

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

The new system of reduction of working hours and suspension of contracts due to ETOP causes and force majeure.
A commitment to stability and job training.

Ana de la Puebla Pinilla

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6641>

Resumen: Aunque la reforma de los expedientes temporales de regulación de empleo no estaba contemplada en los planes de reforma de la normativa laboral, la experiencia acumulada durante la pandemia sanitaria del COVID-19 ha impulsado la reforma del art. 47 ET con la finalidad de incorporar algunas medidas que se han revelado especialmente eficaces. Las novedades en dicha regulación responden a la finalidad de diseñar un modelo de ERTE que opere como instrumento útil y ágil para la gestión de las crisis temporales que afectan a las empresas, como mecanismo alternativo a decisiones de destrucción de empleo y como oportunidad para mejorar la cualificación profesional de las personas trabajadoras. En el estudio se analizan, en particular, las herramientas que permiten atender a dichas finalidades -la flexibilización de la tramitación y gestión de los ERTE, la apuesta por la formación de los trabajadores, la preferencia por la reducción de jornada frente a la suspensión de contratos y las ayudas económicas a los ERTE-. Se analiza también el efecto que la entrada en vigor de la reforma del art. 47 ET genera sobre los ERTE vivos o en tramitación a fecha 31 de diciembre de 2021.

Palabras clave: ERTE, reducción de jornada, suspensión de contratos, exoneración de cuotas, formación,

Abstract: Although the reform of temporary employment regulation files was not contemplated in the labor regulation reform plans, the experience accumulated during the COVID-19 health pandemic has prompted the reform of art. 47 ET in order to incorporate some measures that have been shown to be particularly effective. The novelties in said regulation respond to the purpose of designing an ERTE model that operates as a useful and agile instrument for managing temporary crises that affect companies, as an alternative mechanism to job destruction decisions and as an opportunity to improve the professional qualification of workers. The study analyzes, in particular, the tools that allow

*ana.delapuebla@uam.es

these purposes to be met - the flexibility of the processing and management of ERTes, the commitment to the training of workers, the preference for the reduction of working hours compared to the suspension of contracts and financial aid to ERTes. The effect that the entry into force of the reform of art. 47 ET generated on ERTes alive or in process as of December 31, 2021.

Keywords: ERTE, reduction of working hours, suspension of contracts, exemption from quotas, training

I. Los ERTE en el centro de las medidas de flexibilidad para hacer frente a la crisis de la empresa

Hasta 2020, el recurso a los expedientes temporales de regulación de empleo era prácticamente anecdótico en nuestro país. Los datos estadísticos¹ revelan que durante los años 2015 a 2019 apenas una media de 57.000 trabajadores/año resultaron afectados por suspensiones de contratos o reducciones de jornada. Ni siquiera durante la crisis financiera del 2008 el número de trabajadores afectados por ERTE fue especialmente significativo², a pesar de que en aquel contexto se promovió la aplicación de ERTE mediante ayudas a las empresas, en forma de exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, y a los propios trabajadores, garantizando la reposición de las prestaciones consumidas en caso de extinción de la relación laboral tras el ERTE.

La situación cambia radicalmente en marzo de 2020, cuando la irrupción de la pandemia de la COVID-19 obliga a adoptar medidas que suponen, en un primer momento, el cese prácticamente total de la actividad económica y, superados los meses de confinamiento estricto, una lenta escalada, con intervalos de retroceso que condicionaron severamente la recuperación económica. El impacto de esta situación sobre la actividad empresarial se abordó desde el primer momento apostando, sin reservas, por los ERTE, en cuanto instrumento que permitía conservar el empleo y favorecer una progresiva recuperación del tejido productivo a medida que las condiciones sanitarias de prevención de la pandemia lo fueran permitiendo. En el pico de la crisis, abril de 2020, más de tres millones de personas trabajadoras se vieron afectadas por ERTE y se beneficiaron de prestaciones por desempleo. En ese mismo periodo, los niveles de destrucción de empleo cayeron significativamente por debajo de la media anual de los años anteriores. En diciembre de 2022, quedaban en ERTE poco más de 100.000 personas y los datos sobre volumen de empleo son actualmente favorables. El éxito de la apuesta, en términos de mantenimiento del empleo, parece, a día de hoy, incuestionable.

En el contexto de la pandemia, se optó por un modelo de respuesta a la crisis inducido desde la Administración y sostenido con fondos públicos. Un modelo que respondía a una finalidad clara y expresa, como se ocupó de señalar el Preámbulo del RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, cuando explicitaba que el refuerzo de los procedimientos de suspensión y reducción de jornada respondía al objetivo de que las causas justificativas de los ERTE por fuerza mayor o causas empresariales derivadas de la COVID “no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación con el empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual”. Las facilidades para tramitar y aplicar las medidas temporales de suspensión de los contratos, la obligada suspensión de los contratos temporales y, sobre todo, la prohibición de despedir por causas vinculadas con el COVID-19, dejaban poco espacio a las empresas para el recurso a medidas extintivas. Junto a ello,

¹ Estadísticas de regulación de empleo, Ministerio de Trabajo y Economía Social.

² El máximo de trabajadores en ERTE se alcanzó en 2009, donde los trabajadores en ERTE se acercaron a la cifra de 486.000.

el apoyo económico –mediante las bonificaciones que, en algunos casos, alcanzaron el 100% de la cotización a la Seguridad Social– y la articulación de una red, generosa y extensa, de protección social para las personas trabajadoras afectadas, garantizaban el favorable resultado.

Si esta referencia a los ERTE COVID se trae aquí, en el marco del análisis del art. 47 ET, modificado por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, RDL 32/2021), y en vigor desde el 31 de diciembre de 2021, es porque la experiencia acumulada en la regulación y gestión de estos ERTE COVID ha motivado e inspirado las novedades que ahora se incorporan a la regulación de los expedientes temporales de regulación de empleo.

Lo cierto es que la revisión de los expedientes temporales de regulación de empleo no estaba incluida entre las materias sobre las que se proyectaba la reforma del Estatuto de los Trabajadores. Ni se recogía en el programa reformista del Gobierno de coalición ni aparecía entre los hitos principales en las iniciales propuestas de reforma. De hecho, la modificación del art. 47 ET aparece en los últimos compases del diálogo social, constituyendo una materia sobre la que el consenso se ha alcanzado sin grandes dificultades. La favorable opinión sobre el modelo de gestión laboral de la pandemia ha actuado como palanca para acordar una nueva regulación de los expedientes temporales de regulación de empleo. Pero también la necesidad de contar con un marco normativo estable de medidas temporales de reestructuración que pueda responder a cualquier contexto de crisis, tanto las de carácter general o sectorial, motivadas por circunstancias externas a la empresa, como las inherentes a las particulares condiciones de cada unidad productiva.

