

Suspensiones y reducciones de la jornada laboral. Lo que hemos aprendido de la reforma laboral 2021

Suspensions and reductions in working hours.
What we have learned from the 2021 labor reform

Jesús Cruz Villalón*

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

ORCID ID: 0000-0002-1275-5289

Recibido: 30/12/2023

Aceptado: 9/1/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7646

1. Cambio en el espacio de los ERTE en los procesos de reestructuración empresarial

Desde hace bastante tiempo, cuando menos desde hace más de 15 años, se venía apostando por incrementar la utilización de los procedimientos de suspensión contractual y de reducción de jornada, en comparación con el juego del resto de los instrumentos de reestructuración empresarial, especialmente con vistas a reducir medidas más traumáticas de destrucción de empleo vía despidos y otras extinciones contractuales. Diversos ensayos se habían hecho con ocasión de la reforma laboral de 2010, lo que se presentaba como un objetivo de consenso, pero sin lograrse resultados materiales de envergadura. No es sino con ocasión de las medidas adoptadas en el marco de la pandemia cuando se ha terminado de materializar de modo decisivo este objetivo, tanto desde la perspectiva legislativa y de los incentivos, como desde la perspectiva estadística. Es precisamente con ocasión de las medidas reactivas a las restricciones derivadas de la pandemia que se han adoptado medidas, sobre todo de carácter económico, pero también de regulación jurídica, que favorecen la utilización preferente de las medidas suspensivas y de jornada frente al despido. En términos comparativos baste con mencionar el hecho de que con ocasión de la precedente crisis financiera en 2012 se adoptaron ERTE que afectaron a 400.000 trabajadores, en un escenario de destrucción de empleo que alcanzó a tres millones de trabajadores¹; en tanto que en 2020 se realizaron ERTE que afectaron a tres millones y medio de trabajadores frente a

¹ Datos derivados de las estadísticas sobre expedientes de regulación de empleo y del movimiento laboral registrado del Ministerio de Trabajo y Economía Social.

*jesuscruz@us.es

una destrucción de empleo que afectó en torno a 1.100.000 trabajadores². Desde el punto de vista jurídico, lo más relevante era que las causas justificativas para los ERTE y para los despidos se igualaron con ocasión de la reforma de 2012, de modo que la jurisprudencia interpretó que es el empresario quien debe decidir “soberanamente” si procede acudir a medidas extintivas o meramente suspensivas³.

Sin lugar a dudas, las medidas adoptadas de fomento de los ERTE han tenido una decisiva eficacia en el período pandémico, desde el instante en el que, no sólo las paralizaciones de la actividad productiva se han canalizado por esta vía, con un impacto menor en los despidos, por cuanto que la destrucción de empleo se ha concentrado básicamente en la no renovación de los contratos temporales, sino porque, adicionalmente a la finalización de las restricciones por la COVID-19, la práctica totalidad de los afectados por suspensiones o reducciones de empleo se han reactivado, volviendo plenamente a sus precedentes puestos de trabajo. Dicho de otro modo, puede afirmarse con rotundidad que con los ERTE no se ha producido en modo alguno la, por algunos pronosticada, futura transformación de los ERTE COVID en ERES, que supondría la definitiva pérdida del empleo.

En particular, conforme a una encuesta efectuada por el Instituto Nacional de Empleo, el tipo de medidas para hacer frente a la paralización de la actividad productiva derivada del COVID, manifiesta que el 71,1 % de centros de trabajo adoptaron medidas de reducción de jornada o de suspensión de contratos de trabajo, frente al 15,7 % que adoptaron medidas de extinción contractual. Tales porcentajes se resumen conforme al siguiente cuadro en términos de porcentaje.

Medidas de reestructuración durante la pandemia	
Porcentaje medidas por establecimiento	
Reducir la jornada laboral de sus trabajadores	33,2
Solicitar un ERTE de suspensión o reducción para parte de sus trabajadores	20,7
Solicitar un ERTE de suspensión o reducción para todos sus trabajadores	17,2
Total suspensión y reducción jornada	71,1
Reorganizar la jornada laboral	35,8
Despedir o no renovar contratos	15,7
Contratar nuevo personal	7,8
Incrementar la jornada laboral de sus trabajadores	1,6

Fuente: INE, índice de confianza empresarial covid-19. Porcentaje establecimientos

Como bien es sabido, la reforma laboral de 2021, a la vista de la positiva experiencia pandémica en esta materia, ha incorporado como reforma estructural de nuestro modelo de reestructuraciones empresariales, que adopta como permanente, ese paradigma de centralidad de los ERTE, pretendiendo con ello conjurar los riesgos de destrucción de empleo en futuros escenarios de crisis de empleo, bien generales o sectoriales, incluidos los

² Datos comparativos de los tres primeros trimestres de la EPA 2020.

³ STS 17 de junio de 2014, rec. 32/2014, ECLI:ES:TS:2014:4131.

procesos de adaptación empresarial a los cambios tecnológicos y de nueva sostenibilidad energética. A estas alturas, los estudios realizados sobre el alcance concreto de la reforma en términos jurídicos son amplios y detallados⁴. A tenor de ello, lo que se pretende abordar en este estudio es simplemente una valoración aproximativa del impacto aplicativo de la reforma de 2021 en esta materia. Sin pretender efectuar un análisis pormenorizado de las modificaciones introducidas, lo que se desea es intentar valorar si en su proceso aplicativo se están logrando los principales objetivos buscados con aquellas.

