

MEMORIA DEL PROYECTO DE TESIS DOCTORAL POR COMPENDIO DE PUBLICACIONES

Título de la tesis doctoral: *“Expedientes de regulación temporal de empleo, permisos retribuidos recuperables y disfrute de vacaciones, tres respuestas para una misma realidad, la COVID-19”.*

Presentada por la doctoranda: Dña. Amparo Esteban Gómez, con DNI núm. 29764556A.

Programa de Doctorado: en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (3029).

Línea de investigación: Regulación del Mercado de Trabajo y de las Relaciones Laborales (30290007).

Tutora/directora: Dra. Dña. Patrocinio Teresa Rodríguez Ramos.

Sevilla, a 29 de julio de 2022.

A los que están a mi lado y en mí.
A quienes han creído en este proyecto y me han ofrecido estímulo permanente.

PREÁMBULO.

La tesis doctoral por compendio de publicaciones es una modalidad especial de tesis doctoral contemplada y regulada en la Sección 1.¹ del Capítulo 7 (“*Modalidades especiales de tesis doctoral*”) del Título II (“*Desarrollo de los programas de doctorado*”) de la Normativa de Estudios de Doctorado de la Universidad de Sevilla (versión consolidada), aprobada mediante Resolución de la Secretaría General de la Universidad de Sevilla de 17 de febrero de 2020² (en adelante, NEDUS).

Pues bien, la tesis doctoral por compendio de publicaciones, en virtud del art. 62.5 de la referida NEDUS, además de las publicaciones, deberá incluir necesariamente:

- la introducción en la que se justifique la unidad temática de los trabajos presentados;
- los objetivos que se pretenden alcanzar;
- y un resumen global de los resultados, la discusión de estos y las conclusiones.

La citada NEDUS es común a todos los programas de doctorado adscritos a la Escuela Internacional de Doctorado de la Universidad de Sevilla que abarcan todas las áreas de conocimiento. Por ello, la presente Memoria que acompaña al proyecto de tesis doctoral por compendio de publicaciones, va a contar con un índice adaptado a nuestra área de conocimiento, la de Ciencias Sociales y Jurídicas, en la que está integrado el Programa de Doctorado en Derecho en cuyo marco –en concreto, en la Línea de investigación Regulación del Mercado de Trabajo y de las Relaciones Laborales– ha tenido lugar la llevada a cabo, cuyos resultados, plasmados en distintos trabajos publicados, sustentan el presente proyecto de tesis doctoral.

Así, en el apartado dedicado a delimitar los objetivos, englobados en el capítulo II, distinguiremos los específicos y generales, y añadiremos la metodología utilizada para alcanzarlos.

Seguidamente, en el capítulo III, recopilaremos los resultados/conclusiones de nuestra investigación, deteniéndonos en cada una de las aportaciones reagrupadas en la tesis por compendio.

A su vez, los resultados/conclusiones nos permitirán extraer distintas medidas de actuación, derivadas de la investigación concluida. Así, en aras de mejorar la regulación existente, realizaremos propuestas de *lege ferenda*, que comprenderán el capítulo IV; indicaremos propuestas de actuación de la negociación colectiva, contribuyendo a hacer frente a los cambios COVID y post-COVID, recogidas en el capítulo V; y finalmente, trazaremos eventuales futuras líneas de investigación que conformarán el capítulo VI.

Por último, el capítulo VII recogerá las conclusiones generales, respondiendo así a los objetivos marcados del mismo carácter, que cohesionan el proyecto de tesis doctoral por compendio de publicaciones que esta Memoria sustenta.

¹ Rotulada “*Tesis por compendio de publicaciones*” que contiene los arts. 62 (Definición); 63 (Requisitos de la autoría del doctorando en las publicaciones que componen la tesis) y 64 (Autorización de la presentación de tesis por compendio de publicaciones).

² BOUS núm. 2/2020, de 24 de febrero.

Índice.

I.	<u>INTRODUCCIÓN</u>	5
II.	<u>OBJETIVOS QUE SE PRETENDEN ALCANZAR Y METODOLOGÍA</u>	19
	1. Objetivos específicos.....	19
	2. Objetivos generales.....	23
	3. Metodología.....	24
III.	<u>RESUMEN GLOBAL DE LOS RESULTADOS/CONCLUSIONES</u>	26
IV.	<u>PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i></u>	69
V.	<u>PROPUESTAS DE ACTUACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA</u> ...	73
VI.	<u>EVENTUALES FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN</u>	76
VII.	<u>CONCLUSIONES GENERALES</u>	78

I. INTRODUCCIÓN.

La investigación desarrollada, como ilustra el título del proyecto de tesis doctoral, gira en torno a los expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTE), los permisos retribuidos recuperables (en adelante, PRR) y el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas.

Realizamos un estudio y análisis de las materias enunciadas tras la irrupción de la COVID-19 y con ella, de la adopción del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19³.

La investigación abordada y los resultados extraídos conforman las cinco publicaciones presentadas como proyecto de tesis doctoral por compendio de publicaciones.

Eje vertebrador de las publicaciones aportadas es analizar cómo ha impactado la pandemia en el sistema de relaciones laborales, y cuáles han sido las respuestas proporcionadas por las tres instituciones jurídicas acotadas que, de una manera algo indirecta en ocasiones, han contribuido a la consecución de cuatro objetivos:

1. La limitación en la movilidad de la población requerida por razones sanitarias, evitando los contactos y, con ello, el efecto multiplicador de los contagios.
2. Derivada de la limitación de la ciudadanía, el impedimento o, en su caso, la a su vez limitación de la actividad productiva de buena parte del tejido empresarial.
3. El sostenimiento de las empresas pese a la repercusión económica negativa que *a priori* hubiera derivado de la pandemia.
4. Y, consecuencia directa de lo anterior, la preservación del empleo, y con ello, el mantenimiento del sustento económico de los trabajadores, amortiguando así el nefasto alcance social que, de principio, sobreviniera a la COVID-19.

Con las tres figuras jurídicas, pues, el ordenamiento jurídico laboral, en unos casos, y la praxis empresarial, en otros, han favorecido la meta última, que no es otra que la de combatir la pandemia, aminorando el golpe económico y, derivado de este, social que resultara de esta de no terciar aquellas.

De esta manera, la investigación impulsada, una vez confronta el impacto sanitario, económico y social de la pandemia, analiza las tres respuestas objeto de estudio que son

³ BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

Primer estado de alarma que, tras sucesivas prórrogas, se extendió hasta las 00:00 h del día 21 de junio de 2020.

Posteriormente, se declaró un nuevo estado de alarma a través del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (BOE núm. 282, de 25 de octubre) que declaró, en un principio, el estado de alarma hasta las 00:00 h del día 9 de noviembre de 2020 y que, posteriormente, fue prorrogado hasta las 00:00 h del día 9 de mayo de 2021 en virtud del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre de 2020, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 (BOE núm. 291, de 4 de noviembre).

palanca para afrontar con éxito la COVID-19 y, en consecuencia, combatir sus originarios efectos negativos.

A mayor abundamiento, a lo largo del año 2021 ha estado abierta la mesa del diálogo social que, finalmente, ha concluido con éxito, materializado en el acuerdo alcanzado el día 23 de diciembre de 2021 por las organizaciones empresariales más representativas de nuestro país, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), con las organizaciones sindicales más representativas, Comisiones Obreras (CC.OO.), la Unión General de Trabajadores (UGT) y el Gobierno⁴. El acuerdo logrado ha sido recogido en el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo⁵ (en adelante, RDL 32/2021), cumpliéndose así algunas de las principales reformas acordadas con la Comisión Europea en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en concreto, en el Componente 23, rotulado “*Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*”⁶. La norma reformadora ha sido, finalmente, convalidada⁷ por el Congreso de los Diputados⁸ constituyendo los antecedentes descritos, a nuestro entender, factores decisivos para que haya obtenido el respaldo parlamentario que convalide la norma, preservando la literalidad del acuerdo⁹.

El integrar el marco reformador descrito la figura de los ERTE ha sido un estímulo adicional para que la investigación desplegada centrara sus esfuerzos en contribuir a destacar qué prescripciones de la normativa extraordinaria y urgente en torno a los ERTE ligados a la pandemia (en adelante, ERTE COVID) –cuya experiencia avalaba

⁴ Presente, finalmente, a través de tres Ministerios, en concreto, el de Trabajo y Economía Social; el de Asuntos Económicos y Transformación Digital y el de Hacienda y Función Pública.

⁵ BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

Posteriormente, ha contado con una corrección de errores publicada en el BOE núm. 16, de 19 de enero de 2022.

⁶ En concreto, como indica la Exposición de Motivos del RDL 32/2021, en el Apartado III, párrafo 3º, se trata de las Reformas 4 («Simplificación de los contratos: generalización del contrato indefinido, causalidad de la contratación temporal y adecuada regulación del contrato de formación»), 6 («Establecimiento de un mecanismo de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y apoyo a la transición»), 8 («Modernización de la negociación colectiva») y 9 («Modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales»).

Se puede acceder al citado Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en el siguiente enlace <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/16062021-Componente23.pdf>

⁷ Como recoge la Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 33, de 8 de febrero).

⁸ Como mandata la prescripción del art. 86.2 de la Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante, CE).

⁹ Fruto del esfuerzo perseverante que han realizado las partes presentes en la negociación y resultado del ejercicio del trascendental papel que nuestro texto constitucional otorga a los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, en el art. 7 de la CE, cuando reconoce que ambas instituciones “*contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios*”.

reveladores datos– debían ser incorporadas por la reforma laboral anunciada a fin de potenciar y fortalecer los futuros ERTE post-COVID.

Así, hilo conductor de la investigación es analizar y valorar las respuestas ofrecidas por las instituciones delimitadas, así como enjuiciar qué prácticas deben ser rechazadas y qué otras reglas, en cambio, deben ser incorporadas de *lege ferenda* al ordenamiento jurídico laboral, con carácter ordinario, quedando este fortalecido ante eventuales infortunios que un mundo globalizado pueda depararnos, así como anunciar, en su caso, nuevas medidas a incorporar por los convenios colectivos que surgen de los nuevos escenarios, tanto COVID como post-COVID.

Junto a lo anterior, la impronta de la COVID-19 en las instituciones jurídicas objeto de estudio y los problemas aplicativos e interpretativos que de ello derivaban, a lo que siguió el mencionado proceso de elaboración –que concluyó con la aprobación– de la reforma laboral de 2021, conllevó la necesidad de la inmediatez en la publicación de los resultados obtenidos, frutos de la investigación, pretendiendo de este modo contribuir al esclarecimiento de los nuevos y diversos aspectos originados por la extraordinaria y excepcional realidad acaecida tras la pandemia, primero, y por el nuevo marco legal en torno a los ERTE derivado de la promulgación del RDL 32/2021, después.

Todos estos elementos, a saber, núcleo temático común a abordar, publicación a corto plazo de las aportaciones resultantes del estudio y análisis realizados, y confluencia de un proceso de reforma laboral, exitosamente finalizado, con afectación palmaria en una de las instituciones analizadas, contribuyeron a que, finalmente, tomáramos la iniciativa de optar por la modalidad especial de tesis doctoral por compendio de publicaciones contemplada en la Sección 1.^a del Capítulo 7 del Título II de la NEDUS.

Pasamos, a continuación, a describir grosso modo las diversas publicaciones presentadas.

Para ello, vamos a respetar el orden cronológico de publicación, si bien advirtiendo que las tres últimas giran en torno a la figura esencial con la que el ordenamiento jurídico laboral ha sabido dar certera respuesta a la nueva realidad derivada de la pandemia en su triple vertiente: sanitaria, económica y social. Estamos aludiendo a los ERTE.

Así, en primer lugar, nos detenemos en una institución jurídica tradicional existente en el ordenamiento jurídico laboral con anterioridad a la COVID-19, las vacaciones anuales retribuidas. En concreto, nos centramos en aquel aspecto de su régimen jurídico en el que ha incidido notoriamente la pandemia, a saber, el momento de disfrute de las vacaciones anuales, así como sus eventuales vicisitudes.