A esta finalidad responde, sin duda, la nueva regulación de los expedientes temporales de regulación de empleo en el art. 47 ET, pero también el diseño del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (art. 47.bis ET) cuya previa activación por decisión del Consejo de Ministros en contextos de crisis cíclicas o sectoriales, permitirá aplicar medidas de reducción de jornada y de suspensión de contratos en unas condiciones especialmente favorables, más aún que las previstas en el art. 47 ET, para las empresas y para las personas trabajadoras afectadas.

La experiencia de los últimos años en la aplicación de los expedientes temporales de regulación de empleo ha permitido, además, colocar al tiempo de trabajo en el núcleo de la flexibilidad interna y demostrar la eficacia de las medidas que, mediante la gestión flexible de la jornada laboral, permiten ajustar las necesidades de mano de obra en situaciones coyunturales. Si la distribución del tiempo de trabajo, los horarios flexibles, las bolsas de horas o la jornada laboral de tres días están hoy en el centro del debate sobre la flexibilidad en contextos de estabilidad económica, más aún pueden serlo cuando la empresa requiere adaptarse a las variaciones del mercado o de la demanda, cuando precisa digitalizar sus procesos productivos o responder a circunstancias externas e imprevisibles que impactan sobre la organización productiva. Esta es una circunstancia que el legislador ha tenido muy presente y que ha acabado por impregnar la nueva regulación de los ERTE, con efectos y consecuencias que trascienden al propio art. 47 ET.

Señala el RDL 32/2021, en su Preámbulo, que la reforma del art. 47 ET incorpora medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo y ofrecer este instrumento como fórmula “alternativa y prioritaria” a las extinciones. Ese es, desde luego, el objetivo de la reforma, dirigido a modificar una inercia instalada en nuestro tejido productivo que responde en su mayoría a las crisis económicas mediante la destrucción de empleo. La nueva regulación de los ERTE, en el art. 47 y a través del Mecanismo RED, condiciona el recurso empresarial a medidas extintivas en contextos coyunturales o transitorios³, reduciéndolo a una medida subsidiaria. Ello puede afectar

³ En este mismo sentido, J. CRUZ VILLALÓN, “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, en *Briefs de la AEDTSS (en línea)*, 2022 señala que “sería necesario corregir la jurisprudencia precedente que desde la reforma de 2012 venía entendiendo

al enjuiciamiento de las decisiones empresariales. La doctrina judicial que, partiendo de que no es competencia de los tribunales fijar las medidas idóneas de ajuste del empleo ni censurar su oportunidad en términos de gestión empresarial, considera sin embargo imprescindible el control judicial de razonabilidad, proporcionalidad o funcionalidad, marca un camino a tener en cuenta para valorar la delimitación entre las medidas temporales y las extintivas en contextos de crisis temporales⁴.

Pero la reforma de las medidas de regulación temporal de empleo mira también al futuro. Y este no puede resultar ajeno a la profunda transformación que están experimentando los procesos productivos como resultado de la digitalización y automatización, transformación ineludible e inaplazable si la economía española pretende mantenerse en los niveles de un sistema avanzado. Un proceso que, además, ha recibido impulso oficial a través de la Estrategia España 2050, que reconoce que “debemos modernizar nuestro tejido productivo, mediante la innovación y la difusión tecnológica en nuestras empresas”, modernización que supone transformar las empresas para adoptar nuevos procesos, invertir en nuevas tecnologías y en la formación del personal, aplicar las tecnologías digitales a la transformación de los negocios y lograr así un aumento de la productividad, la competitividad y la rentabilidad futura. Tales cambios provocarán, están provocando ya, el dinamismo del tejido económico, la transformación de las estructuras productivas, y requieren mano de obra cualificada para afrontar estas nuevas exigencias. Los trabajos del futuro exigirán conocimientos y habilidades más complejos, especialmente en el plano tecnológico. La formación profesional ocupa un papel esencial en este proceso y está necesitada de fórmulas normativas que faciliten las mismas.

En este contexto, la nueva regulación de los ERTE incentiva, y en algunos casos condiciona el acceso a ayudas públicas, a la formación de las personas trabajadoras durante la aplicación del ERTE. Formación que ha de estar dirigida a atender las necesidades reales de las empresas y de los trabajadores, pero que incluye también las vinculadas a competencias digitales y aquellas que permitan la recualificación de las personas trabajadoras para facilitar, en su caso, su transición hacia nuevos empleos.

En definitiva, los instrumentos para que los ERTE ocupen ese espacio como instrumento preferente de gestión de las crisis coyunturales, están contemplados en la norma. Su éxito dependerá del uso que de los mismos hagan las organizaciones empresariales, poco inclinadas en general a recurrir a este mecanismo y acostumbradas a afrontar las crisis, incluso las de carácter coyuntural, recurriendo a medidas extintivas. Cabe pensar que la experiencia adquirida durante la pandemia haya servido para generar una nueva cultura empresarial que permita, en el futuro, seguir apostando por las medidas temporales de reestructuración empresarial y dotarles de ese componente formativo que tan beneficioso puede resultar para la propia empresa y para las personas trabajadoras.

II. Los ERTE por causas empresariales y por fuerza mayor en la nueva redacción del art. 47 ET

La nueva redacción del art. 47 ET mantiene la clásica distinción entre ERTE por causas ETOP y ERTE por fuerza mayor, si bien con una distribución más equilibrada entre las previsiones referidas a cada una de estas modalidades de ERTE. También es significativa la ubicación de la reducción de

que, en la medida en que se definen de modo idéntico las causas de despido y las de suspensión, interpreta que el empresario es el que debe decidir si procede acudir a medidas extintivas o meramente suspensivas, quedando a la exclusiva decisión empresarial decidir si está en presencia de una situación que exige un tipo u otro de medida, de forma tal que el acudir a un despido o a una suspensión viene a traducirse en un juicio de “oportunidad”. A mi juicio, frente a ello, a partir de la reforma de 2021 ya no debe ser así, por cuanto que el designio del legislador es que ante situaciones de dificultad coyuntural necesariamente se debe acudir a los ERTEs y no cabe hacer uso de los despidos”.