2. Dificultades para realizar una valoración de impacto real

Antes de efectuar la valoración anunciada, debe anticiparse que la misma no resulta fácil de llevar a cabo en estos momentos iniciales de la aplicación de la reforma operada hace un año en estos momentos. Ello se debe, ante todo, al hecho de que los efectos de una reforma laboral de cierta envergadura, como es la presente, no se pueden constatar con plena certidumbre hasta que transcurre un período dilatado de tiempo, no siendo suficiente con el escaso año transcurrido desde su entrada en vigor. Pero, es más, en este caso concreto concurren circunstancias adicionales que es preciso mencionar y tomar en consideración, a los efectos de relativizar las conclusiones a las que se puedan llegar en estos momentos.

El gran interrogante es si los cambios de orientación en las prácticas y estrategias para hacer frente a las situaciones de sobredimensionamiento del empleo se están consolidando, en términos tales que ello comporte una nueva cultura en la gestión de las reestructuraciones, o bien va a ser una actitud transitoria, que se podría agotar con el paso del tiempo y volviéramos a las técnicas utilizadas tradicionalmente en nuestro sistema de relaciones laborales.

Las circunstancias que dificultan una respuesta clara a esta cuestión se cifran, sobre todo, en los siguientes datos.

En primer lugar, nos enfrentamos a una nueva regulación apenas ensayada en la práctica. Debe tenerse en cuenta que, cerrada la fase pandémica, hemos pasado a un período de crecimiento del empleo, donde son escasos los escenarios empresariales que requieren la adopción de medidas de reestructuración para hacer frente a un excedente de

⁴ Por todos. A. ESTEBAN GÓMEZ, ERTE del siglo XXI, Tirant lo blanca, Valencia 2022. A. DE LA PUEBLA PINILLA, El nuevo régimen de reducción de jornada y de suspensión por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y de Protección Social, enero 2022. M. L. MOLERO MARAÑÓN, Reducción temporal de jornada y suspensión del contrato ex art. 47 ET: un heredero directo de los ERTE de la crisis sanitaria, *CIELO*, número monográfico dedicado a la reforma laboral española de 2021. J. CRUZ VILLALÓN, El sistema RED de regulación temporal de empleo, *Brief de la AEDTSS*. P. GIMENO DÍAZ ATAURI, La respuesta anticipada del legislador al riesgo de empleo: en nuevo mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo, *Labos*, Revista de Derecho del Trabajo y de Protección Social, enero 2022. F. VILA TIerno y J. C. Álvarez Cortés, Los expedientes temporales de regulación de empleo, *Temas Laborales* 161 (2022), pgs. 281 ss. J. L. MONEREO PÉREZ y P. G. ORTEGA LOZANO, Mecanismo RED de flexibilidad interna y garantía de estabilización del empleo, *Temas Laborales* 161 (2022), pgs. 305 ss.

empleo. Ante un panorama de crecimiento de empleo apenas se puede constatar cómo se aplican las causas justificativas y los procedimientos de los ERTE conforme a la nueva regulación en comparación con las correspondientes de las extinciones contractuales. En particular, no se han verificado de manera suficiente los supuestos determinantes de la activación del mecanismo RED, salvo para una situación marginal de carácter sectorial, siendo casi imposible efectuar una valoración de los posibles efectos de una activación de mayor envergadura, de cierta repercusión numérica del mecanismo RED.

En segundo lugar, no se ha producido un desarrollo reglamentario de la regulación legal, incluso se ha optado por no llevarlo a cabo, con lo que algunas concreciones que podrían requerir el desarrollo de la reforma laboral no se van a producir por vía normativa; cuando menos, en el momento actual, ello no va a suceder. Tan sólo se ha producido un desarrollo muy singular, con carácter provisional, por lo que refiere al mecanismo RED, condicionado por la urgencia de activarlo para el sector de las agencias de viaje⁵.

En tercer lugar, no se han dictado hasta el presente resoluciones judiciales relevantes, que puedan resolver algunos de los interrogantes interpretativos más significativos sobre la materia. Desde luego, salvo error u omisión, no hay ninguna sentencia del Tribunal Supremo interpretativa de la nueva regulación. Lo único que se han dictado son sentencias de este Tribunal relativas a la normativa establecida para los ERTE en el período pandémico, que, por añadidura, atienden a cuestiones que no son significativas a efectos de su traslación a la nueva regulación contenida en la regulación vigente del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, aunque se citarán algunas resoluciones judiciales a lo largo de este estudio, debe tenerse en cuenta que están aplicando la legislación precedente y no la propia de la reforma.

Por último, aunque citaremos los datos a los que hemos podido tener acceso, las estadísticas disponibles son escasas, no poseen plena continuidad temporal y no permiten llegar a conclusiones que se puedan proyectar con seguridad para el futuro inmediato.

3. Una primera valoración general a resultados de los datos disponibles

Los datos disponibles, que nos permiten esta primera valoración aproximativa se refieren, en esencia, a los aportados, por un lado, por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, en relación con los expedientes de regulación de empleo tramitados, y, por otro lado, por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social e Inmigración, en relación con la afiliación de los trabajadores incluidos en ERTE. Las primeras conclusiones que se pueden obtener en relación con estos datos, se resumen del siguiente modo.

