego. Sucede, con todo, en relación coas cooperativas de traballo asociado, que o RD-Lei 32/2021 non incluíu un precepto paralelo ao contemplado no art. 22.3 do RD-Lei 8/2020. Trátase dunha grave omisión porque, en aparencia, non hai un Mecanismo REDE expresamente previsto para estas entidades, de modo que é necesaria a oportuna reforma normativa²⁸. Non é suficiente a tales efectos, dende logo, a referencia á “relación societaria” que expresa no parágrafo cuarto do apartado 1 da disposición adicional.

A norma establece unha incompatibilidade, absolutamente lóxica, entre a prestación do Mecanismo e a de desemprego, no nivel contributivo ou asistencial, a de cesamento de actividade e a renda activa de inserción, así como con calquera outra prestación que non sexa compatible co traballo do cal se derivou a suspensión do contrato ou a redución de xornada. E igualmente dispón a imposibilidade de percibir dúas ou máis prestacións derivadas de distintos Mecanismos simultaneamente²⁹.

Do procedemento de solicitude, para cuxo desenvolvemento a norma remite á Orde do Ministerio de Traballo e Economía Social, deben destacarse os aspectos seguintes: 1) é a empresa a que a realiza telematicamente, seguindo o ronsel do art. 3 do RD-Lei 9/2020, do 27 marzo, no prazo dun mes dende a notificación da resolución da autoridade laboral autorizando as medidas ou dende a certificación do silencio positivo. 2) En caso de atraso na solicitude -cuxo prazo, debe

²⁸ Non parece suficiente a remisión do apartado segundo da disposición ao Regulamento, pois só se formula “*para a solicitude e o recoñecemento do dereito a esta prestación*”. Agora ben, tampouco sería estritamente necesaria unha norma legal para regular a suspensión ou redución de xornada da relación societaria, seguindo o ronsel do RD 1043/1985, do 19 xuño e o RD 42/1996, do 19 xaneiro.

²⁹ É oportuna a crítica que formula GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. (*op. cit.*, p. 108) referida a que non debía ser imposible un acceso múltiple en caso de pluriemprego en dous sectores afectados por senllos Mecanismos, en tanto que non se prohibe que se accedan a dous ou máis prestacións se as empresas son do mesmo sector. Creo que se trata dun *lapsus* da norma, que non pretendeu en ningún caso limitar o acceso a dous ou máis prestacións cando concorren situacións de pluriemprego ou de pluriactividade por conta allea.

insistirse, non é de quince días, senón dun mes- a prestación recoñécese dende o día en que se realiza, pero xérase unha responsabilidade da empresa, que debe pagarlles ás persoas afectadas a prestación dende o primeiro día en que se aplicou a medida ata a data na que o SEPE asume o pago. A este respecto, sería desexable que a norma, en analoxía co disposto no art. 166.4 LXSS, establecece a alta de pleno dereito, para evitar problemas, excepcionais pero que poden suceder. 3) O acceso á prestación require que a persoa afectada se inscriba como demandante de emprego.

A base reguladora da prestación é igual á prevista para a de desemprego no art. 270.1. Por fortuna, omítese a inconveniente referencia deste precepto ao caso do traballo a tempo parcial, á vista do asunto *Espadas Recio*³⁰. Para as persoas que prestan servizos a tempo parcial, aplícase, pois, idéntico réxime que para as que o fan a xornada completa. E, para as que leven menos de 180 días de ocupación cotizada -suposto que, por razóns obvias, non contempla o art. 270.1 LXSS-, a base reguladora calcularase en función das bases correspondentes ao período inferior acreditado naquela. A porcentaxe é do 70 por 100 ao longo de toda a vixencia da medida, do mesmo xeito que o é agora para o desemprego derivado de suspensión do contrato ou redución de xornada por forza maior.