⁴ STS 9 de septiembre de 2020 (Rec 13/2018).

la jornada que aparece ahora en pie de igualdad con la suspensión de los contratos⁵.

A los ERTE por causas ETOP se dedican los primeros cuatro apartados del art. 47 ET. Se identifican las causas que justifican este tipo de ERTE y se regula el procedimiento para su tramitación. Pocas novedades hay en esta regulación, pero las que se incorporan son relevantes. Por una parte, se especifica que las causas han de ser temporales. Por otra, se acortan los plazos de constitución de la comisión negociadora y para el desarrollo del periodo de consultas. Y, en fin, se incorpora la posibilidad de prorrogar, más allá de la duración inicialmente prevista, los ERTE por causas ETOP.

La regulación de los ERTE por fuerza mayor se recoge en los apartados 4 y 5 del art. 47 ET. Se mantiene para estos ERTE la exigencia de autorización administrativa. Pero, en este caso, a diferencia de la redacción anterior, que se remitía en cuanto al procedimiento de tramitación de estos ERTE al art. 51.7 ET, el art. 47 ET regula ahora dicho procedimiento, sin perjuicio de que continúan siendo aplicables supletoriamente las previsiones del art. 51.7 ET y el RD 1483/2012 (arts. 31-33). Además, junto a la fuerza mayor clásica, que también se exige expresamente que sea temporal, se incorpora como fuerza mayor la constituida por impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa que sean consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad pública competente, incluidas aquellas orientadas a la protección de la salud pública. Se da así carta de naturaleza a una categoría conceptual inaugurada por la normativa de los ERTE COVID que incorporó esta modalidad específica de fuerza mayor en el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, para atender los efectos que sobre la actividad productiva generaban las medidas de restricción o contención adoptadas por autoridades españolas o extranjeras.

El art. 47 ET se cierra con una serie de reglas aplicables a ambos tipos de ERTE: se aclara el alcance de la reducción de jornada, señalando que la misma podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual, y se establece la prioridad de la reducción de jornada sobre la suspensión de los contratos; se identifica el contenido complementario que debe acompañar a la comunicación o solicitud de las medidas empresariales de reestructuración temporal de empleo; se contempla la posibilidad de que, durante el periodo de aplicación de las medidas, la empresa pueda afectar y desafectar a los trabajadores; se limita la capacidad de gestión empresarial prohibiendo que, durante la vigencia del ERTE, se presten horas extraordinarias o se recurra a nuevas externalizaciones o nuevas contrataciones laborales. Asimismo, se fomenta el desarrollo por la empresa de acciones formativas dirigidas a las personas trabajadoras afectadas por el ERTE, recogándose en la nueva DA 25 ET el contenido de tales acciones. Y, en fin, se diseña el posible acceso por la empresa a determinados beneficios en la cotización a la Seguridad Social, condicionados a las exigencias que se establecen en la nueva DA 44 LGSS.

A la vista del nuevo art. 47 ET, es evidente que muchos aspectos de la regulación de los ERTE permanecen en los mismos o similares términos que ya conocíamos. La delimitación de las causas no ha variado, salvo en la expresa referencia ahora a su “temporalidad”, tanto cuando se trata de causas ETOP como cuando se trata de fuerza mayor, que venía siendo ya exigida por la doctrina judicial como condicionante de la validez de los ERTE. La incorporación del impedimento o limitaciones en la actividad normalizada derivada de decisiones de las autoridades competentes como causa posible de un ERTE tampoco supone un cambio o una ampliación del concepto de fuerza

⁵ Vid un análisis de las novedades incorporadas en el régimen jurídico de los expedientes temporales de regulación de empleo, en ROJO TORRECILLA, E., “Estudio de la reforma laboral de 2021 (VI). La apuesta reforzada por la flexibilidad interna y la incorporación de medidas adoptadas durante la pandemia. Expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) y nuevo Mecanismo RED. *El Blog de Eduardo Rojo (en línea)*, 2022. También BELTRÁN DE HEREDIA, I., “Nueva reforma laboral 2021 (RD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47) y ERTE Mecanismo RED (art. 47 bis ET)”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales (en línea)*, 2022, y MARTÍNEZ BARROSO, R., “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, *Briefs de la AEDTSS*, 2022

mayor pues remite a la denominada fuerza mayor impropia, entendida como aquel “impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o *factum principis*”, generada por “hechos provenientes de decisiones del legislador o de las Administraciones públicas, distintos de las catástrofes naturales, accidentales y ocasionales”⁶, que ya la doctrina judicial admitía como causa justificativa de las medidas temporales de reestructuración de empleo.

Por lo que se refiere al procedimiento para la tramitación de ambas modalidades de ERTE tampoco hay significativas novedades. Se conserva la exigencia de autorización administrativa para los ERTE por fuerza mayor y la obligación del periodo de consultas en los fundados en causas ETOP, conservando el acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras su valor a efectos de presumir la concurrencia de las causas justificativas. El control de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y de las entidades gestoras de la prestación por desempleo en relación con el desarrollo del periodo de consultas y la concurrencia de las causas que justifican las medidas tampoco ha sufrido modificaciones significativas, más allá de las que derivan de la intensificación de tales controles, favorecida por los medios automatizados de transmisión y comunicación de datos, preservándose el papel de estas entidades como garantes de la legalidad del procedimiento y de las medidas adoptadas.

Sin embargo, en paralelo al mantenimiento de estos rasgos de los ERTE, la nueva regulación incorpora algunos elementos transversales que resultan esenciales para apuntalar el cambio en el modelo. Elementos a través de los cuales se pretende conseguir el objetivo al que antes se hacía referencia: que los ERTE pasen, de ser un recurso secundario y relegado en las políticas empresariales para hacer frente a las crisis coyunturales, a convertirse en un instrumento esencial y útil para gestionar las circunstancias temporales y transitorias, externas o internas, que afectan a las entidades productivas, con la posibilidad, además, de mejorar durante la aplicación de las medidas temporales la capacitación y cualificación de sus trabajadores. Para ello se incorporan novedades que favorecen la gestión flexible y ágil de los ERTE; se otorga expresa preferencia a la reducción de la jornada frente a las suspensiones del contrato; se diseñan, y se ponen a disposición de las empresas con carácter permanente, ayudas públicas, en forma de exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social, que contribuyen al sostenimiento económico de la empresa durante el ERTE, y de financiación de las acciones formativas, mediante un incremento en el crédito para la formación. A la vez, se orienta el contenido de tales acciones formativas en la dirección de mejorar las competencias de las personas trabajadoras, no solo las relacionadas con su puesto de trabajo, sino también las vinculadas con capacidades digitales que favorezcan su empleabilidad para facilitar, en su caso, su transición hacia nuevos empleos. En estos elementos residen, a la postre, las novedades que acompañan a la nueva regulación de los ERTE.