En primer lugar, se ha producido un uso muy intenso de los ERTE durante la pandemia, que fueron descendiendo progresivamente conforme los trabajadores se fueron desafectando de los mismo a resultados del levantamiento de las restricciones a la movilidad y la consiguiente recuperación de la ocupación en el mercado de trabajo. De este modo, el punto álgido se produce en la primavera del 2020, con la declaración del estado

⁵ Disp. trans. 2ª Real Decreto ley 4/2022, de 15 de marzo (BOE 16 de marzo), por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía.

de alarma, momento en el que se llegan a alcanzar, como ya hemos indicado, los 3,5 millones de trabajadores afectados por ERTE. La cifra va disminuyendo progresivamente, de modo que, cuando a inicios del año 2022 se cierran las medidas COVID y empieza a aplicarse la reforma laboral de diciembre de 2021, el número de afectados por ERTE se situaba en torno a los 75.000 trabajadores. Esta cifra ha ido reduciéndose a lo largo de este año de aplicación de la reforma laboral, de modo que a finales del año la cifra se encontraba en torno a los 20.000 trabajadores. Así se deduce de los datos de afiliación a la Seguridad Social de trabajadores afectados por ERTE.

Fecha	Erte covid	Erte no covid	Total
30/04/2020	3.576.192		
31/12/2020	702.808		
31/10/2021	164.868		
31/12/2021	106.584	29.134	119.921
31/03/2022	74.546	16.238	90.784
30/09/2022		25.801	25.801
31/12/2022		17.648	17.648

En segundo lugar, dentro de los expedientes de regulación de empleo tramitados en los dos últimos años, se aprecia una clara centralidad de los trabajadores afectados por suspensiones y reducciones de contratos, vía ERTE, respecto al número, muy inferior, de los afectados por despidos colectivos, vía ERE. Bien es cierto que estas cifras no permiten una comparación homogénea, dado que todas las empresas que deseen efectuar suspensiones contractuales o reducciones de jornadas por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (en adelante, ETOP) o de fuerza mayor deben someterse a estos expedientes, con independencia del número de trabajadores que tengan contratados, mientras que para los despidos se establece un umbral cuantitativo, que provoca no poder incluir dentro del cómputo a quienes son despedidos por las mismas causas a través de despidos objetivos. En todo caso, las cifras son elocuentes y bien significativas para poder concluir que se afianza la idea de la prioridad de los ERTE frente a las medidas extintivas.

Periodo	Medida	Afectados	Porcentaje
2021	Total	500.845	
Enero - septiembre	Despido	37.535	7,5
	Erte	463.310	92,5
	Suspensión	392.234	78,31
	Jornada	71.046	14
2022	Total	211.519	
Enero - septiembre	Despido	195.563	7,5
	Erte	195.563	92,5
	Suspension	165.600	78,30
	Jornada	29.963	14,1

En tercer lugar, se aprecia un cambio de reparto entre los ERTE fundados en razones de fuerza mayor respecto de los ERTE ETOP. Este es uno de los cambios más significativos desde el punto de vista causal y, por tanto, procedimental, entre los procedimientos adoptados durante la pandemia, de manera abrumadora girando en torno a razones de fuerza mayor, que vienen a ser sustituidos por los ERTE ETOP a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral de diciembre de 2021. A partir de esta última, los derivados de fuerza mayor pasan a ser casi marginales, en tanto que la generalidad de ellos lo es por causas ETOP, de modo que a noviembre de 2022 los derivados de fuerza mayor apenas representaban el 6,4 % del total, tal como se deduce del cuadro siguiente.

Fecha	Total trabajadores Afectados por cualquier erte	Total fm	Fm ordinario (art. 47.5 E.T.)	Fm derivado decisiones autoridad pública (art. 47.6 E.T.)
30/04/2022	33.085	1.328	1.138	190
31/05/2022	26.701	1.334	1.090	244
30/06/2022	31.854	1.391	1.190	201
31/07/2022	20.059	1.298	1.099	199
31/08/2022	29.344	1.506	1.342	164
30/09/2022	25.801	1.600	1.448	152
30/11/2022	22.763	1.453		

En cuarto lugar, como ya se ha adelantado, el mecanismo RED se ha activado exclusivamente en su modalidad sectorial y, sobre todo, para las agencias de viaje que, si bien constituyen un ejemplo emblemático, afecta a una actividad cuyo volumen de ocupación resulta bastante escaso, al menos en términos comparativos respecto del conjunto del mercado de trabajo (38.000 trabajadores). En todo caso, los datos muestran cómo, a partir de un número de trabajadores sometidos a procedimientos de suspensión que resultaba bastante elevado dentro de la ocupación del sector en el momento del cierre de la pandemia (11.235), la activación del mecanismo RED ha tenido resultados, parece, que bastante exitosos, por cuanto que la intensidad de la desafectación de los ERTE ha sido muy notable. En concreto, en la recta final de la activación de este mecanismo RED, con prevista conclusión a final del año 2022, el número de trabajadores en ERTE ya resulta bastante reducido (933 trabajadores), tal como muestra el siguiente cuadro evolutivo:

Fecha	Total trabajadores afectados por cualquier erte	Mecanismo red agencias viajes (art. 47 Bis e.T.)
30/04/2022	33.085	4.071
31/05/2022	26.701	2.921
30/06/2022	31.854	2.568
31/07/2022	20.059	1.668
31/08/2022	29.344	1.550
30/09/2022	25.801	1.289
31/12/2022	17.648	933

Finalmente, allí donde se aprecia una mayor dificultad en la valoración de los datos disponibles es respecto a la relación entre los ERTE suspensivos y los ERTE de reducción de jornada. La posible utilidad de estos datos se relacionaría con la posibilidad de comprobar hasta qué punto juega o no en la práctica una preferencia de la reducción de jornada frente a la suspensión del contrato, tal como se introduce de forma novedosa en la reforma laboral de 2021. Los datos disponibles son dispares, entre los que se aportan por las estadísticas relativas a los expedientes de regulación de empleo, comparados con los correspondientes a afiliación a la Seguridad Social, si bien la diferencia puede explicarse porque los primeros son datos de flujo (es decir, del número de expedientes tramitados en un momento dado) en tanto que los segundos lo son de stock (es decir, el total acumulado de afectados por los ERTE en un momento dado).