La actualidad del tema y las controversias originadas en torno al mismo requerían y, finalmente, desembocaron en la publicación de **un artículo, titulado “Momento del disfrute de las vacaciones y Covid-19”, en Revista Derecho de las Relaciones Laborales núm. 10, noviembre 2020, Ed. Francis Lefebvre, pp. 1287-1309. ISSN 2387-1113.**

La aparición de la COVID-19 en nuestro país, así como su evolución y eventuales rebrotes fueron factores determinantes para que muchas empresas, como medida de reacción ante estas situaciones, acudieran al disfrute forzoso de las vacaciones del total o de una parte de la plantilla. A mayor abundamiento, estas nuevas realidades incidían, de forma directa, cuando eran coetáneas con un periodo vacacional previamente fijado, o bien cuando sobrevenían a un disfrute ya iniciado del descanso vacacional.

El recurso por parte de las empresas al disfrute obligado de las vacaciones era cuestionado por la parte social y el presente trabajo pretende aportar luz a esta controversia, así como considerar las principales cuestiones que arrojaban estas nuevas circunstancias y que precisaban una respuesta jurídica.

El tema es abordado realizando una descripción del régimen legal en torno a los distintos mecanismos de fijación del momento de disfrute de las vacaciones. El mismo es complementado con la abundante y diversa regulación convencional en la materia, entrando la misma en numerosos aspectos, ofreciendo como resultado una enriquecedora casuística. Asimismo, se hace hincapié en las distintas vías que posibilitan una eventual modificación del periodo vacacional previamente asignado, valorando las consecuencias jurídicas que derivan de tal alteración. La jurisprudencia y la doctrina judicial son dos herramientas imprescindibles para abordar el estudio de estas materias.

El artículo valora si es ajustada a derecho, o no, la decisión empresarial de imponer, de forma unilateral e imprevista, el disfrute forzado de las vacaciones en el contexto descrito y, finalmente, recoge distintas líneas de actuación de los interlocutores sociales para hacer frente a los cambios, COVID y post-COVID, contribuyendo así a la regulación, vía convenio colectivo, de estas nuevas realidades.

Analizar si el régimen jurídico de esta institución permite una praxis empresarial como la descrita o si, por el contrario, no hay basamento jurídico para la respuesta adoptada, así como indagar en las nuevas materias que pueden ser incorporadas al ordenamiento jurídico laboral, a través de la negociación colectiva, para dar respuestas a lagunas detectadas y derivadas de la nueva y eruptiva realidad, son factores determinantes que impulsan el estudio emprendido.

En segundo lugar, abordamos una figura jurídica *ad hoc*, de aplicación eminentemente coyuntural –en concreto, entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020– representada por los PRR, de carácter obligatorio, previstos en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19¹⁰ [en adelante, RDL 10/2020, que será más tarde Ley 4/2021, de 12 de abril, por la que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19¹¹ (en adelante, Ley 4/2021)], a recuperar

¹⁰ BOE núm. 87, de 29 de marzo de 2020.

¹¹ BOE núm. 88, de 13 de abril de 2021.

desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma¹² hasta el 31 de diciembre de 2020.

Es importante destacar que, al amparo de lo previsto en el art 5 del RDL 10/2020¹³, se publica la Orden SND/307/2020, 30 de marzo, por la que se establecen los criterios interpretativos para la aplicación del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, y el modelo de declaración responsable para facilitar los trayectos necesarios entre el lugar de residencia y de trabajo¹⁴ (en adelante, Orden SND/307/2020, 30 de marzo). El art. 1 de la citada Orden establece el “Objeto” de la misma, cual es “... *especificar actividades excluidas del ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, así como facilitar un modelo de declaración responsable en la que se indique que la persona trabajadora portadora del mismo puede continuar realizando desplazamientos a su lugar de trabajo o de desarrollo de su actividad de representación sindical o empresarial.*” En consecuencia, determina de forma expresa que el RDL 10/2020 no es de aplicación a los trabajadores por cuenta propia¹⁵ ni a las actividades de representación sindical y patronal, con el fin de garantizar la asistencia y asesoramiento a trabajadores y empleadores¹⁶.

Conocer la regulación de la respuesta legal ofrecida por el ordenamiento jurídico laboral a través de los PRR, extraordinaria y excepcional como la realidad que la propiciaba, que cuenta con un procedimiento de recuperación tasado y a corto plazo que puede incidir en otros regímenes –en particular, en el de las vacaciones anuales retribuidas– determinaron la conveniencia de afrontar su estudio.

Nuevamente, el contexto aplicativo e interpretativo de la norma y de la figura en ella contemplada demandaba una pronta publicación de los datos extraídos del análisis. Y así, el resultado de la investigación compone **un capítulo independiente, rotulado “Vacaciones y permisos retribuidos recuperables”, de una monografía colectiva, auspiciada por la pandemia, realizada en el marco del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, titulada “Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID-19”, AA. VV., José Manuel Gómez Muñoz (Editor) y M.ª José Rodríguez Ramos (Coordinadora), 1.ª ed., Albacete, Ed. Bomarzo, 2021, pp. 215-264. ISBN 978-84-18330-39-1.**

Una vez recoge a grandes rasgos las líneas esenciales, por un lado, de los motivos que llevan al legislador a regular los PRR y, de otro lado, de su régimen jurídico, el citado estudio centra su atención en la incidencia que pueden tener estos en las vacaciones anuales retribuidas, en particular, en la viabilidad, en su caso, de recuperar los PRR reduciendo los correspondientes días de vacaciones.

¹² Que se extendió hasta las 00:00 h del día 21 de junio de 2020.

¹³ Rotulado “Adaptación de actividades” que prevé que “El Ministro de Sanidad, en su condición de autoridad competente delegada, podrá modificar o especificar, mediante las órdenes necesarias, las actividades que se ven afectadas por el permiso retribuido recuperable previsto en este artículo y sus efectos”.

¹⁴ BOE núm. 89, de 30 de marzo de 2020.

¹⁵ Art. 2 de la Orden SND/307/2020, 30 de marzo.

¹⁶ Art. 3 de la Orden SND/307/2020, 30 de marzo.

Con pormenor, trata las cuestiones siguientes: 1) Los PRR como supuesto de vacaciones obligatorias. 2) La viabilidad del pacto de vacaciones coincidente con los PRR. 3) La fijación unilateral de las vacaciones por parte del empresario como alternativa a los PRR. 4) La afectación de los PRR a las vacaciones ya iniciadas. 5) La recuperación de los PRR por la vía de reducir las vacaciones.

Finalmente, centramos nuestra investigación en una herramienta jurídica, los ERTE, regulados en el art. 47 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹⁷ (en adelante, ET) que forman parte del conjunto de medidas de flexibilidad interna¹⁸ con las que el ordenamiento jurídico laboral dota a las empresas, permitiéndoles la adaptación de las relaciones de trabajo a sobrevenidas causas coyunturales; en concreto, de acudir a los ERTE, posibilitándoles la suspensión de los contratos de trabajo y/o la reducción de las jornadas de trabajo.

Llega la pandemia, y la normativa extraordinaria y urgente que de ella deriva, partiendo del régimen jurídico previsto en el art. 47 del ET, que no deroga, flexibiliza y agiliza este instrumento jurídico, a fin de ofrecer un mecanismo –el conocido como ERTE COVID– con el que hacer frente y paliar el impacto, tanto social como económico, que surge de ella, contribuyendo así al mantenimiento del empleo y, como premisa previa, a la viabilidad de las empresas, evitando en consecuencia, las extinciones de la contratación temporal, en general, y de los despidos, en particular.

Es más, la experiencia derivada de los ERTE COVID ha propiciado que el vigente ordenamiento jurídico laboral esté dotado en la actualidad, con carácter ordinario y permanente, de unos reforzados ERTE (contemplados en el reformado art. 47 del ET) junto a otros específicos ERTE vinculados al nuevo Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (rótulo que recibe el nuevo art. 47 bis del ET) derivados, ambos, de la reforma laboral de 2021 llevada a cabo a través del RDL 32/2021 que incorpora a la legislación ordinaria, de manera estructural, las medidas extraordinarias y urgentes puestas en práctica desde la irrupción de la pandemia en marzo de 2020, que han sido aprobadas mediante los sucesivos Reales Decretos leyes que conforman la legislación de la pandemia en torno a los ERTE.

Pues bien, partiendo del régimen jurídico preexistente a la COVID-19 en torno a los ERTE, contenido en el art. 47 del ET previo a la reforma laboral de 2021, la investigación en torno a este importante instrumento jurídico va a llevarse a cabo en dos estadios:

PRIMERO. Realizando un análisis, detallado y en profundidad, de la profusa normativa extraordinaria y urgente en torno a los ERTE COVID –conocida como la legislación de emergencia en torno a los ERTE– que ha derivado en los Reales Decretos leyes 8/2020¹⁹, 18/2020²⁰, 24/2020²¹, 30/2020²², 2/2021²³, 11/2021²⁴, 18/2021²⁵ y 2/2022²⁶, así como de las normas concordantes a las aludidas con rango de ley²⁷.

¹⁷ BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

¹⁸ Junto con los arts. 40 (movilidad geográfica); 41 (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo) y 82.3 (inaplicación de determinadas condiciones previstas en convenios colectivos estatutarios).

¹⁹ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18 de marzo).

²⁰ Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE núm. 134, de 13 de mayo).

²¹ Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial (BOE núm. 178, de 27 de junio).

²² Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (BOE núm. 259, de 30 de septiembre).

²³ Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (BOE núm. 23, de 27 de enero).

²⁴ Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos (BOE núm. 127, de 28 de mayo).

²⁵ Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo (BOE núm. 233, de 29 de septiembre).

²⁶ Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (BOE núm. 46, de 23 de febrero).

²⁷ Entre las referidas normas concordantes, podemos mencionar el Real Decreto-ley 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 [(BOE núm. 86, de 28 de marzo; en adelante, RDL 9/2020) que será más tarde Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19 (BOE núm. 88, de 13 de abril; en adelante, Ley 3/2021)] del que realiza un detallado estudio; en especial, de los arts. 2 y 5, rotulados “*Medidas extraordinarias para la protección del empleo*” e “*Interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales*”, respectivamente –en vigor, ambos, hasta el pasado 31 de marzo de 2022–.

Igualmente, analiza el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (BOE núm. 112, de 22 de abril; en adelante, RDL 15/2020) que lleva a cabo un nuevo giro de tuerca en el mecanismo de control y, en su caso, sanción en la tramitación y gestión de los ERTE (ya iniciado por las disposiciones adicionales segunda –titulada “*Régimen sancionador y reintegro de prestaciones indebidas*”– y cuarta –rotulada “*Colaboración de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*”– del RDL 9/2020 y que han sido reproducidas en las correspondientes disposiciones adicionales, igualmente segunda y cuarta, de la Ley 3/2021). Así, el RDL 15/2020 introduce modificaciones de importante calado en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE núm. 189, de 08 de agosto; en adelante, LISOS).

Posteriormente, y con fuerte impacto en los mecanismos de vigilancia, control y, eventual sanción en la tramitación y gestión de los ERTE, en general, y que son obviamente aplicables a los ERTE ligados a la pandemia, en particular, con la idiosincrasia de estos y, en especial, de los ERTE FM COVID, el RDL 2/2021 incorporó a la LISOS la actuación administrativa automatizada que contribuirá de forma decisiva en la materia, fundamentalmente, en aras de detectar fraudes relacionados, por un lado, con cobros de prestaciones indebidas o superiores y, de otro lado, con accesos incorrectos a las correspondientes exoneraciones ligadas a los ERTE, en general, y a los vinculados a la pandemia, en particular.

En otro orden de cosas, también nos detenemos en la Orden HAC/320/2021, de 6 de abril, por la que se establece un fraccionamiento extraordinario para el pago de la deuda tributaria derivada de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para beneficiarios

La promulgación de esta sucesión normativa en torno a los ERTE, lejos de derogar lo dispuesto en la precedente han ido, en algunos casos, manteniendo, en parte, lo recogido en la misma; en otros, modificando la regulación anterior; no faltando ocasiones en las que la nueva normativa ha optado por la innovación.

Esta intensa y abundante labor normativa ha propiciado inseguridad jurídica en empresas, trabajadores, interlocutores sociales, y en cuantos intervienen en la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, así como en el control de su cumplimiento²⁸.

Con el ánimo de contribuir a superar las dificultades originadas por una promulgación incesante de normas de inmediata entrada en vigor y, en muchos casos, de aplicación acumulativa y no sucesiva, es abordado el estudio de esta dilatada y copiosa regulación, participando, con la pronta publicación de los resultados obtenidos, en detectar las controversias suscitadas y sus posibles vías de resolución.