III. Señas de identidad para un nuevo modelo de ERTE

1. Consolidación de las medidas de flexibilidad en la tramitación y gestión de los ERTE

La eficacia de las medidas laborales que la empresa adopte para afrontar las crisis coyunturales o temporales o las circunstancias externas que afectan transitoriamente a la empresa depende, en gran medida, de la rapidez con que la empresa las adopte, pero también de la flexibilidad con que pueda gestionar su aplicación a las personas trabajadoras en función de los cambios y alteraciones que se

⁶ STS (CA) 5 de abril de 2018 (Rec. 3466/2015). Y que se diferencia de la fuerza mayor propia porque mientras esta deriva de sucesos externos a la esfera de actividad del empresario, del todo independiente de su voluntad, que no pudo preverse o que previsto no pudo evitarse y que imposibilita la continuidad de la prestación laboral, la fuerza mayor impropia es la que generan hechos provenientes de decisiones del legislador o de las Administraciones públicas, distintos de las catástrofes naturales, accidentales y ocasionales.

vayan produciendo en las circunstancias que motivaron la aplicación del ERTE. Ambas necesidades han sido atendidas por el legislador que, en el nuevo art. 47 ET, incorpora modificaciones y novedades dirigidas, precisamente, a recortar los plazos en que la empresa puede implementar la reducción de jornada o la suspensión de contratos y a facilitar la gestión flexible y dinámica del ERTE⁷.

En este sentido, por lo que se refiere a los ERTE por causas ETOP, el art. 47.3 ET ha reducido los plazos legalmente previstos para la constitución de la comisión negociadora y la duración del periodo de consultas con los representantes legales de las personas trabajadoras, aunque siempre dentro de límites temporales que garanticen su participación en la decisión y el control por la autoridada laboral de las circunstancias que justifican el ERTE. Frente a los siete o quince días que preveía el antiguo art. 47.2 ET, el nuevo art. 47.2 ET dispone que la comisión representativa deberá estar constituida en el plazo máximo de cinco días desde la fecha de la comunicación empresarial de su intención de iniciar el procedimiento, plazo que se amplía a diez días cuando alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de las personas trabajadoras. Por su parte, la duración máxima del periodo de consultas, que antes no podía exceder de quince días, se mantiene como regla general, pero se matiza que, para empresas de menos de cincuenta personas trabajadoras, no será superior a siete días.

En el caso de los ERTE por fuerza mayor, la norma sigue disponiendo un plazo de cinco días para que la autoridad laboral resuelva sobre la solicitud de la empresa, tiempo breve pero razonable para dotar de seguridad jurídica a la actuación empresarial, seguridad que se ve reforzada con la expresa incorporación del silencio positivo en caso de falta de respuesta de la autoridad laboral en el plazo indicado.

Entre las reglas comunes aplicables a todos los ERTE, ya sean por causas ETOP o por fuerza mayor, el art. 47.7.c) ET incorpora también la posibilidad de proceder a la afectación y desafectación sucesiva de las personas trabajadoras, en función de las necesidades de la empresa. Señala el citado precepto que “Durante el periodo de aplicación del expediente, la empresa podrá desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, informando previamente de ello a la representación legal de las personas trabajadoras y previa comunicación a la entidad gestora de las prestaciones sociales y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades”.

Se permite de este modo mantener vivo o activo el ERTE durante el periodo en que este resulta aplicable, pero afectando y desafectando sucesivamente a las personas trabajadoras en función del cambio de circunstancias y de las necesidades de la empresa. De este modo, se incorpora un sistema dinámico, que ya acreditó su eficacia durante los ERTE COVID, en la medida en que permite a las empresas adoptar las medidas de forma escalonada o progresiva, adaptándose a las variaciones y oscilaciones que experimenta la actividad empresarial durante la crisis. La falta de prohibición expresa permitirá además que, si las circunstancias lo justifican, se produzcan desafectaciones totales del ERTE de modo que este puede mantenerse vivo hasta el plazo máximo previsto aunque, durante su vigencia, se de la circunstancia de que todas las personas trabajadoras han sido reincorporadas a su actividad laboral.

Esta fórmula dota de una gran flexibilidad a los instrumentos de regulación temporal de empleo permitiendo que actúen como un mecanismo ágil para adaptar las necesidades de plantillas a las circunstancias cambiantes. Pero, a la vez, se convierte en una circunstancia que habrá de ser valorada por la representantes legales de las personas trabajadoras, por la autoridad laboral y por la Inspección

⁷ Vid también en este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F., “El refuerzo de los ERTE como garantía del empleo en la nueva reforma laboral 2021”, *Blog NET21*, (en línea), 2022.

de Trabajo y de la Seguridad Social para evitar actuaciones estratégicas por la empresa, con la finalidad de asegurar que los periodos de aplicación del ERTE no se delimitan de una forma consciente e innecesariamente prolongada en el tiempo para beneficiarse la empresa de esa flexibilidad, sino que, por el contrario, el periodo previsto para la aplicación del ERTE resulta razonable y proporcionado en atención a las causas que lo motivan y a su impacto temporal en la empresa.

A esta misma finalidad de facilitar y agilizar la tramitación de los ERTE responde la previsión que incorpora el art. 47.4 ET, aplicable exclusivamente a los ERTE por causas ETOP. Se prevé que la empresa que tenga interés o necesidad de prolongar más allá del tiempo inicialmente previsto las medidas de reducción de jornada o de suspensión de contratos por causas ETOP, comunique a la representación de las personas trabajadoras con la que hubiera desarrollado el periodo de consultas una propuesta de prórroga. Esta propuesta deberá ser tratada en un periodo de consultas durante un plazo máximo de cinco días. Finalizado el periodo de consultas, la empresa comunicará a la autoridad laboral en un plazo de siete días su decisión, que surtirá efectos desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral.