A contía máxima equipárase á do art. 270.3 da LXSS, do 225 por 100 do IPREM, pero con independencia da existencia ou non de fillos a cargo. Tamén, a este respecto, a prestación faise máis favorable para as persoas afectadas que a de desemprego, en calquera das súas modalidades. Si que se aplica a proporcionalidade dese tope máximo no caso de traballo a tempo parcial, a cal foi expresamente declarada compatible coa Directiva 1979/7/CEE³¹. Agora ben, de novo hai unha diferenza en relación co art. 270.3, debido a que neste a mesma proporcionalidade aplícase á contía mínima da prestación por desemprego, contía que non existe na prestación do Mecanismo REDE. Seguramente, a crecente

³⁰ Asunto C-98/15, sentenza do 9 novembro 2017.

³¹ Asunto C-137/15, *Plaza Bravo*, auto do 17 novembro 2015.

diferenza entre o SMI e o IPREM produza que ese limiar mínimo sexa inefectivo na práctica.

As regras de cotización durante a aplicación das medidas do apartado 5 son similares ás do art. 273. Así mesmo, hai unha evidente proximidade entre as regras de compatibilidade do apartado sexto coas do art. 282. En canto á duración da prestación esténdese, como moito, ata o termo final de aplicación do Mecanismo á empresa, aínda que, como é obvio, a persoa beneficiaria pode ser desafectada con anterioridade. E, do mesmo xeito que sucede no desemprego en caso de suspensión por forza maior, o gozar do dereito non implica consumir as prestacións por desemprego³². Por suposto, o tempo de afectación tense por non cotizado para os efectos dunha futura prestación por desemprego, pero, en canto ao cómputo do período de seis anos de ocupación cotizada para o cálculo desta, o tempo de gozo da prestación do Mecanismo REDE é neutro e, por tanto, producirase unha retroacción equivalente ao prazo de tal gozo.

Os apartados 9 e 10 da disposición adicional aluden a causas de suspensión e extinción da prestación. En canto á suspensión, alúdese á da suspensión da relación laboral por causa distinta da aplicación do Mecanismo REDE, nunha regra clásica que subordina a prestación derivada das vicisitudes do emprego a calquera outra situación que reflecta unha falta de dispoñibilidade ou de capacidade para traballar. En canto á extinción, refírese á baixa definitiva na empresa por calquera motivo, así como á imposición da sanción de perda da prestación.

Finalmente, o apartado 11 encoméndalle ao SEPE a xestión en todos os seus extremos desta prestación, sen prexuízo das atribucións recoñecidas aos órganos competentes da Administración laboral en materia de sancións e sen prexuízo de que no Réxime Especial de Traballadores do Mar lle corresponda aquela ao Instituto Social da Mariña. O apartado 12 habilita á TXSS para os actos recadatorios en vía executiva

³² Por conseguinte, non se entende ben, por ineficaz, a última regra do apartado 8 da disposición adicional: *"no caso de redución de xornada, entenderase como tempo de percepción de prestación o que resulte de converter a día a xornada completa o número de horas non traballadas no período temporal de referencia"*.

e o apartado 13 remite ao proceso de Seguridade Social, previa reclamación administrativa, as resolucións da entidade xestora relativas á prestación.

O réxime legal da prestación, así esbozado, formula algúns interrogantes. O primeiro e máis obvio refírese ao porqué de xerar, polo menos dende unha perspectiva formal, unha prestación diferenciada da de desemprego. Enseguida vai verse que unha posible explicación reside na específica forma de financiamento que lle caracteriza, non vinculada á cotización por desemprego. Con todo, parece bastante insuficiente como argumento. Tamén pode apelarse a unha emulación dos sistemas comparados exitosos, en particular o alemán, co seu sistema *de Kurzarbeit* que xera un subsidio estatal (*Kurzarbeitergeld*) diferenciado da cobertura do paro forzoso³³. Pero non parece haber unha razón suficiente de peso máis aló de esaxerar unha diferenza que na práctica non é tan grande.