Los datos deducidos de los expedientes de regulación de empleo muestran porcentajes más reducidos en el uso de la medida de reducción de la jornada de trabajo. A mayor abundamiento, si los últimos datos se comparan con los inmediatamente precedentes a la pandemia, se detecta un importante crecimiento porcentual. Por el contrario, si la comparación se realiza con las medidas alcanzadas durante la reforma laboral de 2012 los resultados actuales son bastante más modestos. Las cifras relativas a los expedientes, muestran tales resultados en los siguientes términos.

Fecha	Erte total	Reduccion jornada	Porcentaje
2012	400.437	99.724	24,9
2019	58.056	2.771	4,77
2021 en/sep	463.310	71.076	15,34
2022 en/sep	195.563	29.963	15,32

Por contraste, los datos relativos a la afiliación, a nuestro juicio más fiables por su carácter de stock, muestran en general porcentajes más elevados en el uso de la medida de reducción de jornada, si bien con diferencias significativas según el mes que tomemos en consideración. Los datos más recientes de afiliación son los siguientes, interpretando que la referencia estadística a suspensiones parciales alude a los supuestos de reducción de jornada:

Fecha	Total trabajadores	Tipo suspensión		
		Total	Parcial (1)	Porcentaje parcial
30/04/2022	33.085	17.485	15.600	47,15
31/05/2022	26.701	13.774	12.927	48,41
30/06/2022	31.854	19.840	12.014	37,72
31/07/2022	20.059	9.501	10.558	52,63
31/08/2022	29.344	19.138	10.206	34,78
30/09/2022	25.801	15.786	10.015	31,82
31/12/2022	17.648	11.732	5.916	33,52

Dos inconvenientes básicos presentan los datos precedentes. De un lado, que para constatar el posible alcance comparativo de los ERTE por reducción de jornada debería efectuarse no con el total de los ERTE suspensivos, sino exclusivamente con aquellas empresas que, a pesar del ERTE, pueden seguir desarrollando algún tipo de actividad productiva; por tanto, con exclusión de los ERTE suspensivos que afectan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, es decir, cuando esta se encuentra cerrada a todos los efectos. Careciendo de la posibilidad de diferenciar estadísticamente entre estos dos tipos de ERTE suspensivos, la valoración sólo puede ser de carácter aproximativo. De otro lado, hecho más relevante todavía, a estas alturas carecemos de datos suficientes para efectuar un contraste entre los ERTE adoptados con anterioridad y con posterioridad a la reforma laboral. En definitiva, deberemos esperar aún algún tiempo para poder comprobar hasta qué punto la preferencia a favor de los ERTE por reducción de jornada prevista por primera vez a partir de la reforma laboral de 2021 ha tenido algún impacto en la aplicación práctica de estos procedimientos.

4. La preferencia frente a los despidos

Tal como hemos indicado, toda la nueva regulación sobre los ERTE gira en torno al objetivo de convertirlos en el instrumento principal de reacción frente a las situaciones de excedentes de empleo que requieren de medidas de reestructuración empresarial. En sentido negativo, pretenden convertir a las medidas extintivas y, en particular, a los despidos por causas económicas, en la medida última a agotar, una vez que se constata como ineficaz o insuficiente una medida menos traumática como es la suspensión contractual o la reducción de jornadas temporales para atajar la situación de dificultad.

En primera instancia, ese objetivo se articula a través del ofrecimiento de medidas de incentivo de los ERTE, por la vía de hacerlos más atractivos a las empresas en términos de costes y de mantenimiento de su capital humano. Resulta fácil de percibir que las medidas de evitación de los costes indemnizatorios por despidos, reducción en las cotizaciones sociales, así como financiación preferente al reciclaje profesional de los trabajadores afectados pretenden actuar como elementos que decanten las preferencias empresariales a favor de los ERTE, frente a los despidos, siempre más costosos, de pérdida de la experiencia profesional de los trabajadores vinculados a la empresa y, a la postre, más traumáticos y de superior conflictividad.

Eso sí, el cambio legislativo apunta más allá de la perspectiva típica de las técnicas del *soft law*, incentivadoras de unas medidas de reestructuración frente a otras, sino que también se orienta a una regulación más incisiva, de imposición legal de la preferencia de los ERTE frente a los despidos, reduciendo o incluso superando la hasta ahora plena libertad de opción entre las medidas extintivas y las suspensivas o de reducción de jornada.

En efecto, el punto de referencia a partir de la reforma laboral de 2012 ha sido una jurisprudencia que ha entendido que “es el empresario el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas (ERE) o meramente suspensivas (ERTE)”,

reforzando esta premisa sobre la afirmación de que “aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos (artículos 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores) induzca a concluir que, en principio, los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso, resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de ‘oportunidad’ que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa”⁶.