SEGUNDO. Abordando el nuevo régimen jurídico, ordinario y permanente, inspirado en la experiencia arrojada por los ERTE COVID, que ha implantado la reforma laboral de 2021 de la que derivan dos tipos de ERTE: los ordinarios vía reformado art. 47 del ET y los extraordinarios, vinculados al Mecanismo RED vía nuevo art. 47 bis del mismo cuerpo legal.

Para configurar el nuevo régimen legal en torno a los ERTE, resulta imprescindible conocer las modificaciones que introduce la reforma laboral de 2021 –llevada a cabo por el RDL 32/2021– en otros cuerpos legales que conforman el ordenamiento jurídico laboral. De especial calado, en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social²⁹ (en adelante, LGSS); en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral³⁰ (en adelante, Ley 30/2015); y en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba

durante el año 2020 de prestaciones vinculadas a Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (BOE núm. 83, de 7 de abril).

Por último, confluyen con las medidas anteriores, las auspiciadas tanto por el Gobierno de la nación como por los correspondientes Gobiernos autonómicos materializadas en ayudas directas, haciéndose mención exclusiva a las adoptadas, en marzo y abril de 2021, por el Gobierno central. Así, alude al Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 (BOE núm. 62, de 13 de marzo) –últimamente modificado a través del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania (BOE núm. 76, de 30 de marzo)– y a la Orden HAC/348/2021, de 12 de abril, por la que se concretan los criterios para asignación de ayudas directas a autónomos y empresas en aplicación de lo dispuesto en el Título I del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta la pandemia de la COVID-19 (BOE núm. 89, de 14 de abril).

²⁸ Ejemplo de ello son las abundantes e importantes notas internas, criterios administrativos y respuestas –ante consultas planteadas– de la Dirección General de Trabajo-Subdirección General de Ordenación Normativa (DGT-SGON) que, pese a carecer de valor normativo, han contribuido a la aplicación de la abundante regulación laboral, urgente y extraordinaria, con la que se ha hecho frente a los efectos de la crisis sanitaria en la realidad objeto de nuestra disciplina.

²⁹ BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

³⁰ BOE núm. 217, de 10 de septiembre de 2015.

el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social³¹ (en adelante, LISOS). Todas estas importantes modificaciones son analizadas en la investigación desarrollada.

Del mismo modo, es necesario el estudio y análisis de otras normas con rango de ley que inciden en la materia, así como del instrumento preciso, en su caso, para su implementación. Todas son igualmente abordadas y, seguidamente, las señalamos atendiendo al orden cronológico de promulgación.

Así, el Real Decreto-ley 4/2022, de 15 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía³² (en adelante, RDL 4/2022) confirmó en su Exposición de Motivos, ratificando así lo que vaticinaban los datos estadísticos en torno al sector, la activación del Mecanismo RED para el sector de agencias de viaje por la vía del nuevo e incorporado por la reforma laboral de 2021 art. 47 bis del ET, en modalidad sectorial³³, lo que finalmente aconteció mediante la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de marzo de 2022, por el que se declara la activación del Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, de conformidad con el artículo 47 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para el sector de las agencias de viaje³⁴ (en adelante, Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo).

Del citado RDL 4/2022 son relevantes las previsiones, cuyo estudio es abordado, contenidas en dos disposiciones adicionales, la cuarta³⁵ y quinta³⁶, así como en tres disposiciones transitorias, la segunda³⁷, tercera³⁸ y cuarta³⁹, cuyo título “*por el que se adoptan medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía*” en nada es clarificador o indiciario de contener normas afectantes al Mecanismo RED, y menos aún vislumbrar preceptos que cubren transitoriamente los correspondientes y obligados desarrollos reglamentarios –de los que se autoproclaman subsidiarios⁴⁰– tanto del

³¹ BOE núm. 189, de 08 de agosto de 2000.

³² BOE núm. 64, de 16 de marzo de 2022.

³³ A tenor del nuevo art. 47 bis del ET, el Consejo de Ministros está facultado para activar el Mecanismo RED de Flexibilización y Estabilización del Empleo, en su modalidad sectorial, para aquel sector o sectores de actividad en los que “*se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras, con una duración máxima inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una*”, según recoge en el apartado (en adelante, apdo.) 1.b).

³⁴ BOE núm. 78, de 1 de abril de 2022.

³⁵ Rotulada “*Acceso a los datos de los expedientes de regulación temporal de empleo por la Tesorería General de la Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo Estatal y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*”.

³⁶ Que lleva por título “*Constitución del Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo*”.

³⁷ Rubricada “*Procedimiento aplicable al Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo*”.

³⁸ Titulada “*Protección social de las personas trabajadoras*”.

³⁹ Que pretende dar, como expresa su rótulo, “*Cobertura transitoria de las necesidades de financiación del Mecanismo RED*”.

⁴⁰ Así, de un lado, señala expresamente el apdo. tercero (aunque por error se enumera nuevamente como 2) de la disp. transitoria (en adelante, trans.) segunda del RDL 4/2022 – rotulada, como hemos señalado anteriormente, “*Procedimiento aplicable al Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo*”– que “*El Gobierno podrá modificar, mediante el*

propio art. 47 bis del ET como del procedimiento para la solicitud de la nueva prestación específica que acompaña al recién incorporado mecanismo jurídico⁴¹.

Resultaba imprescindible igualmente entrar, y se hace, en los pormenores detallados en la aludida Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo.

A mayor abundamiento, la nueva regulación en torno a unos determinados ERTE, vía art. 47 del ET, ha sido complementada, en respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la invasión de Ucrania por Rusia, a través del art. 44, párrafo segundo del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania⁴² (en adelante, RDL 6/2022) cuyo estudio, también, hemos emprendido.

Posteriormente, ya en proceso de elaboración de la presente Memoria, se ha promulgado el Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma⁴³ (en adelante, RDL 11/2022)⁴⁴ que contiene dos previsiones de calado en la materia.

De un lado, el art. 1, rotulado “*Modificación del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania*”⁴⁵, en concreto, en el apartado (en adelante, apdo.) diez, señala que el art. 44 del RDL 6/2022 queda redactado de la siguiente manera: “*En aquellas empresas beneficiarias de las*

desarrollo reglamentario del artículo 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, lo establecido en esta disposición” y, de otro lado, prevé el apdo. tercero de la disp. trans. tercera del RDL 4/2022 –rubricada, como hemos indicado, “*Protección social de las personas trabajadoras*” – que mediante el desarrollo reglamentario al que se refiere el apdo. 2 de la disp. adic. cuadragésima primera de la LGSS podrá modificarse lo establecido en sus apdos. 1 y 2.

⁴¹ Prescribe el art. 47 bis.5.b) del ET, norma común a las dos modalidades, que los trabajadores cubiertos por un Mecanismo RED se beneficiarán de las medidas en materia de protección social previstas en la disp. adic. cuadragésima primera de la LGSS.

Es un precepto que ha entrado en vigor, en virtud del apdo. segundo, letra d) de la disp. final octava del RDL 32/2021, a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, a partir del 30 de marzo de 2022.

Es una nueva y específica prestación a la que la Exposición de Motivos del RDL 32/2021 denomina “*prestación de sostenibilidad de empleo*” y a la que el SEPE le dedica una entrada propia en su página web, dentro del marco de prestaciones para personas –Se puede acceder a la citada nueva entrada del SEPE a través del siguiente enlace <https://sepe.es/HomeSepe/Personas/distributiva-prestaciones/prestacion-sostenibilidad-mantenimiento-empleo-RED.html>– y la denomina “*prestación de sostenibilidad y mantenimiento del empleo (RED)*”.

⁴² BOE núm. 76, de 30 de marzo de 2022, que ha contado con una corrección de errores publicada en el BOE núm. 100, de 27 de abril y que ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados el 28 de abril de 2022.

⁴³ BOE núm. 152, de 26 de junio de 2022.

⁴⁴ El citado RDL 11/2022 ha obtenido la convalidación por parte del Congreso de los Diputados el día 14 de julio de 2022.

⁴⁵ Que conforma el Capítulo I del citado RDL 11/2022 que lleva por rúbrica “*Prórroga de determinadas medidas adoptadas en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania*”.

ayudas directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 31 de diciembre de 2022. El incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida. Asimismo, las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos". Por consiguiente, mantiene en sus propios términos, en lo tocante a determinados ERTE vía art. 47 del ET, la regla incorporada por su predecesor y que ha sido abordada en la investigación concluida.

De otro lado, el art. 25⁴⁶ del nuevo RDL 11/2022, que lleva por título "*Prórroga de los expedientes de regulación temporal de empleo vinculados a la situación de fuerza mayor temporal en el supuesto de empresas y personas trabajadoras de las islas Canarias afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja*", mantiene, sin alteración alguna y hasta el 31 de diciembre de 2022, las previsiones contenidas en la disposición (en adelante, disp.) adicional (en adelante, adic.) cuarta del RDL 2/2022, que igualmente son analizadas en el estudio finalizado⁴⁷.

Se afronta, pues, un relevante entramado jurídico, necesitado de un abordaje en profundidad, máxime cuando nos encontramos ante una nueva regulación que, a diferencia de otras materias afectadas por la reforma laboral de 2021 –a las que la disp. final octava, apdo. segundo del RDL 32/2021 les confiere una *vacatio legis* de tres meses– entra en vigor de un día para otro⁴⁸.

Nuevamente, concurría la conveniencia de una publicación inminente del estudio y análisis emprendido, así como de sus conclusiones en aras de aportar ideas al debate que de seguro suscita la aplicación e interpretación de un art. 47 del ET reformulado y un

⁴⁶ Que está dentro de la Sección 3.^a, titulada "*Otras medidas sociales y laborales*", que forma parte del Capítulo III, dedicado a "*Otras medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica*".

⁴⁷ En virtud de la citada disp., que entró en vigor el 24 de febrero de 2022, estos ERTE son transformados (en origen, ERTE por impedimento o por limitación vía disp. adic. quinta, apdo. uno del RDL 18/2021) *ex lege* en ERTE de fuerza mayor, esto es, de forma automática y sin necesidad de que las empresas tramiten una nueva solicitud, y con una duración, en principio, hasta el 30 de junio de 2022.

Ahora bien, concluye, la aludida disp. adic. cuarta del RDL 2/2022 que, desde 1 de marzo y hasta el 30 de junio de 2022, el régimen jurídico aplicable a estos ERTE es el establecido en el art. 47.5 del ET, así como el contenido en la disp. adic. cuadragésima cuarta de la LGSS. Por consiguiente, desde el 1 de marzo, les es de aplicación el régimen previsto en el ET para los ERTE FM temporal y los beneficios en materia de cotización incorporados, con carácter permanente por la reforma laboral de 2021, que cifran, para los ERTE FM, en un porcentaje del 90% –mientras que los ERTE por impedimento a los han podido acogerse las empresas afectadas por la erupción volcánica registrada en la zona de Cumbre Vieja han podido beneficiarse, durante los meses de septiembre de 2021 a febrero de 2022, de un porcentaje mayor, cifrado en el 100% de la aportación empresarial, en virtud de la disp. adic. quinta, apdo. tres, letra a) del RDL 18/2021–.

⁴⁸ Así, la actual regulación contenida en el nuevo art. 47 del ET, así como el nuevo régimen jurídico del art. 47 bis del mismo cuerpo legal incorporado por la reforma, entraron en vigor, en virtud de la disp. final octava, apdo. primero, el día siguiente al de la publicación del RDL 32/2021 en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 31 de diciembre de 2021.

novísimo art. 47 bis del mismo cuerpo legal que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico laboral el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

La aludida investigación en torno a los ERTE impulsó tres publicaciones.

Siguiendo el orden cronológico de estas, son las que siguen, comprendiendo cada una de ellas, a grandes rasgos, los aspectos que pasamos a detallar.

En primer lugar, **una monografía, que lleva por rúbrica “Expediente de regulación temporal de empleo: instrumento recurrente ante la COVID-19”. 1.ª ed., Albacete. Ed. Bomarzo, 2021. ISBN 978-84-18330-45-2.**

La llegada intempestiva de la COVID-19, y sus sucesivos brotes y rebrotes, ha supuesto un reto importante para las empresas, que han encontrado en la figura de los ERTE un instrumento idóneo para hacer frente y paliar el impacto, tanto social como económico, derivado de la pandemia. Se trata de una medida que ha propiciado la viabilidad de las empresas, manteniendo en consecuencia los empleos, evitando las extinciones de la contratación temporal y los despidos masivos⁴⁹.