Se trata, sin duda, de novedades que favorecen la agilidad en la tramitación de los ERTE y la rapidez en la adopción de las medidas necesarias para afrontar la coyuntura empresarial. Se ha perdido, sin embargo, la oportunidad de incorporar otras medidas que, sin duda, contribuirían también a favorecer una mayor participación de los representantes de las personas trabajadoras y garantizar la adopción de las medidas más adecuadas. Una necesidad que afecta especialmente a las empresas con centros de trabajo sin representantes, en los que el periodo de consultas necesario para la tramitación de los ERTE por causas ETOP acaba realizándose con las propias personas trabajadoras organizadas en comisiones *ad hoc*. Durante la pandemia, sin embargo, para estos casos se facilitó la intervención de los representantes sindicales optando por un modelo de comisiones sindicalizadas frente a las comisiones *ad hoc* (art. 23 RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19). Un modelo que ha funcionado correctamente permitiendo la intervención de sujetos expertos en la decisión sobre las medidas más adecuadas y en el control de su aplicación. La incorporación de este modelo⁸ estaba prevista en los primeros borradores de la reforma del art. 47 ET, si bien de forma indirecta, por remisión a las reglas del art. 41.4 ET. Quedaba condicionada, por tanto, a la modificación de dicho precepto en el sentido antes mencionado. Y la reforma del art. 41.4 ET, aunque se contempló durante el proceso de diálogo social que ha concluido con la aprobación del RDL 32/2021, no ha llegado a materializarse. De modo que, en tanto permanecen inalteradas las reglas de composición de la comisión negociadora previstas en el art. 41.4 ET, las mismas continúan siendo aplicables para la negociación de los ERTE en virtud de la remisión que el art. 47.3 ET efectúa al citado precepto.

No contradicen en absoluto esta apuesta por la flexibilidad, las previsiones que incorpora el art. 47.7.d) ET que impiden que, durante el periodo de aplicación del expediente, puedan realizarse horas extraordinarias, nuevas externalizaciones de actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales. Se trata de prohibiciones que limitan la capacidad de decisión empresarial pero que se justifican en la necesidad de priorizar, ante todo, la reincorporación de las personas trabajadoras afectadas por ERTE cuando las necesidades productivas de la empresa pueden ser atendidas por dichos trabajadores. Prohibiciones que, además, no operan cuando las personas trabajadoras de la plantilla, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas no puedan desarrollar las funciones y tareas requeridas por la empresa y que tampoco impiden, a tenor del art. 11. 11.4.f)

⁸ Que sí se ha acogido para la negociación de los Planes de Igualdad (art. 5.3 RD 901/2020, de 13 de octubre por el que se regulan los Planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo). Tal previsión, no obstante, ha sido objeto de recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

ET, la celebración de contratos formativos siempre que “las personas contratadas bajo esta modalidad no sustituyan funciones o tareas realizadas habitualmente por las personas afectadas por las medidas de suspensión o reducción de jornada”.

2. La apuesta por la prioridad de la reducción de jornada sobre la suspensión de contratos ¿algo más que una declaración de intenciones?

El nuevo art. 47.7.1.a) ET incorpora una previsión novedosa y de no menor relevancia, cual es el carácter preferente de la reducción de la jornada frente a la suspensión de los contratos de trabajo. En la anterior redacción del art. 47 ET, la regulación de los ERTE pivotaba en torno a la suspensión de los contratos de trabajo y presentaba la reducción de la jornada como una fórmula casi subsidiaria, relegada al apartado 4 del citado precepto. Ahora se trae a un primer plano la reducción de la jornada, presentándola como una fórmula de aplicación prioritaria respecto de la suspensión de los contratos.

Una prioridad que expresamente acoge el art. 47.7 a) ET cuando señala que “en la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos”. Se consagra así la preferencia de las medidas consistentes en una reducción de la jornada frente a la opción por la suspensión de los contratos. Prioridad significa “anterioridad de algo respecto de otra cosa, en tiempo o en orden”, lo que supone que la reducción de jornada es la medida por la que debe optarse en primer lugar, recurriendo a la suspensión de los contratos solo si la reducción de la jornada no resulta posible. Se modifica pues la posición de la empresa frente a las medidas típicas del ERTE, diseñadas en pie de igualdad en el antiguo 47 ET y que ahora pasan a ofrecerse como medidas no alternativas, sino en relación de jerarquía, resultando la suspensión de contratos aplicable solo cuando no sea viable la reducción de jornada. Una fórmula que, sin duda, puede resultar especialmente atractiva para las empresas, al menos en aquellos casos en que las circunstancias que impactan sobre la organización productiva no conllevan una interrupción total de la actividad empresarial sino una disminución de la necesidad de mano de obra y que, unida a las medidas de flexibilidad que también se han incorporado en la gestión empresarial de los ERTE, pueden permitir una más adecuada respuesta a las necesidades empresariales. A la vez, evita una desvinculación prolongada de los trabajadores, manteniendo viva su relación con la empresa.

Ciertamente, esa prioridad de la reducción de la jornada queda condicionada a su viabilidad (“en la medida en que ello sea viable”, dice la norma), lo que nos sitúa en un ámbito de indefinición e incertidumbre respecto a las condiciones exigibles para que exista y se acredite la inviabilidad de la reducción de la jornada. Pero es indudable que la incorporación de esta preferencia apunta a un cambio de enfoque que afecta, sin duda, a la capacidad empresarial de decidir libremente las medidas de reducción o suspensión que considere más oportunas, y, por tanto, puede tener consecuencias en las exigencias documentales y justificativas que se requieren de la empresa para tramitar y solicitar el ERTE. La valoración del impacto que tales circunstancias producen en la empresa y de si la respuesta a las mismas debe articularse mediante una reducción de jornada o una suspensión de contratos, es una decisión que sigue correspondiendo a la empresa, pero ahora resultará limitada o condicionada por la ya señalada preferencia por la reducción de jornada, debiendo por tanto la empresa justificar, en su caso, las circunstancias que hacen inviable esa medida y justifican la aplicación de suspensiones de contratos. De la misma manera, en la negociación de las medidas a adoptar cuando concurren causas ETOP, y en el enjuiciamiento por los tribunales de las medidas temporales de reestructuración adoptadas por la empresa, tanto por causas ETOP como por fuerza mayor, también deberá justificarse adecuadamente la opción por unas u otras medidas.