Podría interpretarse que, como cierta avanzadilla a lo que después de manera más decidida ha supuesto la reforma de 2021, el propio Tribunal Supremo vendría a realizar una lectura complementaria al criterio anterior, cuando ha valorado la viabilidad de adoptar medidas extintivas tras procedimientos previos suspensivos. Ciertamente se trata de pronunciamientos que, de manera directa, avalan la posibilidad de acometer medidas extintivas una vez ensayadas las suspensivas. Eso sí, a nuestro juicio, la novedad se encuentra en resaltar la concurrencia de la causa estructural en las medidas extintivas⁷, que se devaluaba en la resolución anterior, y la exigencia de específicas causas para justificar los despidos en estos escenarios. En efecto, partiéndose de que el despido se concibe para hacer frente a medidas estructurales, acepta que los mismos se adopten tras previas medidas suspensivas cuando concurren circunstancias específicas: bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron dicha suspensión⁸.

Pero es más, del texto de la reforma legal hay elementos variados que permiten interpretar que se ha elevado a rango legal esa preferencia de los ERTE frente a los despidos, en términos tales que se puede entender como ya inaplicable el criterio jurisprudencial de la libertad de opción empresarial entre una y otra medida, por cuanto que se viene a exigir que la empresa adopte los ERTE cuando nos encontremos ante una medida coyuntural, tratándose de una situación objetivamente controlable, sin que quede a criterio discrecional empresarial si estamos o no ante una situación estructural que le permite acudir directamente a los despidos por causas económicas. De manera expresa así lo contempla la exposición de motivos de la norma de reforma, cuando afirma que a través de la misma “se incorporan medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo, como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones”. Aunque no se modifica la definición legal de las causas justificativas de los despidos, sí que se altera la correspondiente a los ERTE, en términos tales que, como efecto reflejo, incide sobre la interpretación de los primeros. Así, la vigente regulación precisa que las empresas podrán acudir a los ERTE cuando concurren causas “de carácter temporal”; es decir, leído a sensu contrario, cuando la situación sea de este tipo de carácter temporal no procederá acudir a adoptar medidas extintivas. Más aun, respecto del mecanismo RED, la activa-

⁶ STS 17 de julio de 2014, rec. 32/2014, ECLI:ES:TS:2014:4131.

⁷ STS 22 de febrero de 2022, rec. 232/2021, ECLI:ES:TS:2022:794.

⁸ STS 16 de diciembre de 2021, rec. 210/2021, ECLI:ES:TS:2021:4793.

ción del mismo, en ambas de sus modalidades, global y sectorial, implica abrir paso a que los procedimientos suspensivos o de reducción de jornada se convierten en los idóneos para hacer frente a las situaciones de excedentes temporales de empleo, con marginación de los despidos, salvo, obviamente, en el caso de que éstos respondan a un escenario estructural que inicialmente se contempla como irreversible. Incluso, desbordando la dualidad tradicional entre lo coyuntural y lo estructural, se contempla la hipótesis de que el mecanismo RED, en su modalidad sectorial, pueda ser resultado, como, de nuevo, la propia exposición de motivos indica, de “procesos de cambio estructural”, de modo que los mismos puedan dar pie a medidas propias de los ERTE ante escenarios de declive irreversible del sector que requieran de reciclaje profesional de los trabajadores afectados, con vistas a su futura recolocación en otros sectores productivos y, por tanto, en otras empresas; a pesar de que esto último aboque a extinciones contractuales, derivadas de desplazamiento de los trabajadores a otras actividades que comportan prestar servicios en otras empresas, se prefiere optar por las medidas menos traumáticas iniciales de los ERTE. No al caso, el texto legal para esa modalidad alude a cambios “permanentes” que generen necesidades de recualificación y procesos de “transición” profesional de los trabajadores afectados (art. 47 bis.1 b ET).

5. La preferencia de la reducción de jornada frente a la suspensión contractual

En la misma línea, incluso como elemento más novedoso si cabe, la reforma laboral pretende que las reducciones de jornadas se adopten como medidas preferentes respecto de las suspensivas. Se entiende que se trata de medidas en las que se mantiene la actividad profesional del trabajador, se conserva su capacidad de adquisición de nuevas competencias y experiencias profesionales y, especialmente, alejan más aún si cabe el riesgo de destrucción de empleo. Se trata de una auténtica novedad, por cuanto que hasta el momento presente los ERTE se habían centrado en las medidas suspensivas de los contratos. Más aún, en su arranque histórico, el precepto correspondiente del Estatuto de los Trabajadores, al ubicarse dentro de la sección relativa a la “suspensión del contrato” se centraba exclusivamente en la medida suspensiva. No será sino hasta la reforma de 2010 cuando se incorpore la posibilidad de que a través de un expediente temporal de empleo la medida que se adopte sea la de una mera reducción de empleo que no exija suspensión plena del contrato de trabajo⁹. Ello vendrá reforzado por todas las medidas de favorecimiento de los ERTE durante la pandemia, si bien sin que en las mismas se llegue a establecer una relación de preferencia entre reducción de jornada y suspensión contractual.