Do cal se segue unha dúbida máis que evidente: por máis que a disposición adicional 41 da LXSS ten unha considerable extensión, e por máis que remita a Orde do Ministerio de Traballo e Economía Social o desenvolvemento do procedemento para a solicitude e o recoñecemento da prestación, a normativa non é suficiente para resolver moitas dúbidas sobre aspectos que si aparecen regulados na normativa legal e regulamentaria sobre a protección por desemprego. En consecuencia, é razoable preguntarse se é posible aplicar analoxicamente, para temas non previstos na regulación da prestación do Mecanismo REDE, a dita normativa. Na miña opinión non só é posible, senón que resulta o máis razoable, e mesmo pode sosterse, como xa se apuntou, na remisión total que o art. 47 bis 5 formula ao art. 47.7 do ET.

Unha última reflexión refírese aos argumentos para que a protección das medidas adoptadas na contorna do Mecanismo REDE sexa máis ampla que a recoñecida noutro tipo de ERTE. Xa se reflexionou sobre este asunto en canto á

³³ Neste sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La fascinación de los modelos o o *Kurzarbeit* a la española", en VV.AA. (dirs. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADOR UGUINA, J.R.), *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Lex Nova (Valladolid, 2010) pp. 181 ss.

diferenza da cobertura de desemprego entre as causas ETOP e as de forza maior. En canto a aquelas, si que parece adecuada unha protección maior, se se ten en conta a particular situación na que se formulan estas medidas, de crises económicas cíclicas ou reconversións de sectores de actividade. Nestas situacións, é especialmente probable que no medio prazo haxa que recorrer á protección por desemprego e, en todo caso, o mantemento dos empregos está especialmente en risco. Por conseguinte, protexer a un colectivo máis amplo mediante menos requisitos de acceso á protección do sistema, facelo sen que se consuman cotizacións a desemprego e cunha prestación económica algo máis elevada parece xustificado, necesario e proporcionado.

7.5 FINANCIAMENTO, COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Ao financiamento público da serie de medidas que rodean o Mecanismo REDE na súa dobre modalidade dedícase o apartado 6 do art. 47 bis. Contempla a constitución dun fondo sen personalidade xurídica denominado Fondo REDE de Flexibilidade e Estabilización do Emprego, adscrito ao ministerio con competencias en materia de traballo, que debe atender no futuro o pago de prestacións e de exencións de cotización empresarial á Seguridade Social, así como custos asociados á formación. O precepto remite ao seu desenvolvemento normativo a forma e condicións para canalizar todas estas necesidades.

En canto aos recursos dos que debe nutrirse o Fondo, o precepto apela aos excedentes de ingresos que financian as prestacións por desemprego nos seus niveis contributivo e asistencial, as achegas que se consignan cada ano na Lei de Orzamentos e as achegas que procedan de instrumentos de financiamento da UE orientados aos fins que serve o Fondo, así como aos rendementos que poidan producir as cantidades existentes. O tema dos excedentes de ingresos exprésase en termos bastante ambiguos, polas propias dificultades que houbo para calcular e verificar en períodos máis ou menos longos a suficiencia das cotizacións por desemprego. Así pois, á marxe dos fondos que poidan provir da UE, a suficiencia deste instrumento será un asunto de maior ou menor

provisión nas leis orzamentarias anuais. Polo demais, tamén a este respecto compróbase a soamente relativa diferenza da prestación do art. 47 bis coa de desemprego, pois a primeira tamén se pode financiar con achegas finalistas dedicadas á cobertura desta última.

Para as actuacións de control da aplicación do Mecanismo, o art. 47 bis, apartado 5 b) prevé a colaboración do Servizo Público de Emprego Estatal coa Inspección de Traballo e Seguridade Social, a través da programación de actuacións periódicas e de execución continuada. Para este e outros fins, en particular para os efectos do desenvolvemento das oportunas actuacións de control, a Inspección poderá acceder a todos os datos que se incorporaron mediante procedementos automatizados e aplicacións³⁴.

8. CONCLUSIÓN

Nas páxinas anteriores, describíronse e comentáronse dende unha perspectiva crítica as novidades que introduciu a reforma laboral de 2021 nunha materia particularmente complexa. Cando finaliza a redacción deste artigo, queda pendente todo o desenvolvemento regulamentario, chamado a precisar asuntos moi importantes só esbozados na norma con rango de lei. Algúns, fóronse despexando no camiño, como o tránsito dende os expedientes por impedimentos ou limitacións vinculados á COVID ao novo sistema, tema no que o RD-Lei 2/2022, do 22 febreiro completou a disposición adicional terceira do RD-Lei 32/2021.