A los resultados descritos ha contribuido la promulgación de distintas disposiciones en torno a los ERTE, que han flexibilizado y agilizado esta herramienta jurídica y que la mayoría de las veces han contado con el respaldo de los interlocutores sociales a través de la suscripción de los denominados Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo (en adelante, ASDE). No obstante, la sucesión normativa ha provocado problemas aplicativos e interpretativos, dando lugar a situaciones de notable inseguridad jurídica.

Este trabajo pretende aportar luz a este recorrido normativo, de no fácil comprensión, examinando las diversas posiciones doctrinales y judiciales ante las muy significativas cuestiones suscitadas, así como ofrecer algunas propuestas de *lege ferenda* que ayuden a consolidar los ERTE como un mecanismo de flexibilidad interna ágil, eficaz y eficiente que se perpetúe en el escenario post-COVID y converja en un nuevo sistema de relaciones laborales.

En segundo lugar, **un artículo, rotulado “Prórroga de los ERTE ligados a la pandemia hasta el 30 de septiembre de 2021: el Real Decreto-Ley 11/2021”, publicado en Diario La Ley, núm. 9887, Sección Tribuna, 8 de julio de 2021, Wolters Kluwer. ISSN 1989-6913.**

El citado estudio analiza el nuevo RDL 11/2021, a modo de adenda de la anterior monografía sobre la normativa reguladora de los ERTE COVID de reciente publicación en esos momentos. El citado RDL 11/2021 recoge el V ASDE logrado en el seno de la Comisión de Seguimiento tripartita laboral, que prorroga los ERTE ligados a la COVID-19 hasta el 30 de septiembre de 2021.

⁴⁹ Con anterioridad a la exitosa experiencia de los ERTE COVID, ha sido práctica común de nuestro sistema de relaciones laborales afrontar los eventuales ajustes de plantilla acudiendo a las vías de las extinciones de la contratación temporal, en general, y de los despidos, en particular.

El trabajo parte del entorno en el que se logra el V ASDE, abordando las medidas jurídicas adoptadas, distinguiendo entre las continuistas y las más innovadoras. Igualmente, aporta datos estadísticos de los ERTE existentes a 31 de mayo de 2021 para, finalmente, realizar una pequeña incursión en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española, aprobado por la Comisión Europea el 16 de junio de 2021.

En tercer lugar, **una monografía, titulada “ERTE del siglo XXI: mecanismos permanentes de flexibilidad interna centrados en la formación, recualificación y la transición profesional”. 1.ª ed., Valencia. Colección Laboral. Ed. Tirant lo Blanch, 2022. ISBN 978-84-1130-679-9.**

El citado trabajo centra su análisis en el impacto de la reforma laboral de 2021 en la figura de los ERTE.

Partiendo de los excelentes resultados arrojados por la experiencia de los ERTE COVID que los instituyen en instrumentos preservadores de empleo y, con carácter previo, mantenedores de empresas, indaga en el objetivo perseguido por la innovadora norma en materia de ERTE, así como en las diversas medidas introducidas en torno a estos, que afectan no solo al ET sino a otros cuerpos legales –que son igualmente analizados–, entre otros, a la LGSS, a la Ley 30/2015 y a la LISOS.

Así, profundiza, con apoyo doctrinal y jurisprudencial, en el renovado y fortalecido art. 47 del ET que incorpora, de manera ordinaria y permanente, las reglas jurídicas puestas en práctica con los ERTE COVID.

Asimismo, afronta, en esta ocasión por la novedad con apoyo doctrinal, el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, contenido en el art. 47 bis del ET, para atender necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial, con incursión en el activado para el sector de las agencias de viaje mediante la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo.

En suma, la publicación aludida contiene un detallado estudio de los ERTE, vías arts. 47 y 47 bis, ambos del ET y normas concordantes, que la reforma potencia como mecanismos permanentes de flexibilidad interna, a los que liga la formación, incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, y la recualificación de los trabajadores afectados por el ERTE, a fin de mejorar las competencias profesionales y la empleabilidad de estos.

Presentadas someramente las cinco publicaciones que conforman el compendio, sus contenidos sucintos ponen de manifiesto, corroborando lo expresado al principio de este apartado introductorio, que todas ellas son propiciadas por la intempestiva llegada de la pandemia en marzo de 2020 y las respuestas ofrecidas, con sus consiguientes impactos, por las tres instituciones jurídicas investigadas, que han sido instrumentos tractores para paliar las nefastas consecuencias que hubieran derivado de aquella de no mediar iniciativas por parte de nuestro sistema de relaciones laborales como las analizadas, con distinta repercusión y encaje legal, siendo de especial calado los ERTE, lo que justifica que sean el núcleo de tres publicaciones, que analizan los ERTE pre-COVID, los ERTE COVID y, finalmente, los ERTE post-COVID, frutos estos últimos de la reforma laboral de 2021.

Concluida la introducción, a continuación, abordamos los objetivos que hemos pretendido alcanzar con la investigación propulsada.

II. OBJETIVOS QUE SE PRETENDEN ALCANZAR Y METODOLOGÍA.

Una vez acotadas las respuestas ofrecidas por el legislador laboral, así como por la praxis empresarial a la nueva y desbordante realidad acaecida tras la COVID-19 –en las que inciden, como hemos puesto de manifiesto, la propia pandemia–, a saber, los ERTE, los PRR y el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas⁵⁰, la investigación decidida, cuyos resultados son las publicaciones aportadas, cuenta con unos objetivos específicos que finalmente convergen en otros, generales, cohesionando la investigación promovida.

1. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

A continuación, nos detenemos en cada una de las aportaciones a fin de subrayar sus objetivos específicos.

Así, con el artículo titulado *“Momento del disfrute de las vacaciones y Covid-19”*, publicado en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 10, noviembre 2020, Ed. Francis Lefebvre, proyectábamos:

- Trazar el régimen legal en torno a los diversos mecanismos de fijación del momento de disfrute de las vacaciones.
- Complementar la regulación legal con la diversa y prolija regulación convencional.
- Abordar las posibles vías de modificación del periodo vacacional previamente señalado y las consecuencias jurídicas que derivan de tal alteración.
- Valorar si es ajustada a derecho la decisión empresarial de imponer, ante la irrupción de la COVID-19, de forma unilateral e imprevista el disfrute forzado de las vacaciones, o bien alterar el momento previamente acordado.
- Recoger líneas de actuación de los interlocutores sociales para hacer frente a los cambios COVID y post-COVID.

En segundo lugar, el capítulo independiente rotulado *“Vacaciones y permisos retribuidos recuperables”*, de una monografía colectiva titulada *“Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID-19”*, AA. VV., José Manuel Gómez Muñoz (Editor) y M.^a José Rodríguez Ramos (Coordinadora), 1^o. ed., Albacete, Ed. Bomarzo, 2021, contiene un trabajo que pretendía:

- Indagar en los motivos que lleva al legislador a adoptar la regulación de los PRR.

⁵⁰ Que coadyuvan, recordemos, a la limitación del movimiento de la población requerida por razones sanitarias; al impedimento o, en su caso, a la igual limitación de la actividad productiva de gran parte del tejido empresarial; y, finalmente, al sostenimiento de las empresas y, derivado de ello, la preservación del empleo.

- Conocer las líneas esenciales del régimen jurídico de los PRR trazados por el RDL 10/2020, que será más tarde Ley 4/2021.
- Abordar la incidencia del régimen jurídico de los PRR en la regulación legal – internacional e interna– y, en su caso, convencional, de las vacaciones anuales, junto al quehacer jurisprudencial existente en torno a esta figura.

En tercer lugar, afrontamos los ERTE pre-COVID, los ERTE COVID y los ERTE post-COVID de cuya investigación resultaron tres publicaciones: una monografía; un artículo de revista a modo de adenda de la citada monografía y, finalmente, una nueva monografía.

En la **primera monografía, que lleva por rúbrica “Expediente de regulación temporal de empleo: instrumento recurrente ante la COVID-19”. 1.ª ed., Albacete. Ed. Bomarzo, 2021**, trazábamos los siguientes objetivos:

- Esbozar los rasgos principales de la regulación normativa laboral, extraordinaria y urgente, en torno a la figura de los ERTE COVID, partiendo para ello, de la regulación inicial prevista en el art. 47 del ET y en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada⁵¹ (en adelante, RD 1483/2012).
- Detenernos en las grandes líneas que contiene la primera norma, podríamos denominar ERTE COVID, esto es, el RDL 8/2020.
- Trazar las reglas principales que incluyen los posteriores Reales Decretos leyes, (esto es, el RDL 18/2020; RDL 24/2020; RDL 30/2020) concluyendo con el último de los promulgados hasta el momento de enviar el texto a la editorial, cual es, el RDL 2/2021.
- Examinar el papel de los interlocutores sociales en las respuestas ofrecidas, con carácter extraordinario y urgente, por el legislador laboral, en especial, en aras de mantener el tejido empresarial y, con ello, preservar el empleo, a través de la suscripción de los ASDE.
- Traer a colación las normas concordantes a las aludidas con rango de ley que han sido expresamente indicadas en el apartado introductorio y que, en aras de la brevedad, damos por reproducidas.
- Constatar la utilización masiva por parte de las empresas de los ERTE COVID desde la inesperada y extraordinaria llegada de la COVID-19 hasta el momento de cierre del estudio (periodo que abarca desde abril de 2020 a marzo de 2021).
- Ofrecer propuestas de *lege ferenda*, con origen, la mayoría, en las reglas excepcionales puestas en práctica por la normativa de emergencia en torno a los

⁵¹ BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2012.

ERTE analizada, que contribuyan a potenciar los ERTE como un permanente mecanismo de flexibilidad interna.

“Es muy probable –afirmábamos en la publicación– que ante la actual situación de la pandemia –con sus brotes y rebrotes, así como nuevas cepas y mutaciones del Sars-CoV-2– con anterioridad al 31 de mayo de 2021 –fecha máxima de vigencia de muchas de las reglas que contiene el RDL 2/2021– vea la luz un nuevo Real Decreto-ley que, entre otras medidas, prorrogue los ERTE preexistentes”⁵².

Pues bien, el pronóstico acabó cumpliéndose con la promulgación del RDL 11/2021, que fue objeto de estudio, propiciando un **artículo rotulado “Prórroga de los ERTE ligados a la pandemia hasta el 30 de septiembre de 2021: el Real Decreto-Ley 11/2021”, publicado en Diario La Ley, núm. 9887, Sección Tribuna, 8 de julio de 2021, Wolters Kluwer.**

Los objetivos marcados fueron:

- Analizar el nuevo RDL 11/2021, complementando así, hasta ese momento, el estudio realizado y recogido en la anterior publicación.
- Conocer el entorno en el que se suscribe el V ASDE que recoge el RDL 11/2021.
- Abordar las medidas jurídicas adoptadas, distinguiendo entre las continuistas y las innovadoras.
- Exponer datos estadísticos de los ERTE COVID existentes a 31 de mayo de 2021.
- Realizar una pequeña incursión en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española, valorado positivamente por la Comisión Europea el 16 de junio de 2021⁵³.

Finalmente, la última de las publicaciones presentadas consiste en una nueva **monografía, titulada “ERTE del siglo XXI: mecanismos permanentes de flexibilidad**

⁵² En concreto, en la nota al pie de página núm. 10, p. 13.

Igualmente, insistíamos en la pronta promulgación de un nuevo Real Decreto-ley –recogiendo la propuesta del Gobierno, en esos momentos, pública de prorrogar los ERTE COVID hasta el 30 de septiembre de 2021, como de hecho finalmente se acordó– en una entrada en Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Nuevos retos del mercado laboral: pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento (blog) titulada “*Expedientes de regulación temporal de empleo: pasado, presente y futuro*” (publicada el 19 de mayo de 2021) Disponible en <http://grupo.us.es/iwpr/2021/05/19/expedientes-de-regulacion-temporal-de-empleo-pasado-presente-y-futuro/>

La citada entrada aporta, asimismo, datos de los ERTE COVID relativos al mes de abril de 2021.