Será precisamente la última de las reformas de carácter permanente, la de diciembre de 2021, la que viene a apostar por la reducción de jornada antes que por la suspensión contractual. Ya una primera pista nos la da la reforma cuando invierte el orden de

⁹ Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, (BOE 17 de junio), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo).

las medidas posibles a adoptar en el caso de los ERTE. En efecto, mientras que el título del precepto en su redacción precedente mencionaba en primer lugar a la suspensión contractual y sucesivamente se refería a la reducción de jornada, el texto vigente invierte el orden, mencionado en primer lugar a la jornada, con lo que refuerza la importancia que se le otorga a la medida frente a la suspensión.

En este caso, no se pueden detectar medidas de incentivo económico para las empresas, que jueguen en el terreno inicial de la *soft law*, como indicábamos sucedía en el apartado precedente para la dualidad ERTE frente a ERE, pues los incentivos económicos juegan en igual medida tanto para la suspensión como para la reducción de jornada.

Por ello, el elemento de novedad se encuentra en que de manera expresa en su articulado viene a establecer la preferencia por la medida de reducción de jornada frente a la medida suspensiva, limitando de nuevo la discrecionalidad empresarial para optar por una u otra medida. Eso sí, lo hace con una importante matización, introduciendo un concepto jurídico indeterminado, de no fácil interpretación, no estableciendo una preferencia absoluta sino condicionada a su viabilidad: “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”.

El problema en términos aplicativos de esta regla es con qué criterios nos movemos para determinar si la medida de reducción de jornada resulta o no “viable”, comparativamente con la suspensión contractual. Más aún, la dificultad en la aplicación de esta regla en la práctica deriva del hecho de que la opción no es una alternativa absoluta entre la reducción de jornada y la suspensión del contrato de trabajo, por cuanto que también son posibles situaciones intermedias, consistentes en adoptar medidas de reducción de jornada para un grupo de trabajadores, de suspensión de contrato para otros trabajadores, incluso de mantenimiento pleno de la ocupación para un tercer grupo de trabajadores. Como situación singular en el caso del mecanismo RED lo que no se admite es que un mismo trabajador pase en varios momentos de afectación por las situaciones de suspensión y de reducción de jornada, pero admitiendo que unos trabajadores de la empresa estén afectados por suspensión y otros por reducción¹⁰. En todo caso, ante la posibilidad de que se produzcan estas situaciones intermedias, la regla de la preferencia debe interpretarse en el sentido de que, en la medida de lo posible, serán preferibles las fórmulas intermedias a las de la total suspensión de contrato, así como que, dentro de las fórmulas intermedias, serán preferibles aquellas que se decanten por el mayor número posible de reducciones de jornadas frente a suspensiones contractuales. En todo caso, en estos escenarios no cabe la menor duda de que se acentúa la dificultad interpretativa de cuándo procede o no aplicar tal preferencia y en qué términos procede aplicarla. De ahí, la complejidad de interpretar la previsión legal en torno a la “viabilidad” o no de la medida.

¹⁰ “Durante la aplicación del Mecanismo RED cada persona trabajadora solo podrá verse afectada en exclusiva por una reducción de su jornada o por una suspensión de su contrato, sin que quepa una combinación de ambas, y sin perjuicio de la afectación o desafectación o de la variación en el porcentaje de reducción de jornada, que se produzcan ante la alteración de las circunstancias alegadas como causa justificativa de las medidas” (disp. transitoria 2ª.2 a RDL 4/2022, de 15 de marzo, BOE 16 de marzo).

Indiscutiblemente, en sentido negativo, podríamos interpretar que tal viabilidad no resulta posible allí donde se ha de producir una paralización completa de la actividad productiva, que aboque a un cierre temporal de la empresa. Eso sí, en sentido contrario, no podemos concluir con automaticidad que allí donde se mantenga la actividad productiva siempre va a ser viable adoptar la medida de reducción de jornada, por cuanto que podría demostrarse que el mantenimiento de esa actividad productiva sólo es viable con continuidad a tiempo completo de los que siguen prestando servicios y suspensión de los que no pueden mantenerse en activo. Eso sí, lo razonable es interpretar que legalmente se excluye una comparación de eficiencia de la medida, en el sentido de que no cabe analizar si en términos de productividad es preferible la suspensión frente a la reducción de jornada. Debe tenerse en cuenta que la ley sólo excluye de esta preferencia los supuestos en los que ello no sea “viable”, que en términos gramaticales es sinónimo de allí donde ello no sea posible, se entiende desde el punto de vista organizativo o productivo, pero no de costes. Hubiera sido deseable en este terreno que el legislador hubiera procedido al necesario desarrollo de la reforma por vía de la aprobación de la correspondiente norma reglamentaria. Posiblemente ello sea el resultado de una reforma que es producto del diálogo social donde, en aras al logro del acuerdo, se desemboca en una redacción de cierta imprecisión, que desde luego no es la más deseable desde el punto de vista de la técnica jurídica y, especialmente, de la seguridad jurídica. Precisamente, ante la opción del legislador por renunciar al desarrollo reglamentario de la medida, ello tiene consecuencias de mayor incertidumbre respecto de los elementos más novedosos de la reforma, como es el que venimos comentando, por añadidura, con un elevado nivel de imprecisión legal. A la vista de ello, no habrá otra alternativa que esperar a la posible interpretación de esta preferencia por vía jurisprudencial y, en particular, del alcance de la exigencia de la viabilidad de la medida.