En espera, así pois, de que se coñeza o quebracabezas normativo completo, pode dicirse que os arts. 47 e 47 bis estableceron unhas regras estables que beberon de diversas fontes, pero non en pequena medida da experiencia da normativa organizada en torno ao mantemento do emprego durante a pandemia. Cando esta parece a punto de

³⁴ Debe lembrarse, ademais, que a disp. adic. vixésimo sexta do ET, así mesmo introducida polo RD-Lei 32/2021, regula expresamente o acceso aos datos de todos os expedientes de regulación temporal de emprego pola Tesourería Xeral da Seguridade Social, o Servizo Público de Emprego Estatal e a Inspección de Traballo e Seguridade Social. O cal, evidentemente, facilita a tramitación dos procedementos e tamén a adecuada levanza dos mecanismos de supervisión e control.

extinguirse, pode augurarse que a nova estrutura de ERTE desempeñará un papel moi importante no mantemento do emprego en momentos de dificultades e turbulencias. Con adecuado criterio, a disp. adic. sexta do RD-lei 32/2021 expresa que as persoas afectadas polas medidas dos arts. 47 e 47 bis ET serán computadas como activas a efectos estatísticos. Trátase, sen dúbida, dunha cuestión adxectiva, pero tamén dunha consideración que o noso sistema merece despois de que, no escenario da pandemia, dobroulle o pulso a unha ameaza que xurdía dunha onda inxente de despedimentos masivos.

Expresouse, no contexto do Compoñente 23, que a normativa de medidas de regulación de emprego tería virtualidade para diminuír a contratación temporal e axustar as necesidades de adaptación do tempo de traballo. Tales virtudes están por ver e deberán acreditarse. Pero a que si ten é a de configurar unha nova relación entre a flexibilidade interna e a de saída. Co novo réxime solápanse sen dúbida as causas que xustifican un despedimento colectivo e as que se amparan en Mecanismo REDE. De tal forma que, implantado este, e á marxe das regras que poida establecer o Consello de Ministros cando o poña en marcha, é claro que se debe interpretar con máis rigor e en termos máis restritivos a causa de despedimento dos arts. 51 e 52 c) ET. Pero, así mesmo, a suspensión por forza maior derivada de limitacións e prohibicións cobra unha dimensión máis ampla, que xera unhas relacións distintas non co despedimento por forza maior do art. 51.7, senón tamén co despedimento por causas ETOP. E, expresada a idea en termos máis xerais, ampliado en xeral o recurso á flexibilidade interna, é evidente corolario que retrocede o despedimento, sen prexuízo de que o seu réxime legal debe modificarse nunha próxima reforma, para que o seu carácter de *ultima ratio* se exprese en termos aínda máis inequívocos³⁵.

Nas páxinas precedentes formuláronse algunhas críticas, a maioría delas de técnica lexislativa, pero dous referentes a aspectos moi importantes de política lexislativa, relativos á

³⁵ Con especial convicción, en defensa desta postura, que obriga a reorientar a xurisprudencia do TS, RAMOS QUINTANA, M., *La flexibilidad interna...*, cit.

repartición de competencias entre o Estado e as Comunidades Autónomas e ao “esquecemento” do modelo español de maior representatividade sindical e empresarial. Sen dúbida, dende a nosa arquitectura constitucional, son asuntos defectuosamente regulados. Non se trata dunha discusión entre unha visión máis centralista e outra máis descentralista, senón da leal observancia do noso modelo constitucional. En ambos só cabe pedir unha pronta rectificación legislativa.

Á marxe do cal, unha parte importante do éxito da reforma laboral de 2021 está fiado á aplicación práctica da normativa de suspensión de contratos e redución de xornada aquí tratada. O prognóstico de éxito non se expresa agora como un desexo infundado, senón como unha convicción grande que aniña na maioría das xentes das relacións laborais.