⁵³ Tras ser adoptado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021 y presentado a la Comisión Europea días después, en concreto, el 30 de abril.

Finalmente, fue aprobado por las instituciones europeas –a través del ECOFIN– el 13 de julio de 2021.

interna centrados en la formación, recualificación y la transición profesional". 1.^a ed., Valencia. Colección Laboral. Ed. Tirant lo Blanch, 2022.

Los objetivos definidos eran:

- Conocer el papel desempeñado por los agentes sociales en la consecución de la reforma laboral que ha desembocado, finalmente, en la promulgación del RDL 32/2021.
- Contrastar la incorporación, en su caso, al ordenamiento jurídico laboral, con carácter ordinario y permanente, de las medidas extraordinarias, y en principio coyunturales, adoptadas por la normativa de la pandemia. Para ello es obligado completar el estudio realizado hasta el momento de la normativa extraordinaria y urgente en torno a los ERTE con el RDL 18/2021⁵⁴ y el RDL 2/2022⁵⁵.

⁵⁴ Al trascendental papel desempeñado por los ERTE durante la pandemia se ha unido, a raíz del RDL 18/2021, el de contribuir a la prestación, por parte de las empresas, de acciones formativas, a desarrollar a partir del 1 de noviembre de 2021, en favor de los trabajadores afectados por el ERTE –a las que van ligadas eventuales mayores exoneraciones e incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada– a fin de, con carácter prioritario, mejorar sus competencias profesionales y su recualificación, incrementando así su empleabilidad.

⁵⁵ El citado RDL 2/2022 previó, vía disp. adic. primera, apdo. uno, la prórroga automática, hasta el 31 de marzo de 2022, de todos los ERTE activos al amparo del RDL 18/2021, vigentes en el momento de su entrada en vigor –que tuvo lugar, el 24 de febrero de 2022–, manteniéndoles las medidas aplicables desde su inicio, esto es, las contenidas en el RDL 18/2021, como expresamente mandataba la disp. adic. primera, apdo. dos del RDL 2/2022, con la particularidad de contar, durante el mes de marzo, con una rebaja en los porcentajes de exoneración en veinte puntos porcentuales atendiendo a lo establecido en la disp. adic. segunda del RDL 2/2022.

Extiende así el RDL 2/2022 el modelo de ERTE incorporado por el RDL 18/2021 a fin de facilitar la transición a los nuevos mecanismos vigentes tras la reforma laboral de 2021, reformulado uno –dando lugar al nuevo art. 47 del ET– e incorporado otro –previsto en el añadido art. 47 bis del ET–, esto es, a los llamados ERTE estructurales. La aludida transición a los nuevos ERTE ordinarios queda reforzada no permitiendo el RDL 2/2022 la tramitación o, en su caso, solicitud de nuevos ERTE COVID.

En otro orden de cosas, la disp. final primera del aludido RDL 2/2022 introduce una nueva disp. adic. cuadragésima sexta en la LGSS, titulada *“Protección social de las personas trabajadoras en los expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor”* del siguiente tenor literal: *“Las personas trabajadoras afectadas por expedientes de regulación temporal de empleo autorizados con base en lo previsto en el artículo 47.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores se beneficiarán, en el ámbito de las prestaciones contributivas por desempleo vinculadas a dichos expedientes, de las medidas siguientes: a) La cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora el porcentaje del 70 por ciento, durante toda la vigencia de la medida. No obstante, serán de aplicación las cuantías máximas y mínimas previstas en el artículo 270.3. b) El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto. c) Las personas afectadas tendrán derecho al reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello”*. Esto es, la nueva disp. adic. cuadragésima sexta de la LGSS recupera, a partir de su entrada en vigor –que tiene lugar, según la disp. final decimotercera del RDL 2/2022, el día siguiente al de su publicación en el BOE, por tanto, desde el 24 de febrero de 2022– las tres protectoras y generosas reglas adoptadas a lo largo de la pandemia; ahora bien, exclusivamente, para los ERTE autorizados vía

- Profundizar con apoyo doctrinal y jurisprudencial en el reformulado art. 47 del ET.
- Analizar, asimismo, las diversas medidas introducidas por la reforma laboral de 2021 en torno a los ERTE que afectan a otros cuerpos legales, entre otros, a la LGSS, la Ley 30/2015 y a la LISOS.
- Analizar el régimen jurídico, en esta ocasión por la novedad con apoyo doctrinal, del nuevo Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, contenido en el art. 47 bis del ET que ha incorporado la reforma laboral de 2021 para atender necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial.
- Conocer la implementación del Mecanismo RED sectorial activado para el sector de las agencias de viaje mediante la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo.
- Valorar el papel que en la etapa post-COVID están llamados a desempeñar los agentes sociales, en especial, en torno al Mecanismo RED sectorial.
- Aportar datos estadísticos de los ERTE COVID, ERTE ETOP por causas no relacionadas con la pandemia, y ERTE vinculados a la erupción volcánica de La Palma⁵⁶ existentes a 31 de diciembre de 2021, fecha de entrada en vigor de los arts. 47 y 47 bis del ET.
- Proporcionar datos estadísticos de los ERTE COVID existentes a 28 de febrero de 2022⁵⁷.

2. OBJETIVOS GENERALES.

Señalados los objetivos específicos de cada uno de los trabajos reagrupados, afirmábamos al inicio de este apartado de la Memoria que estos, finalmente, convergen en otros, generales, que sirven de nexo común y vertebran la investigación desplegada.

Entre estos, podemos destacar los siguientes:

art. 47.5 –ERTE FM temporal– y art. 47.6 –ERTE FM temporal, determinada 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– del ET.

En otras palabras, desde el 24 de febrero de 2022 continúan solo regidos por la cobertura ordinaria de desempleo los ERTE ETOP regulados en el art. 47 apdos. 1 a 4 del ET, y ello con independencia de que sean ERTE ETOP originarios o prorrogados.

⁵⁶ Según sean necesarios para el análisis llevado a cabo.

⁵⁷ Téngase en cuenta que, al objeto de facilitar la transición a los nuevos mecanismos vigentes tras la reforma laboral de 2021, el RDL 2/2022 impide desde el 24 de febrero de 2022 –fecha de su entrada en vigor– la tramitación o, en su caso, solicitud de nuevos ERTE COVID.

PRIMERO. Analizar la respuesta de nuestro sistema de relaciones laborales a la incidencia en el funcionamiento de las empresas y en el empleo de un fenómeno como el de la pandemia y su evolución.

SEGUNDO. Valorar las instituciones jurídicas examinadas como fórmulas para aminorar el impacto que *a priori* hubiera ocasionado la pandemia.

TERCERO. Examinar la repercusión de la pandemia en el régimen jurídico específico de las instituciones objeto de estudio.

CUARTO. Constatar el rol y el papel de los representantes legales de los trabajadores (en adelante, RLT) en la aplicación práctica de las instituciones examinadas.

3. METODOLOGÍA.

Acotados los objetivos, tanto específicos como generales, la metodología para el logro de estos ha sido la más típica y esencial de las Ciencias Jurídicas, a saber, la de partir del estudio y análisis de la previsión normativa sobre las distintas instituciones analizadas, ya sea la de la norma heterónoma, ya sea la de la convencional, caso de que existiera.

Asimismo, hemos recurrido a la doctrina científica existente en la materia, así como a la jurisprudencia y a la doctrina judicial.

En este tema, resulta de interés dejar constancia de la doble dificultad que hemos debido superar a lo largo del proceso de investigación desarrollado. Así:

- De un lado, al llegar la pandemia, la novedad de las reglas jurídicas adoptadas y de las prácticas laborales implementadas, objetos de análisis, ha propiciado en ocasiones carecer de una bibliografía de apoyo específica.
- De otro lado, la falta de precedentes de la realidad acaecida tras la llegada de la COVID-19 ha impedido que la tarea investigadora cuente, a veces, con el encomiable apoyo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y del Tribunal Supremo (en adelante, TS), así como de la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia (en adelante, TSJ) conocedoras de la casuística y problemática abordadas; de ahí, en consecuencia, que nos hayamos encontrado compelidas a recurrir a aquellas otras cuyas temáticas, a nuestro entender, presentaban analogía con las materias analizadas.

Finalmente, hemos acudido a fuentes oficiales que nos ofrecían información relativa a la utilización por parte de las empresas de los ERTE COVID, así como su evolución.

Igualmente, en estas mismas fuentes hemos podido encontrar detalles de interés, como aquellos que propiciaban información de los ERTE COVID distinguiendo por sectores; aquellos otros que tomaban en consideración la opción adoptada por la empresa, esto es, suspensión de contratos o reducción de jornada; en otras ocasiones, en

cambio, el referente es el número confirmado de trabajadores a participar en programas de formación⁵⁸; etc.

La información recopilada nos ha permitido complementar el estudio realizado sobre los ERTE COVID, logrando el objetivo propuesto de acompañar este con datos estadísticos reveladores del uso de esta importante herramienta jurídica por parte de las empresas, así como su evolución, ofreciendo datos que comprenden el periodo abril-2020 a febrero-2022⁵⁹.

⁵⁸ Nuevamente recordamos que al trascendental papel desempeñado por los ERTE durante la pandemia se ha unido, a raíz del RDL 18/2021 el de contribuir a la prestación, por parte de las empresas, de acciones formativas, a desarrollar a partir del 1 de noviembre de 2021, en favor de los trabajadores afectados por el ERTE –a las que van ligadas eventuales mayores exoneraciones e incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada– a fin de, con carácter prioritario, mejorar sus competencias profesionales y su recualificación, incrementando así su empleabilidad.

⁵⁹ Téngase en cuenta, insistimos que, al objeto de facilitar la transición a los nuevos mecanismos vigentes tras la reforma laboral de 2021, el RDL 2/2022 impide desde el 24 de febrero de 2022 –fecha de su entrada en vigor– la tramitación o, en su caso, solicitud de nuevos ERTE COVID.

III. RESUMEN GLOBAL DE LOS RESULTADOS/CONCLUSIONES.

Abordamos, seguidamente, el apartado de la Memoria dedicado a recoger los resultados/conclusiones que hemos obtenido de la investigación concluida.

El método que vamos a seguir es el utilizado en el apartado anterior relativo a los objetivos al que añadimos un pequeño matiz. Así, presentamos sendos balances de cada una de las publicaciones que conforman el compendio –respetando, igualmente, la fecha de publicación– postergando al cierre de la presente Memoria la presentación de unas conclusiones generales.

Así, de la primera publicación, a saber, **el artículo titulado “Momento del disfrute de las vacaciones y Covid-19”, publicado en Revista Derecho de las Relaciones Laborales núm. 10, noviembre 2020, Ed. Francis Lefebvre**, extraemos los siguientes **RESULTADOS:**

PRIMERO: El art. 38.2 del ET proclama dos exigencias en torno a la fijación del momento de disfrute de las vacaciones: de un lado, el acuerdo individual entre el empresario y el trabajador y, de otro lado, el límite al necesario acuerdo, cual es el respeto a lo establecido, en su caso, sobre planificación anual de las vacaciones en el convenio colectivo aplicable.

SEGUNDO. El régimen legal en torno a la planificación anual de las vacaciones es, generalmente, suplementado y complementado, con una abundante y diversa regulación convencional que entra en numerosos aspectos, ofreciendo como resultado, una enriquecedora casuística.

TERCERO. Del análisis llevado a cabo, hemos podido constatar que, en la práctica, son muy numerosos los convenios colectivos que contienen una planificación detallada en materias tales como: precisar la fecha de disfrute de las vacaciones; acotar determinadas épocas del año para el obligado disfrute de estas o, por el contrario, excluir, de forma expresa, otras para este fin; establecer el carácter preferente –total o parcial– de un determinado periodo para el disfrute –sin más, o exigiendo la concurrencia de otras premisas–; prever para la confección del calendario vacacional un sistema rotatorio al que aplicar unos criterios de preferencias fijados en la misma norma convencional; etc.

CUARTO. La abundante regulación convencional culmina, en ocasiones, con la previsión de que la confección del calendario vacacional –que deberá reflejar y respetar la planificación diseñada en la propia norma– debe llevarse a cabo a través de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

QUINTO. También es frecuente que la norma convencional fije un periodo determinado para la confección del calendario de vacaciones que, en la mayoría de las ocasiones, como es obvio, coincide con los primeros meses del año o, incluso, en otros supuestos, con los últimos meses del año anterior.