3. Pensando en el futuro: la formación de los trabajadores en el centro de los ERTE.

En el nuevo diseño de los ERTE, la formación adquiere un protagonismo indiscutible. Es lógico que así sea si el objetivo es, como ya se ha señalado, conseguir que los procesos de reestructuración temporal de empresas sirvan no solo como instrumento de flexibilidad, alternativo a la extinción de los contratos y la destrucción de empleo, sino también como mecanismo de estabilización en el empleo, ofreciendo a los trabajadores y a las empresas la oportunidad de aprovechar la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada para mejorar sus aptitudes laborales, recualificarse y adquirir o fortalecer sus competencias digitales. Este objetivo es particularmente acusado en los ERTE del Mecanismo RED, especialmente en los sectoriales, motivados por “cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras” (art. 47.bis.1.b ET). Pero también en los ERTE del art. 47 ET, donde las acciones formativas dirigidas a las personas trabajadoras afectadas por el ERTE constituyen una oportunidad para mejorar sus competencias y para permitir, en su caso, su transición a otros sectores productivos.

Esta apuesta por la formación se anticipaba ya en la última de las normas reguladoras de los ERTE durante la pandemia⁹. El RDL 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, incorporaba como novedad, no prevista en los anteriores ERTE COVID, incentivos para que las empresas invirtieran en la formación de sus trabajadores, priorizando las acciones formativas dirigidas a atender las necesidades reales de la plantilla y a mejorar sus competencias digitales, aunque la formación no tenga relación directa con la actividad que desarrollan en la empresa. Se atendía así a la finalidad de evitar la descualificación de los trabajadores, manteniendo su vinculación con la empresa durante la suspensión de sus contratos o la reducción de su jornada, a la vez que se mejora su empleabilidad para el caso de que tras el ERTE deba producirse la extinción de sus contratos de trabajo¹⁰.

Con esta finalidad, el art. 47.7.d) ET refuerza las previsiones que ya recogía en el antiguo art. 47.4 ET, –la norma se limitaba entonces a señalar que se promoverían acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de las personas trabajadoras afectadas cuyo objeto había de ser aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad–.

Por una parte, la apuesta por la formación y recualificación de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE se articula previendo beneficios económicos para las empresas que voluntariamente opten por la formación. Los términos concretos del incremento del crédito se recogen en el art. 9.7 Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. Este precepto, incorporado por el RDL 32/2021, fija la cuantía del crédito a percibir por las empresas que desarrollen acciones en el ámbito de la formación programada, en función del tamaño de la empresa: a) De 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona; b) De 10 a 49 personas trabajadoras: 400 euros por persona; c) De 50 o más personas trabajadoras: 320 euros por persona. Cuantías que podrán, en su caso, ser actualizadas reglamentariamente. Este incremento de crédito será financiado a través de una aportación extraordinaria al

⁹ Una valoración positiva de esta iniciativa, en MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “La prórroga de los ERTE piensa en el futuro. EL RDL 18/2021: entre las tradicionales dudas interpretativas y el protagonismo de la formación”, *Blog El Foro de Labos (en línea)*, 2021, y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., “La formación en el ojo de los ERTES. Doble beneficio para las empresas: el incremento de la exención de las cuotas de la Seguridad Social y del crédito de formación”, *Blog El Foro de Labos (en línea)*, 2021.

¹⁰ Según los datos facilitados por el Gobierno, a 31 de diciembre de 2021, de los 102.548 trabajadores en ERTE-COVID había 76.259 con exoneraciones por formación. Además, la mayoría de las empresas ya habían declarado si realizarían o no programas formativos. A tenor de esas declaraciones, casi un 30% de los trabajadores se verán beneficiados por alguno de esos programas y, por tanto, sus empresas recibirán exoneraciones especiales en las cotizaciones sociales de dichos trabajadores (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2022/040121-ertediciembre.aspx>)

presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal. Además, el desarrollo de acciones formativas se exige, aunque solo para los ERTE por causas ETOP, como condición para acceder a beneficios en la cotización a la Seguridad Social.

Por otra parte, también se ocupa la norma de detallar el contenido de las acciones formativas que las empresas pueden desarrollar durante la aplicación de las medidas previstas en los arts. 47 y 47 bis) ET. A estos efectos, la nueva DA 25 ET señala que el objetivo de esta formación será “la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras”. En concreto se establece que “se priorizará el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, así como aquellas que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa”. Las acciones formativas se desarrollarán a través de cualquiera de los tipos de formación previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en la citada ley 30/2015, de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en dichas normas, o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada.

4. El sostenimiento económico de los ERTE como elemento estructural del modelo

La experiencia acumulada en anteriores crisis –no solo la derivada de la pandemia de la COVID-19 sino también la anterior generada por la crisis financiera del 2008– han evidenciado el efecto positivo que para las empresas supone la existencia de ayudas públicas durante la vigencia del ERTE, en forma de exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social por las personas trabajadoras afectadas por medidas temporales de reestructuración. A pesar de los compromisos y obligaciones que las empresas adquieren como contrapartida a dichas exoneraciones, y sin desmerecer el efecto que sin duda ha surtido la prohibición de despedir por causas COVID (art. 2 RDL 9/2020), han sido numerosas las empresas que se acogieron a las exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social ofrecidas por las normas laborales de la emergencia sanitaria. Consciente del valor de esta ayuda, y también de la necesidad que muchas empresas tienen de ese apoyo económico, la nueva regulación de los ERTE institucionaliza las exoneraciones a la Seguridad Social y las convierte en una opción permanente a disposición de las empresas cuando adopten medidas temporales de reestructuración de empresas, sea por causas ETOP o por causa de fuerza mayor.

La DA 44 LGSS establece el marco normativo de los beneficios en la cotización a la Seguridad Social, aplicable también a los ERTE del Mecanismo RED. Y lo hace partiendo del modelo aplicado a los ERTE COVID pero con relevantes especialidades que apuntan a una significativa reducción de los porcentajes de exoneración –durante la pandemia se han llegado a aplicar exoneraciones próximas al 100%– y una disminución de los colectivos sobre los que puede aplicarse este beneficio –no se contemplan, por ejemplo, exoneraciones para las personas trabajadoras reactivadas o desafectadas del ERTE–. Medidas ambas probablemente inevitables para garantizar el equilibrio financiero de la Seguridad Social a la vista del coste económico que ha supuesto para las arcas públicas la aplicación de las exoneraciones durante los ERTE COVID¹¹, en un contexto en el que además no se cuenta, al menos de momento, con el respaldo económico de la Unión Europea, que durante el COVID puso en marcha el programa SURE (Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia) a disposición de los

¹¹ Hasta el 30 de abril de 2021 la aplicación de las exoneraciones había supuesto ingresar 648,2 millones de euros menos, a lo que se añaden las exoneraciones de cuotas de trabajadores autónomos perceptores de las prestaciones extraordinarias.