En tanto que ello suceda, cuando menos, se puede deducir de la exigencia de preferencia por la reducción de jornada una regla de procedimiento. Coincidimos en estos términos con la posición de otros autores que han interpretado que tal preferencia viene a exigir a la dirección de la empresa que estime que la reducción de jornada no es viable que aporte en el curso del expediente y, en particular, en la información que transmita a los representantes de los trabajadores en el trámite de consultas, la justificación de que sólo procede la medida de suspensión contractual, o bien prevalentemente la suspensión contractual¹¹.

6. La conexión con otras vías de reducción de jornada

Aunque no se trate de un asunto que haya surgido a resultas de la última de las reformas, cada vez resulta más necesaria una clarificación legal respecto de los diversos procedimientos a través de los cuales se puede llevar a cabo una reducción de jornada derivada de causas económicas y empresariales. Ello emerge sobre todo a partir del instante en

¹¹ A. DE LA PUEBLA, op. cit., pg. 91. MOLERO MARAÑÓN, op. cit. pg. 3.

que, junto a los mecanismos tradicionales, también a través de los ERTE es posible llevar a cabo medidas de reducción de jornada.

Tres son las posibilidades alternativas legalmente contempladas: primera, la ya mencionada de los ERTE, la segunda a través de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo prevista en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, la tercera por vía de acuerdo individual entre las partes de conversión del contrato a tiempo completo en a tiempo parcial contemplada en el art. 12.4 e del Estatuto de los Trabajadores.

Ciertamente, algunas pistas se ofrecen en el texto legal, que nos permiten clarificar algunos aspectos, corroborados incluso por vía jurisprudencial. Ante todo, es obvio, a la vista de lo que venimos considerando, que los ERTE se sitúan exclusivamente en el terreno de las reducciones temporales, literalmente así lo indica el actual art. 47 ET y lo confirma algún concreto pronunciamiento¹². Ciertamente, ello determina que la reducción de carácter definitivo, no pueda verificarse por vía de un ERTE, obligando a acudir a una de las otras dos vías. No obstante, ello no deja de plantear ciertas dudas, cuando también por vía jurisprudencia se admite como lícito que en el curso de un procedimiento de regulación temporal de empleo se pacte la posible futura consolidación como definitiva de la reducción de jornada, con la simple opción al trabajador afectado por la extinción indemnizada en caso de que no esté conforme con la conversión en permanente de la reducción de jornada¹³.

Por lo demás, el procedimiento de modificaciones sustanciales, aunque se diseña básicamente pensando en cambios de carácter permanentes, el texto legal no excluye su posible utilización también para modificaciones de carácter temporal, con lo cual se pueden solapar a todos los efectos con los ERTE respecto de las reducciones de jornadas provisionales. En estos casos, se presenta la situación cuando menos delicada de que la opción por una y otra vía nos es inocua en cuanto a sus consecuencias para los trabajadores, por cuanto que a través de los ERTE los afectados tienen derecho a compensar su pérdida retributiva con el derecho a la prestación por desempleo durante el período correspondiente, posibilidad de la que carecen en caso de las modificaciones sustanciales. Esta circunstancia está llamando a una respuesta de clarificación legal, bien en clave de preferencia de los ERTE frente a las modificaciones sustanciales o bien del reconocimiento del derecho a la prestación parcial por desempleo por esta otra vía. En tanto que esa clarificación no se produzca, parece de sentido común que no puede quedar al arbitrio del empleador, según la vía por la que opte, que el trabajador tenga o no derecho a la prestación por desempleo. Por ello, una interpretación contextual y sistemática de la regulación actual debe conducir a interpretar que el empresario está obligado a acudir al procedimiento ERTE de reducción de jornada allí donde ello sea viable y, por tanto, el procedimiento de modificaciones sustanciales sólo se puede utilizar cuando no quepa hacer uso de alguna de las vías de los ERTE.

¹² STS 16 de junio de 2014, rec. 194/2013, ECLI:ES:TS:2014:3467.

¹³ STS 27 de abril de 2017, rec. 95/2016, ECLI:ES:TS:2017:2132.

La única duda que perviviría sería la de la posibilidad de adoptar por vía de las modificaciones sustanciales una reducción de jornada fuera de la horquilla legal permitida para los ERTE, es decir, una reducción de jornada inferior al 10 % o superior al 70 % (art. 47.7 a ET). También aquí sería precisa una clarificación legal, en el sentido de si la voluntad del legislador es que se respete en todo caso esta horquilla máxima y mínima, de modo que se interprete que el legislador no admite que se produzcan reducciones de jornada fuera de dichos límites por vías alternativas. De este modo, la vía de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo sólo procedería para las reducciones de jornadas permanentes. Hasta tanto que tal clarificación legal se produzca, parece razonable interpretarlo en términos prohibitivos, tanto por el hecho de que el legislador se esté inclinando porque la superación del límite máximo se orienta hacia una suspensión contractual y porque medida inferior al límite mínimo carece de impacto práctico para hacer frente a la situación de dificultad económica en la que se encuentra la empresa.

Finalmente, también parece conveniente que se clarifique la exigencia de la voluntariedad en el cambio de modalidad contractual, en concreto de tiempo parcial a tiempo completo, especialmente cuando algún pronunciamiento jurisprudencial ha debilitado la exigencia legal de la aceptación del trabajador, aceptando la vía de las modificaciones sustanciales¹⁴.