SEXTO. Caso de no prosperar el acuerdo para fijar el momento de disfrute de las vacaciones, bien el individual entre el empresario y el trabajador o, en su caso, el colectivo o plural previsto en el convenio colectivo, podrá corresponder al empresario en el ejercicio regular del poder de dirección y de manera por tanto subsidiaria, determinar la fecha de disfrute de las vacaciones del trabajador.

SÉPTIMO. La regla general para alterar el momento de disfrute de las vacaciones previamente fijado es el acuerdo entre las partes, con los límites de no suponer abuso de derecho por parte del empresario, ni renuncia de derechos por parte del trabajador.

OCTAVO. No hay impedimento legal alguno para que los convenios colectivos contemplen la eventual modificación del calendario de vacaciones anuales, ya pactado, a través de acuerdo con los representantes de los trabajadores, y así prever el posible cambio de un determinado número de días de vacaciones en función de las necesidades de la empresa o de factores sobrevenidos.

NOVENO. El régimen jurídico en torno a las vacaciones impide, con carácter general, que el trabajador de manera unilateral fije el momento de disfrute de las vacaciones o, caso de estar previamente señalado, lo altere –salvo excepción que pueda prever el convenio colectivo para este último caso–, pudiendo incurrir en tales supuestos en justa causa de despido disciplinario subsumible en el art. 54.2.a) del ET.

DÉCIMO. Matiza la afirmación anterior la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Santander (Cantabria), de 16 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:JSO:2020:2269) al estimar que la trabajadora tiene derecho a disfrutar de vacaciones en el periodo solicitado con posterioridad y, en consecuencia, faculta a la trabajadora a modificar el calendario previamente asignado basándose, para ello, fundamentalmente, en tres razones:

- Comunicar la trabajadora en reiteradas ocasiones a la empresa su voluntad, actuando así, de buena fe.
- Alegar la trabajadora una justa causa sobrevenida – imprevista y, aunque previsible, inevitable –, cual es el confinamiento derivado del estado de alarma adoptado a raíz de la irrupción de la COVID-19.
- No ha lugar, en el marco de un confinamiento, el ejercicio –esto es, el disfrute efectivo– de un legítimo y constitucional derecho al descanso anual que todo trabajador ha de tener.

En la misma línea se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Melilla, de 3 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:JSO:2020:3613) analizada, al tener acceso a la misma, en la segunda publicación.

UNDÉCIMO. A falta de acuerdo novatorio entre las partes para fijar otro momento de disfrute de las vacaciones, el empresario no está facultado legalmente para decidir, de manera unilateral, otra fecha distinta a la previamente pactada y señalada, calificando los Tribunales como improcedente el despido eventualmente adoptado, caso de que el trabajador comience el disfrute de sus vacaciones en la fecha inicialmente asignada y posteriormente modificada por la empresa.

DUODÉCIMO. Si el ET no le confiere al empresario la facultad de alterar de manera unilateral las fechas previamente pactadas para el disfrute de las vacaciones, entendemos que esta potestad tampoco puede venir atribuida a través de un convenio colectivo, de manera que este, sin exigir causa alguna, desnaturalice el régimen legal de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, previsto en el art. 41 del ET.

DECIMOTERCERO. La decisión empresarial, pese al marco legal y convencional descrito, de alterar la fecha de disfrute de las vacaciones previamente asignada puede ser considerada por los Tribunales, con carácter general, como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sin observar el procedimiento legal previsto en el art. 41 del ET, con las consecuencias jurídicas inherentes a tal declaración; y ello, sin perjuicio de que el trabajador tenga derecho a ser resarcido por los daños y perjuicios, debidamente alegados y acreditados, que deriven de unas vacaciones no disfrutadas en la fecha previamente acordada, por causa no imputable a este sino a una decisión unilateral e injustificada de la empresa.

DECIMOCUARTO. El empresario puede introducir, dentro del ejercicio regular del poder de dirección, y de manera excepcional, pequeños ajustes o retoques en el calendario de vacaciones previamente acordado siempre que la medida no sea arbitraria e injustificada, sino que obedezca a necesidades productivas de la empresa. Por tanto, se excluye una alteración que sea de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral, con la consiguiente calificación de la medida como de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

DECIMOQUINTO Y ÚLTIMO. Estimamos que la alteración en el calendario de vacaciones debe ser considerada sustancial cuando hace impracticable el ejercicio libre, pleno y efectivo del derecho a las vacaciones anuales retribuidas por parte del trabajador afectado.

Los resultados obtenidos nos conducen a la siguiente **CONCLUSIÓN:**

No es ajustado a derecho que el empresario de forma unilateral decida, a raíz de la COVID-19, el disfrute forzado de las vacaciones de toda o de una parte de la plantilla de su empresa.

Y ello por los siguientes razonamientos jurídicos:

En primer lugar, incumple con la exigencia de acuerdo entre las partes requerido por la norma legal.

En segundo lugar, caso de estar prevista, infringe igualmente la planificación anual de las vacaciones recogida en el convenio colectivo aplicable que puede además exigir, dentro de la misma, el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores para la confección del calendario anual de vacaciones. Es más, esta transgresión va a tener lugar tanto si al adoptar la medida empresarial unilateral no inicia la negociación del acuerdo colectivo que el convenio reclama –aunque la negociación sea infructuosa– como si existe el citado acuerdo y, ahora, queda quebrantado con la decisión empresarial unilateral aludida.

Y por último, en tercer lugar, si el empresario pretende ejercer la facultad, dentro del poder de dirección, de fijar unilateralmente el momento de disfrute de las vacaciones, esta debe quedar encuadrada en el ejercicio regular del mismo; ejercicio este que difícilmente se compadece cuando, tras la llegada de la COVID-19, el empresario acude al disfrute forzado y repentino de las vacaciones del total o de una parte de la plantilla de su empresa. Ello es así porque su actuación contraviene, además de lo anterior:

a. El ejercicio subsidiario que requiere la facultad unilateral empresarial en aras de fijar el momento de disfrute de las vacaciones. Nos ilustra al respecto el Juzgado de lo Social núm. 1 de Cáceres (Extremadura), en sentencia de 30 de junio de 2020 (ECLI:ES:JSO:2020:2142) declarando que no procede la fijación de la fecha de disfrute de las vacaciones de manera unilateral por la empresa, al entender que es necesario abrir un proceso de diálogo –el convenio colectivo aplicable al caso exige confeccionar el calendario vacacional, “según las necesidades de la empresa oídos los representantes de los trabajadores” – y ello, con independencia de que este concluya, o no, con acuerdo, considerando esta omisión una irregularidad sustantiva (los hechos se desarrollan tras la irrupción de la pandemia).

b. El periodo mínimo de dos meses de antelación para que el trabajador conozca el momento de disfrute de las vacaciones (periodo este mínimo legal que amplían algunos convenios colectivos de los analizados, a tenor de la técnica de la suplementariedad o noma mínima). Este periodo cumple junto a la función relativa a la eventual impugnación judicial, la no menos importante de que el trabajador tenga una disponibilidad absoluta, plena y efectiva del tiempo que le corresponde, teniendo lugar así, la salvaguarda del derecho a las vacaciones anuales retribuidas que tiene una importancia especial por su condición de principio del Derecho social de la Unión Europea ligado a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo. Es más, dentro del derecho social de la Unión Europea, las vacaciones constituyen un derecho fundamental y cuentan con cierta regulación en el art. 7 de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

c. La propia finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas. De esta manera al decidir el empresario de forma unilateral el disfrute forzado e inesperado de las vacaciones de toda o de una parte de la plantilla de su empresa, coincidente en el tiempo con un confinamiento derivado del estado de alarma en todo el territorio nacional adoptado mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, no salvaguarda la finalidad de la propia institución de las vacaciones, al incidir, de forma contundente y de manera negativa, en el disfrute libre, efectivo y pleno de las vacaciones.

Por consiguiente, las regulaciones –tanto legal como, en su caso, convencional– no amparan la decisión empresarial que, de forma unilateral e imprevista, fija el momento de disfrute de las vacaciones, ni siquiera en el supuesto de acontecer una situación

sobrevenida e inesperada como la COVID-19, correspondiendo al trabajador afectado la facultad de articular las correspondientes acciones, tanto administrativa como judicial, que le confiere el ordenamiento jurídico laboral.

Mantenemos, pues que la medida descrita conculca la efectividad del derecho a vacaciones y ha de considerarse, con carácter general, abusiva, lesiva y, por ende, generadora de perjuicios innecesarios, máxime cuando el empresario cuenta, en nuestro ordenamiento jurídico laboral, con otros instrumentos jurídicos para hacer frente a la irrupción de la pandemia y sus repercusiones en el proceso productivo. Entre estos mecanismos, cobran especial significado los ERTE que ya en los primeros meses de pandemia se vislumbraban como una medida eficaz para el mantenimiento del empleo y el sostenimiento del tejido empresarial, contribuyendo a reducir el impacto negativo de la pandemia sobre el empleo y la actividad económica.

A continuación, nos detenemos en la segunda publicación, **el capítulo independiente, rotulado “Vacaciones y permisos retribuidos recuperables”, de una monografía colectiva titulada “Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID-19”, AA. VV., José Manuel Gómez Muñoz (Editor) y M.^a José Rodríguez Ramos (Coordinadora), 1º. ed., Albacete, Ed. Bomarzo, 2021.**

Pasamos a señalar los **RESULTADOS** logrados, trayendo a colación algunas de las sentencias recaídas sobre la materia y que han sido dictadas con posterioridad al envío del estudio realizado a la editorial.

PRIMERO. A fin de contener el avance de la COVID-19 y con la finalidad de limitar los movimientos reduciendo, con ello, los desplazamientos que provocan la actividad laboral, mediante el RDL 10/2020 –que será más tarde Ley 4/2021– se ha implementado un instrumento jurídico al que denomina “*permiso retribuido recuperable*”.

SEGUNDO. Las finalidades de los PRR y las vacaciones son distintas. Así, el propio RDL 10/2020 atribuye a los PRR la finalidad de limitar los movimientos reduciendo, con ello, los desplazamientos que provoca la actividad laboral a fin de contener el avance de la COVID-19. En cambio, la finalidad de las vacaciones, tomando en consideración la abundante jurisprudencia del TJUE, es la de permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento.

TERCERO. Las notas que caracterizan los regímenes jurídicos de las instituciones anteriormente aludidas son antagónicas.

Así, los PRR están caracterizados por ser: permisos extraordinarios y, en consecuencia, no periódicos; de carácter obligatorio; ligados a evitar contagios, así como ingresos de víctimas de la COVID-19 en las Unidades de Cuidados Intensivos; a disfrutar necesariamente en unos determinados días, recogidos en el RDL 10/2020 – entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, ambos incluidos–, y no en otros; y con carácter general, recuperables.

En cambio, las vacaciones anuales son un descanso: ordinario y, por ello, de devengo y disfrute regular; de periodicidad anual; ligado a la seguridad y salud en el trabajo; de disfrute, con carácter general, en el momento que pacten las partes; y en ningún caso, recuperables.