Estados miembros que han precisado movilizar recursos financieros significativos para preservar el empleo¹².

Los elementos esenciales de este régimen de exoneraciones se recogen en la nueva DA 44 LGSS. El acceso a las exoneraciones en las cuotas es siempre voluntario para las empresas, de modo que solo si estas lo solicitan se obtendrá la exención. A cambio, la empresa asume un compromiso de mantenimiento del empleo y, en el caso de los ERTE por causas ETOP, la obligación de desarrollar acciones formativas para sus trabajadores. La cuantía de la exención varía en función de la causa que justifica el ERTE. Así, en el caso de los ERTE por causas ETOP, la exoneración alcanza al 20% de la cotización en tanto que, en los ERTE por fuerza mayor, la exoneración alcanza al 90%. En ambos casos, el beneficio se aplica durante todo el periodo en que las personas trabajadoras estén afectadas por las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos. Es también significativo que, como ya se apuntaba, las exoneraciones se aplican únicamente respecto de las personas trabajadoras que están afectadas por las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos, sin alcanzar a las que se reincorporan a la actividad laboral.

También se institucionaliza el compromiso de empleo como contrapartida a las ayudas públicas de sostenimiento y apoyo de los ERTE. Es una figura conocida en el ámbito de los ERTE¹³ pero que ahora se configura como condición imprescindible para disfrutar de la exoneración en las cotizaciones. También en este aspecto se aprovecha la ocasión para fijar un régimen jurídico que resuelve gran parte de las dudas que la regulación del citado compromiso en las normas laborales de la emergencia sanitaria ha planteado. El compromiso vincula ahora a la empresa durante “los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo”, lo que indudablemente incluye las prórrogas que hayan podido aplicarse, superando las dificultades interpretativas que generaban las referencias a “la fecha de reanudación de la actividad laboral”, recogidas en las normas COVID. También queda claro que el compromiso se refiere al “mantenimiento del empleo de las personas trabajadoras afectadas” de modo que el despido o extinción de trabajadores no incluidos en el ERTE no supone su incumplimiento. Y, en correspondencia con esta delimitación del ámbito subjetivo de la salvaguarda de empleo, los efectos del incumplimiento quedan también restringidos al reintegro del importe de las cotizaciones de cuyo pago se exoneró la empresa en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes. Una solución más proporcionada que la que aporta la normativa COVID-19, en la que el incumplimiento del compromiso de empleo determina la devolución de la totalidad de las cuotas de las que se hubiera exonerado el empresario.

IV. Una nota final sobre la entrada en vigor de la reforma del art. 47 ET y su impacto sobre los

¹² Recortes que, por cierto, también han afectado a la protección dispensada a las personas trabajadoras afectadas por los expedientes temporales de empleo, diseñada en los ERTE COVID en términos sumamente amplios y generosos y que ahora recuperan el régimen común de acceso a la protección por desempleo. Sobre el régimen de protección social de los ERTE COVID, vid DE LA PUEBLA PINILLA, A. y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, A., “Crisis laboral COVID-19 y protección social. Panorama general de la protección por desempleo en tiempos de emergencia sanitaria”, *Trabajo y Derecho*, nº 81, 2021.

¹³ No solo por su aplicación en el ámbito de los ERTE vinculados con el COVID. La DA 4ª RDL 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo, ahora derogada (RDL 32/2021, DD única.4) ya contemplaba la posibilidad de que las empresas que suspendan los contratos o reduzcan la jornada de trabajo por causa de fuerza podían solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social una exoneración de hasta el 100 por cien del pago de la aportación empresarial a la Seguridad Social. Tal exoneración, de concederse, quedaba condicionada a que la empresa se comprometiese a mantener el empleo, durante el año posterior a la finalización de la suspensión o reducción, al 100 por cien de las personas trabajadoras afectadas por la suspensión de contrato o la reducción de jornada, excluidas las personas trabajadoras recolocadas en otros centros de trabajo. Esa misma vinculación entre exoneración de cuotas y mantenimiento del empleo es la que se recogió en las normas de urgencia que sucesivamente se fueron aplicando para hacer frente al impacto laboral de la pandemia y las medidas sanitarias adoptadas para su contención.

ERTE vivos o en tramitación a fecha 31 de diciembre de 2021

La entrada en vigor del nuevo régimen jurídico de los ERTE se ha producido con efectos de 31 de diciembre de 2021, al día siguiente de la publicación del RDL 32/2021 en el BOE. Ello supone que los ERTE por causas ETOP o por fuerza mayor que se inicien a partir de esa fecha deberán ajustarse en su tramitación y en sus efectos a las previsiones recogidas en el ya vigente art. 47 ET y normas complementarias referidas a las acciones formativas (DA 25 ET) y a las exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social (DA 44 LGSS).

A salvo de lo que a continuación se indicará respecto de los ERTE vinculados con causas COVID, no contempla la norma la situación ni el régimen jurídico aplicable a los ERTE por causas empresariales o fuerza mayor no vinculadas al COVID cuya tramitación se haya iniciado, pero no concluido, con anterioridad al 31 de diciembre de 2021. Sería razonable, ante el silencio del legislador, aplicar la solución que sí fijó el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (DT 10^a). Para los ERTE por causas ETOP que estuvieran en tramitación a la fecha de su entrada en vigor, se preveía la aplicación de la normativa vigente en el momento de su inicio. Para los de fuerza mayor resueltos por la autoridad laboral con vigencia en su aplicación en tal fecha, se disponía su sujeción a la normativa vigente cuando se dictó la resolución del expediente. Hubiera sido oportuno, no obstante, aclarar estos extremos y regular expresamente, a través de una disposición transitoria específica, la normativa aplicable a estos ERTE a la vez que para valorar la oportunidad de permitir que estos ERTE accedan a las medidas de flexibilidad en la gestión que la reforma del art. 47 ET incorpora y, en su caso, al régimen de exoneraciones previsto en la DA 44 ET.