7. La generalizada exclusión del sector público

Desde la reforma de 2012 se excluyó con carácter general la posibilidad de adoptar medidas suspensivas y de reducción de jornada temporales en el ámbito de las Administraciones Públicas y de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos. La única excepción que se contempló es la posibilidad de llevar a cabo ERTE en aquellas entidades públicas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado¹⁵.

La pandemia no incorporó cambio alguno a estos efectos, de modo que se entendió que a los efectos que estamos tratando aquí se presumía que se mantenía la exclusión de referencia. Más aún, en la práctica ni siquiera las entidades públicas que, por financiarse mayoritariamente con ingresos propios, llegaron a utilizar este mecanismo, entendiéndose que en muchos casos estaban atendiendo a servicios esenciales de la comunidad para los

¹⁴ STS de 7 de octubre de 2011, rec. 144/2011, ECLI:ES:TS:2011:7264. Matizando la anterior y con un posible cambio de orientación jurisprudencial, STS 26 de abril de 2013, rec. 2396/2012, ECLI:ES:TS:2013:2468.

¹⁵ Disposición adicional 21 del Estatuto de los Trabajadores, introducida conforme al Real Decreto Ley, de 10 de febrero, sucesivamente transformado en Ley 3/2012, de 6 de julio, posteriormente incorporado al texto refundido del Estatuto de los Trabajadores de 2015 (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), incorporándolo en su disposición adicional 17ª, que es donde se encuentra actualmente.

que no se reducía su actividad o, caso de que se redujese, carecía de sentido que se hiciera frente a las dificultades por esta vía.

La reforma de 2021 ha mantenido el tenor literal de esta disposición adicional, con el único complemento de que, al introducirse los ERTE del mecanismo RED, se ha precisado que esta exclusión también resulta de aplicación a los mismos¹⁶. Más allá de ello, lo único que se ha hecho es suprimir la definición específica de las causas justificativas de los despidos por causas económicas cuando los mismos se adoptan en el ámbito del sector público, si bien se trata de una materia que desborda el objeto de este trabajo y, en todo caso, entendemos que ello ni siquiera repercute de manera indirecta sobre la cuestión que estamos tratando en este apartado.

De manera expresa, la normativa de exclusión en ningún momento llega a explicitar las razones por las que se procedió a excluir al sector público de las medidas de suspensión y de reducción de jornada, si bien es de común aceptación la idea de que las situaciones de excedentes temporales de empleo no deberían llevarse a cabo a través de medidas por medio de las cuales fuesen los fondos que financian la prestación por desempleo quienes hicieran frente a los costes de las mismas. En efecto, se había constatado en el pasado cierto tipo de abuso en este terreno por parte de ciertas Administraciones Públicas, especialmente de las entidades locales, de derivación hacia la Seguridad Social de sobrecostes de las mismas.

Para advertir el reto al que nos enfrentamos en este ámbito, debe tenerse presente al mismo tiempo, que la medida de exclusión en ningún momento ha pretendido ampliar el ámbito de actuación de los despidos por causas económicas dentro del sector público, como fórmula alternativa a la ausencia de medidas suspensivas o de reducción de jornada. Ha de tenerse en cuenta que, en ningún momento, se altera, sino todo lo contrario, la premisa general analizada al principio de que los despidos deben adoptarse ante escenarios de excedentes de empleo estructurales, sin que se haya introducido una causa más amplia, que incluyese también las situaciones coyunturales, para los correspondientes al sector público.

A la vista de ello, no cabe otra alternativa que pensar en un reforzamiento de las medidas estrictas de flexibilidad interna ajenas a las suspensiones y reducciones de jornadas. Es decir, la necesaria articulación de mecanismos ágiles de movilidad funcional, movilidad geográfica y otras modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en el ámbito del sector público. Pero paradójicamente, por la aplicación extensiva de la normativa sobre el empleo público a estos aspectos de las condiciones de trabajo del personal laboral al servicio del sector público, estas otras medidas de flexibilidad interna son las que encuentran mayores dificultades prácticas de articulación. Por ello, llama la atención que la exclusión de manera generalizada de los ERTE en el ámbito del sector público, no haya venido acompañada de modificaciones legales que refuercen esos otros mecanismos de flexibilidad interna en el ámbito del sector público. Lo único que se ha hecho al efecto es contemplar un mecanismo específico de inaplicación de los convenios colectivos en el

¹⁶ Disposición final 3ª del Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre.

ámbito del sector público por la vía de la actuación unilateral de la propia Administración Pública¹⁷. Se trata de una previsión que se introdujo en el marco de la reforma de 2012 para hacer frente a la crisis financiera de aquel período¹⁸, que ha pervivido como tal a lo largo del tiempo, sin ningún tipo de cambio. Sin poder entrar en estos momentos en el significado y alcance de esta medida¹⁹, baste con señalar que tal medida se contempla y, como tal, se aplica en situaciones de crisis de deuda pública extrema y, desde luego, no puede considerarse como la medida más idónea para actuar como alternativa única a las situaciones de excedentes de empleo que se presentan en determinadas ocasiones en el ámbito del sector público. Por ello, no hay, sino que insistir en la necesidad de reflexionar acerca de las carencias en este terreno dentro de las necesarias reestructuraciones del sector público, que están llamando a una actuación singular para las mismas.

¹⁷ Art. 38.2 Estatuto Básico del Empleado Público.

¹⁸ Art. 7 del Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio.

¹⁹ Sobre el particular. J. CRUZ VILLALÓN, El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en *Temas Laborales* nº 117 (2012), pgs. 13 ss.