CUARTO. El art. 3 del RDL 10/2020 establece el régimen jurídico relativo a cómo recuperar los PRR. Los aspectos más relevantes son:

1. La recuperación del permiso es potestativa.
2. De hacerse efectiva la misma, debe tener lugar desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma –concluyó el 21 de junio de 2020 después de haberse prorrogado hasta en seis ocasiones– hasta el 31 de diciembre de 2020.
3. La recuperación deberá negociarse en un periodo de consultas abierto entre la empresa y la representación legal de los trabajadores.
4. La norma se encarga de fijar, entre otros extremos, un plazo máximo para este periodo de consulta –que cifra en siete días–; quién es el interlocutor para el caso de que no exista representación legal de los trabajadores (comisión sindical o, en su defecto, comisión *ad hoc*); plazo máximo para la constitución de la comisión representativa –de cinco días–; la obligación de negociar de buena fe y las mayorías necesarias para llegar a un acuerdo, así como, la posibilidad de acordar la sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje previstos y que sean de aplicación.
5. El acuerdo puede ser total o parcial. Afectando, pues, a la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo.
6. La norma establece un posible contenido del acuerdo. Y así, podrá regular la recuperación de todas o de parte de las horas de trabajo; el preaviso mínimo para que el trabajador conozca el día y la hora de la prestación de trabajo resultante; y el periodo de referencia para la recuperación del tiempo de trabajo no desarrollado.
7. De no alcanzarse acuerdo durante este periodo de consultas, la empresa notificará a los trabajadores y a la comisión representativa, en el plazo de siete días desde la finalización de aquel, la decisión sobre la recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante la aplicación de los PRR.
8. Finalmente, el precepto establece unos límites. Los mismos son infranqueables. A respetar, en cualquier caso, tanto por el eventual acuerdo al que lleguen las partes en el periodo de consultas como, por último, por la decisión unilateral de la empresa posible solo cuando haya malogrado el cauce anterior. Así, mandata que la recuperación de horas no debe suponer:
 - Incumplimiento de los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo.
 - Establecimiento de un plazo de preaviso inferior al recogido en el art. 34.2 del ET (esto es, un preaviso mínimo de cinco días) para conocer el día y la hora de la prestación de trabajo a cuenta de la recuperación.
 - Superar la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo que sea de aplicación. Se entiende, aunque no lo diga de forma expresa el art. 3 del RDL 10/2020 que, a falta de fijación de la jornada máxima anual por el convenio

colectivo aplicable, no podrá superar la jornada máxima legal o, incluso, en determinadas ocasiones –no muy usuales, pero posibles jurídicamente–, una mejor jornada máxima fijada vía contrato de trabajo.

- Por último, no respetar los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar reconocidos legal y convencionalmente.

La sentencia de la Audiencia Nacional núm. 30, de 26 de febrero de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:620) contiene un pronunciamiento de interés en esta materia relativos a dos cláusulas recogidas en el acuerdo suscrito sobre recuperación de horas de PRR.

Así, declara la nulidad del preaviso de 48 horas laborables en casos de urgencia, que sería acreditada por la empresa, al establecer una regulación contraria al periodo mínimo de 5 días que, como imperativo legal mínimo, prevé el art. 34.2 del ET.

En cambio, postula la sentencia que la recuperación es materia disponible a la negociación colectiva y, por tanto, siempre que exista acuerdo entre las partes podrá ampliarse el plazo para compensar los PRR más allá del 31 de diciembre de 2020, debiendo la ampliación no alterar la jornada anual del año en el que se complete la mencionada compensación y cumplir los límites establecidos en el art. 3.3 del RDL 10/2020. Por todo ello, declara ajustada a derecho la cláusula pactada relativa a que siempre que existan razones objetivas acreditables que lo aconsejen, podrá ampliarse el periodo de recuperación hasta el 31 de marzo de 2021.

En cualquier caso, lo que no podrá aplicarse como mecanismo de recuperación de los PRR, ni de forma pactada ni, subsidiariamente, de forma unilateral por la empresa, es un criterio que dé lugar a una desigualdad de trato. En este sentido, la sentencia del TS, de Pleno, núm. 167, de 18 de febrero de 2022, recurso de casación para unificación de doctrina núm. 275/2021 (ECLI:ES:TS:2022:897) desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa, confirmando la sentencia del TSJ del principado de Asturias núm. 14, de 27 de julio de 2021, recurso núm. 24/2021 (ECLI:ES:TSJAS:2021:2554) y con ello, la nulidad de la medida empresarial que procedió a descontar los PRR instaurados por el RDL 10/2020 a los trabajadores temporales cuando finalizaban sus contratos, iniciando la negociación para la recuperación del permiso cuando la mayoría de los contratos eventuales ya estaban finiquitados, con los descuentos de días aludidos. Por consiguiente, entiende la sentencia que la empresa, respecto del personal temporal, ha decidido unilateralmente sin iniciar una negociación; dándose el caso de que el periodo de consultas posteriormente emprendido solo derivó en que, finalmente, la empresa no adoptase medida real y efectiva alguna en orden a la recuperación de esos días respecto a los trabajadores fijos, sin que haya justificado de modo suficiente la razonabilidad de su decisión, no desvirtuando, en consecuencia, la desigualdad de trato.

QUINTO. Atendiendo a la regulación especial de *“Recuperación de las horas de trabajo no prestadas durante el permiso retribuido”* que establece el art. 3 del RDL 10/2020, encontramos argumentos que nos conducen a afirmar que no ha lugar a imputar a vacaciones todas o una parte de las horas de trabajo correspondientes a los

PRR. El precepto alude expresamente a la “recuperación”, excluyendo, pues implícitamente la fórmula de la compensación.

SEXTO. De la configuración legal y jurisprudencial en torno a las vacaciones podemos extraer, las siguientes relevantes consideraciones:

- El carácter indisponible del derecho a vacaciones anuales retribuidas, de modo que su disfrute, en principio, no puede sustituirse por una compensación económica, tal y como se desprende del art. 38.1 del ET, así como del art. 12 del Convenio núm. 132 de la OIT.

- Ser un derecho que se encuentra asimismo en la Directiva 2003/88/CE, ligado a la protección eficaz de la seguridad y salud en el trabajo, y con respecto al cual la jurisprudencia del TJUE se ha manifestado en el sentido de que el derecho de todo trabajador a disfrutar vacaciones anuales retribuidas debe ser considerado un principio del Derecho social de la Unión Europea de especial importancia respecto del cual no pueden establecerse excepciones.

- La finalidad del derecho de vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un tiempo de ocio y esparcimiento.

SÉPTIMO. Confirma que no cabe imputar a vacaciones todos o una parte de los PRR, aludiendo asimismo a la finalidad de las vacaciones y su carácter indisponible, la sentencia del TSJ de Galicia, de 26 de abril de 2021, recurso núm. 45/2020 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:2711) cuando sostiene que no resulta admisible la recuperación de las horas no trabajadas mediante su imputación a vacaciones ni por decisión unilateral de la empresa (que es lo que ocurre en el caso de autos; la empresa unilateralmente, tras agotar el periodo de consultas, decide deducir a los trabajadores afectados 8 días –7 de vacaciones y 1 de asuntos propios– como compensación de los PRR impuestos) ni mediando acuerdo en el periodo de consultas, “*pues la finalidad de las vacaciones no ha podido quedar cumplida ni satisfecha durante un periodo de confinamiento obligatorio, por cuanto si bien se trata de un periodo de no trabajo, su situación dista mucho de asimilarse a la existente en periodo vacacional*”. Mantiene la sentencia que para tal compensación necesariamente debemos encontrarnos ante conceptos homogéneos y equiparables, y está claro que las horas de días de vacaciones y/o asuntos propios no tiene la misma naturaleza de las horas correspondientes a días de trabajo, por lo que no son compensables, además de ser indisponibles. Es más, señala que la imposibilidad de compensar las horas de trabajo a recuperar con disfrute de las vacaciones se desprende del propio tenor del art. 3 del RDL 10/2020 “*que solo habla de recuperar las indicadas horas, omitiendo toda referencia a una posible compensación total o parcial con el periodo de vacaciones, por lo que de acuerdo con el principio «inclusio unius exclusio alterius» tampoco cabría dicha compensación*”. Por consiguiente, la decisión empresarial es nula y declara el derecho de los trabajadores afectados a disfrutar de su periodo de vacaciones y asuntos propios del año 2020 de forma íntegra y sin deducciones.

Insiste en que la empresa no puede imponer a los trabajadores la compensación de los días de PRR con los correspondientes a vacaciones anuales que, inicialmente, tenían

fijados los trabajadores, la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha núm. 1727, de 12 de noviembre de 2021, recurso núm. 1680/2021 (ECLI:ES:TSJCLM:2021:2889) alegando, además de no tener naturaleza homogénea que, conforme al art. 38 del ET, el periodo de disfrute de las vacaciones se fijará de común acuerdo entre las partes y que, en todo caso, el trabajador debe conocer la fecha de su disfrute con dos meses de antelación al comienzo de dicho periodo. Por todo ello, confirma la sentencia recurrida que declaraba injustificada la modificación efectuada por la empresa sobre el calendario laboral de vacaciones.

OCTAVO. Los instrumentos que el RDL 10/2020 diseña como exclusivos para articular la recuperación de los PRR, a saber, a través de acuerdo entre la empresa y los RLT y, a falta de acuerdo, por decisión unilateral de la empresa, no son de público acceso.

No obstante ello, el mecanismo de “recuperar” los días correspondientes a los PRR, en todo o en parte, con las vacaciones devengadas y aún no disfrutadas por los trabajadores afectados ha sido tomado en consideración en las preceptivas mesas de diálogo en torno a los procedimientos de recuperación de los PRR, y no han sido ajenos a las decisiones unilaterales empresariales adoptadas en los casos en los que el proceso negociador ha resultado infructuoso (ilustra el estudio realizado distintos acuerdos sectoriales que recogen recomendaciones en este sentido, así como dos sentencias de la Audiencia Nacional que conocen, a falta de acuerdo en periodo de consultas, decisiones unilaterales empresariales en esta línea).

NOVENO Y ÚLTIMO. La sentencia de la Audiencia Nacional núm. 101, de 16 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:3206) –que trata PRR previstos en el RDL 10/2020– sostiene que la empresa no ha impuesto unilateralmente el disfrute de vacaciones por el periodo correspondiente al PRR, sino que es opción del trabajador el solicitarlo o no; y, así, se hace depender “*la recuperación compensando (...) con horas de vacaciones*” a “*si la persona trabajadora lo solicitase y con el acuerdo por parte de la empresa*”.

En el caso de la sentencia de la Audiencia Nacional núm. 91, de 28 de octubre de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:2967) –que gira en torno a unos PRR adoptados por la empresa al margen del RDL 10/2020– entiende que la empresa no ha impuesto unilateralmente el disfrute de vacaciones por el periodo correspondiente al PRR, puesto que es opción del trabajador el aceptarlo o no; y así, se hace un llamamiento a que “*la recuperación con cargo a vacaciones*” tiene “*carácter voluntario*”.

Los resultados descritos nos permiten asentar las siguientes **CONCLUSIONES**.

PRIMERA. La denominación de “*permiso retribuido recuperable*” que utiliza el RDL 10/2020 no se compadece con la regulación contenida en la propia norma, excepcional y temporal, y que obedece, en la práctica, aunque con importantes particularidades, a la institución de la distribución irregular de la jornada de trabajo ya reconocida en el art. 34.2 del ET.

A saber, entre las singularidades, en primer lugar, contar con un arco temporal propio para ejecutarla fijado por la norma, desde que finaliza el estado de alarma hasta el 31 de diciembre de 2020; en segundo lugar, ser de aplicación un único ajuste, cual es un defecto de jornada a recuperar, excluyendo en consecuencia, el de exceso de jornada a compensar; y en tercer lugar, contar la empresa, tras un preceptivo periodo de consultas infructuoso y respetando unos límites, con la facultad de concretar la recuperación de los PRR.

SEGUNDA. El RDL 10/2020 no convierte *ex lege* los PRR en vacaciones obligatorias.

Son instituciones que tienen distintas finalidades y cuentan con regímenes jurídicos caracterizados por notas que son antagónicas.

TERCERA. Pese al no estar expresamente previsto en la lista de exclusiones, en paralelo a la afirmación que hemos mantenido de que el RDL 10/2020 no convierte los días que recibieron la consideración de PRR en vacaciones obligatorias, la promulgación y entrada en vigor de la citada norma, no convierte *ex lege* a las vacaciones que vinieran disfrutando los trabajadores en PRR durante ese periodo. De ahí que, los aludidos trabajadores, entendemos, quedan exceptuados del ámbito de aplicación de la reiterada norma mientras estén en vacaciones, en todo o en parte, coincidente con el arco temporal delimitado por los PRR.

CUARTA. Por la vía del pacto individual entre empresario y trabajador no cabe señalar la fecha de disfrute de las vacaciones ni, en su caso, modificar la previamente asignada, haciéndola coincidir con el periodo de los PRR ya que el marco de un confinamiento, endurecido si cabe, por las nuevas restricciones que impone el RDL 10/2020, mal se compadece con el cumplimiento de la finalidad de las vacaciones, que entendemos va intrínseco en un disfrute efectivo y pleno de estas, siendo consustancial a su propia naturaleza. De ahí que, el pacto individual, sea de asignación inicial o modificativo de las previamente consensuadas, adolezca de un vicio que lo hace nulo por cuanto contiene una renuncia de un derecho indisponible como es el de las vacaciones anuales.