El RDL 32/2021 sí contempla, sin embargo, la situación de los ERTE por causas COVID que estuvieran aplicándose a fecha 31 de diciembre de 2021. Estos ERTE, con origen en el RDL 8/2020, han sido regulados a través sucesivos Reales Decretos leyes, que han incorporado progresivamente las necesarias adaptaciones en función del cambiante contexto económico que marcaba la evolución de la pandemia. Muchos de esos ERTE, bien fundados en fuerza mayor derivada de la COVID-19 o de las medidas o restricciones adoptadas por las autoridades para contener la pandemia, bien iniciados o reconvertidos en ERTE por causas ETOP vinculadas con la misma, seguían vivos a la entrada en vigor del RDL 32/2021.

En concreto, los ERTE basados en los art. 22 y 23 RDL 8/2020, fueron prorrogados, previa presentación de solicitud expresa, por el RDL 18/2021 (art. 1) hasta el 28 de febrero de 2022. De este modo, tanto los ERTE fundados en “pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma”, en los términos previstos en el art. 22.1 RDL 8/2020, como aquellos justificados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con el COVID_19 (art. 23 RDL 8/2020), podían seguir activos a fecha 31 de diciembre de 2021 si las empresas afectadas realizaron en el plazo previsto las correspondientes solicitudes de prórroga. Por su parte, el art. 2 RDL 18/2021 se refiere a los ERTE fundados en impedimentos o limitaciones a la actividad normalizada derivadas de restricciones o medidas adoptadas por las autoridades competentes entre el 1 de noviembre de 2021 y el 28 de febrero de 2022. Lo mismo ocurre con los denominados ERTE de transición, esto es, aquellos que vienen precedidos de un ERTE por fuerza mayor y que pueden tramitarse, hasta el 28 de febrero de 2022, durante la vigencia de estos para que ser aplicados sin solución de continuidad (art. 5.1 RDL 18/2021).

Cabe plantearse, por tanto, cuál es el impacto que la nueva regulación de los ERTE por fuerza mayor –que ahora incluye expresamente, como se ha señalado, como fuerza mayor el impedimento y las limitaciones a la actividad derivadas de medidas adoptadas por las autoridades públicas–, cuya vigencia se ha iniciado ya el 31 de diciembre de 2021, tiene sobre los ERTE COVID.

A esta cuestión se refiere la DA 3^a RDL 32/2021, que, en relación con los expedientes de

regulación temporal de empleo por impedimento o por limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19 regulados en el art. 2 RDL 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, señala que la tramitación y efectos de estos ERTE “seguirán rigiéndose por lo dispuesto en dicho precepto hasta el día 28 de febrero de 2022”.

A pesar de que no se trata de una disposición transitoria, la norma comentada mantiene, hasta el 28 de febrero de 2022, la aplicación de la normativa COVID a los ERTE iniciados o tramitados antes de la entrada en vigor del RDL 32/2021. Pero también permite entender que los ERTE que se soliciten a partir de esa fecha y hasta el 28 de febrero de 2022 con fundamento en impedimentos o limitaciones a la actividad derivadas de medidas adoptadas por las autoridades para la contención del COVID se tramitarán y tendrán los efectos que dispone el RDL 8/2021, una norma que no ha sido derogada, y no el art. 47 ET. De este modo, se aplicarán las reglas de procedimiento previstas en el citado RDL 18/2021 y las que procedan por remisión y, en relación con las condiciones y alcance de las exoneraciones, resultarán aplicables las que prevé dicha norma y no las establecidas en la DA 44 LGSS. Ello, por supuesto, con el límite en todo caso del 28 de febrero de 2022, fecha tope hasta la que tales ERTE pueden tener vigencia. A partir de entonces, aunque las decisiones de la autoridad que determinen un impedimento o una limitación para la actividad y justifiquen la solicitud de un ERTE estén motivadas en el COVID, la solicitud, tramitación, condiciones y efectos de estos expedientes se ajustarán a las previsiones del art. 47 ET. Todo ello salvo, por supuesto, que se prorrogue expresamente la vigencia de los ERTE COVID.

Por lo que se refiere a los ERTE de los arts. 22 y 23 RDL 8/2020, esto es, los fundados en fuerza mayor COVID o causas ETOP vinculadas con el COVID, y a los ERTE de transición, la falta de previsión expresa como la recogida en la citada DA 3ª RDL 32/2021 para los ERTE por impedimentos o limitaciones genera ciertos interrogantes. Por una parte, se plantea la duda de hasta cuando pueden seguir aplicándose. Por otra, se suscita la cuestión de si pueden tramitarse nuevos ERTE de esta tipología hasta el 28 de febrero y, en su caso, a qué régimen jurídico quedan sometidos.

La falta de una previsión expresa sobre estos tipos de ERTE podría llevar a considerar que, a diferencia de los ERTE por impedimento o limitación, su vigencia podría haber finalizado el 30 de diciembre de 2021 y, lo que podría resultar más seguro todavía, que no debería resultar posible, desde el 31 de diciembre de 2021, fecha de entrada en vigor de la reforma del art. 47 ET, solicitar nuevos ERTE por causas COVID al amparo de su normativa específica sino que habrían de seguir la tramitación del art. 47 ET.

Sin embargo, no creo que esta sea la solución correcta. Lo cierto es que el RDL 18/2021 no ha sido derogado expresamente y, en la medida en que regula una situación excepcional, tampoco cabe considerarlo derogado implícitamente, al amparo de la DD Única.1 RDL 32/2021. De modo tal que el citado RDL 18/2021 convive con el nuevo art. 47 ET, como lo venía haciendo antes de su reforma. Siendo así, los ERTE a que nos venimos refiriendo que estuviesen vigentes a la entrada en vigor del RDL 32/2021, seguirán siendo aplicables en los mismos términos y condiciones en que fueron decididos o autorizados y su régimen jurídico será el previsto en el RDL 18/2021 o en las normas excepcionales aprobadas durante la pandemia. No solo eso, no hay motivos para impedir que hasta el 28 de febrero puedan solicitarse nuevos ERTE al amparo del RDL 18/2021, por más que tal opción resulte poco práctica a la vista de la limitada duración temporal que podrían alcanzar tales ERTE, nunca superior al 28 de febrero de 2022. Cabría añadir que, problemáticamente, la razón por la que el legislador aborda expresamente, en la DA 3ª RDL 32/2021, la situación de los ERTE por impedimento o limitación, descansa en la circunstancia de que el nuevo art. 47.6 ET contempla un cauce específico para estos ERTE, aclarando de este modo que este último solo será aplicable para los ERTE de limitación o impedimento derivados del COVID a partir del 1 de marzo de 2022.