QUINTA. En el supuesto de que el convenio colectivo aplicable contemple, de forma expresa, la confección del calendario anual de vacaciones a través de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores sería inviable que llegados los PRR pretenda lograrse este o modificar el existente a fin de hacerlas coincidir. Las razones de la inviabilidad del acuerdo –ya sea inicial o modificativo– deviene de ser, con carácter general, impracticable alcanzar de un día para otro el consenso necesario, o bien, en la hipótesis de lograrse, de no respetar el plazo de antelación de dos meses mínimo que marca la norma estatutaria, así como la propia finalidad que deben cumplir las vacaciones, no teniendo lugar un disfrute pleno y efectivo de estas, lo que derivaría en su nulidad.

SEXTA. Sostenemos que al empresario le está vedada la facultad de imponer, a fecha de entrada en vigor del RDL 10/2020, el disfrute forzoso de las vacaciones o, dicho de otra manera, no puede convertir los PRR en vacaciones. Ni la norma citada,

con buen criterio, le confiere esta facultad ni esta actuación, en los términos expresados, cabe deducirla del régimen jurídico de la institución citada.

SÉPTIMA. El RDL 10/2020 establece un singular procedimiento de recuperación de las horas correspondientes a los PRR que no admite una interpretación extensiva. La regulación, excepcional y temporal, de la citada norma no debe revertir en una desprotección del trabajador. Es más, las medidas laborales implementadas desde que comenzó la pandemia van en la línea contraria, esto es, en la de contribuir a la viabilidad de las empresas, a la protección económica y social de los trabajadores y al mantenimiento del empleo.

OCTAVA. No cabe que a través del acuerdo al que alude el art. 3 del RDL 10/2020 ni, a falta de este, la empresa de forma unilateral, transformen el mecanismo de recuperación en otro distinto, de compensación, total o parcial, a cuenta de días pendientes de vacaciones.

A la misma conclusión llegamos atendiendo a la configuración, legal y jurisprudencial, de la institución citada.

NOVENA. Las sentencias de la Audiencia Nacional mencionadas anteriormente, entienden que las empresas no han impuesto unilateralmente el disfrute de vacaciones por el periodo correspondiente al PRR, tomando en consideración que las fórmulas utilizadas por estas hacen hincapié en la no imposición del sistema de compensación con días de vacaciones, exigiendo en consecuencia, la conformidad del trabajador.

Ahora bien, ello no da lugar, a nuestro juicio, a que los pactos, caso de prosperar, sean válidos al contener una renuncia del trabajador a un derecho indisponible y estar sustituyendo las vacaciones por una compensación económica, menoscabando un derecho fundamental reconocido en la CDFUE, y ligado a la seguridad y salud en el trabajo por la Directiva 2003/88/CE.

DÉCIMA. La afectación de la recuperación de las horas correspondientes a los PRR a las vacaciones, en la práctica, debe quedar circunscrita a una eventual modificación –sin merma de días– de los correspondientes calendarios vacacionales, sin duda, más necesarios, en las empresas de ciertas dimensiones

UNDÉCIMA Y ÚLTIMA. La medida adoptada mediante el RDL 10/2020 nos parece innovadora y logra un equilibrio entre tres parámetros: sanitario, social y económico.

- Sanitario, en la medida que tiene como objetivo contribuir a la contención de la COVID-19 limitando, para ello, la movilidad derivada de las prestaciones laborales.
- Social, logrando la protección de los trabajadores, garantizándoles el mantenimiento de unos ingresos económicos, sin pérdida de salario.
- Económico, contribuyendo a la viabilidad de las empresas, equilibrando el sacrificio de afrontar unos salarios anticipados a futuras prestaciones laborales,

obligatorias para los trabajadores, en tiempos más favorables para sus procesos productivos.

Seguidamente, en tercer lugar, tomamos en consideración la **primera monografía, que lleva por rúbrica “Expediente de regulación temporal de empleo: instrumento recurrente ante la COVID-19”. 1.ª ed., Albacete. Ed. Bomarzo, 2021.**

Para presentar resultados/conclusiones del peculiar y completo régimen jurídico de los ERTE COVID, por razones de una mejor sistemática, complementamos las reglas previstas desde el RDL 8/2020 al RDL 2/2021 –que son objeto de estudio y análisis en la aludida monografía– con las regulaciones, en línea continuista, contenidas en los posteriores Reales Decretos leyes –RDL 11/2021, RDL 18/2021 y RDL 2/2022– analizadas en las dos restantes publicaciones que conforman el compendio.

Los **RESULTADOS** alcanzados con la investigación desarrollada son:

PRIMERO. Ante la inesperada y extraordinaria llegada de la COVID-19, muchas de las empresas que conforman nuestro tejido productivo han optado, de manera extendida, por acudir a la vía de los ERTE ya tengan efectos temporales suspensivos de la relación laboral, o bien de reducción de jornada con la consiguiente reducción de salario. La aseveración anterior viene avalada por reveladores datos, a fecha marzo de 2021, procedentes del Ministerio de Trabajo y Economía Social, a marzo de 2021, que recoge el estudio realizado. Se puede acceder a la fuente en el enlace https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/documentos/Nota_impacto_COVID_MARZO-2021.pdf

SEGUNDO. Los ERTE fuerza mayor ligada a la pandemia (en adelante, ERTE COVID FM) van a contar con una especialidad en el procedimiento que contribuye a agilizarlo. Así, se considera potestativa la solicitud de informe a la ITSS por parte de la autoridad laboral correspondiente (art. 22 del RDL 8/2020). Los aludidos ERTE COVID FM han podido solicitarse hasta el 26 de junio de 2020, eso es, antes de la entrada en vigor del RDL 24/2020, que tuvo lugar el 27 de junio de 2020. Las posteriores normas de emergencia en torno a los ERTE COVID han ido prorrogando *ex lege* sucesivamente estos ERTE –previa solicitud incorporada por el RDL 18/2021– posibilitando su permanencia hasta el 31 de marzo de 2022.

A los ERTE derivados de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con la pandemia (en adelante, ERTE COVID ETOP) se les aplica, respecto del procedimiento recogido en la normativa ordinaria, las especialidades previstas en el art. 23 del RDL 8/2020.

De estas, las que inciden en agilizar el proceso de tramitación son:

En primer lugar, se mantiene, con carácter previo a la toma de decisión por parte de la empresa, el deber de un periodo de consultas con los RLT de duración no superior, ahora, a siete días –a diferencia del máximo de quince días con los que cuentan los ERTE ETOP ordinarios– y ello, de nuevo en esta ocasión, con independencia del número de trabajadores afectados y de la plantilla de la empresa.

En segundo lugar, el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa se reduce de siete o quince días, en atención a si los centros afectados cuentan o no con RLT –aplicable a los ERTE ETOP ordinarios– a cinco días sin distinción.

Y, finalmente, en tercer lugar, en los ERTE ETOP ordinarios la autoridad laboral, una vez que recibe la comunicación de la empresa del inicio del procedimiento, debe recabar informe de la ITSS, contando esta con un plazo máximo de quince días para su emisión. En cambio, en el procedimiento abreviado y especial recogido en el art. 23 del RDL 8/2020, la petición de informe a la ITSS es potestativa y, en el supuesto de ser solicitado debe evacuarse en el improrrogable plazo de siete días.

Sentadas las importantes diferencias de trámite, se mantiene que, una vez finalizado el antes citado periodo de consultas, con o sin acuerdo, el empresario podrá adoptar la medida, siendo esta susceptible de ser recurrida ante el órgano jurisdiccional social correspondiente.

De otro lado, y también relativo al procedimiento de los ERTE COVID ETOP establece el RDL 8/2020 la preferencia legal, en el caso de que no exista representación de los trabajadores, por la comisión sindical teniendo, en consecuencia, carácter subsidiario la comisión *ad hoc* a la que alude el art. 41.4 del ET.

Todas las especialidades señaladas van a permanecer por la normativa de pandemia que sucede al RDL 8/2020 para los ERTE COVID FM o ETOP, respectivamente.

TERCERO. Con independencia de que sea un ERTE COVID FM o ETOP– el RDL 8/2020 adopta dos medidas que mantienen los sucesivos Reales Decretos leyes hasta el 31 de marzo de 2022. Estas son: 1) Reconocer la posibilidad de que tengan acceso a la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del periodo de cotización necesario para tener acceso a ella; esto es, sin exigir un determinado periodo de carencia. 2) Prever que el periodo de la suspensión del contrato o la reducción de la jornada durante el que están percibiendo dicha prestación no les compute a efectos de consumir los periodos máximos de percepción legalmente establecidos; esto es, lo que se conoce como el contador a cero (ambas reglas, recogidas en el art. 25 del RDL 8/2020).

A las dos reglas anteriores, se une una tercera, con la misma finalidad, a través del art. 8.4 del RDL 30/2020 que establece el tipo del 70% aplicable a la base reguladora para el cálculo de la prestación –sin perjuicio de la aplicación de las cuantías máximas y mínimas previstas en el art. 270.3 de la LGSS–, evitándose que a partir de los 180 días consumidos este porcentaje se desplome al 50% (porcentaje este que prevé, con carácter general, el art. 270.2 de la LGSS). Nuevamente, esta prescripción tan ventajosa para los trabajadores va a regir a los ERTE COVID durante toda su trayectoria.

CUARTO. Contempla el RDL 8/2020 una reducción del coste de mantenimiento de las empresas gravemente afectadas por la paralización de la actividad económica con motivo de la pandemia –añadiéndola al aplazamiento bonificado de impuestos aprobado por el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 (BOE núm. 65, de 13 de marzo)–.

La misma consiste en la exoneración a las empresas, en los casos de FM regulados en el propio RDL 8/2020, del 100% o del 75% del abono de la aportación empresarial prevista en el art. 273.2 de la LGSS, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, dependiendo de que la empresa, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de cincuenta trabajadores o asimilados en situación de alta en la Seguridad Social, o cincuenta o más, respectivamente (art. 24 del RDL 8/2020). La exoneración de cuotas se aplicará por la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) a instancia de la empresa; esto es, tiene carácter voluntario.

Las reglas sobre exoneraciones, mantenidas a lo largo del recorrido normativo de los ERTE COVID, han tomado en consideración elementos, no excluyentes, tales como:

- el tamaño de la empresa (criterio de distinción que se ha mantenido);
- la evolución de la pandemia y sus procesos de desescaladas y escaladas (muestra de ello, el RDL 18/2020 estableció para aquellas empresas en situación de “*fuerza mayor parcial derivada del COVID-19*”, vía art. 4.2, distintas cuantías de exoneraciones: unas, para los trabajadores que continuaran en ERTE y, otras, más elevadas, para aquellos que reiniciarán la actividad, potenciando así la desescalada y el tránsito a un escenario de “*nueva normalidad*”);
- extensión a los ERTE COVID ETOP (seguidamente, el RDL 24/2020 va a permitir el acceso a las exoneraciones a determinados ERTE COVID ETOP, a través del art. 4.2, y va a tomar en consideración, igualmente, distintas exoneraciones siendo más elevadas, con igual fin, para los trabajadores que reiniciarán la actividad);
- fijando cuantías más elevadas para los ERTE por impedimento de la actividad normalizada ligado a la COVID que para los ERTE por limitaciones (como hizo el RDL 30/2020 en el art. 2.1.a) y b) y art. 2.2.a) y b), respectivamente y mantienen los sucesivos Reales Decretos leyes);
- estableciendo exoneraciones específicas para las empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTE (cifrada en un porcentaje del 15% del total de personas asalariadas de alta en el Régimen General de la Seguridad Social) y una reducida tasa de recuperación de actividad (definida como la afectación por ERTE de, al menos, el 70 % del total de personas asalariadas integrantes de dicho sector o CNAE) y que tengan determinados ERTE COVID y cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas –CNAE-09– y, empresas cuyo negocio dependa, indirectamente y en su mayoría, de las empresas anteriores, o que formen parte de la cadena de valor de estas y que tengan, igualmente ambas, determinados ERTE COVID. Las exoneraciones eran aplicables tanto a los trabajadores afectados por el ERTE como a los que reiniciarán la actividad vía disp. adic. primeras del RDL 30/2020 y RDL 2/2021, estableciendo, finalmente, exoneraciones más altas para los trabajadores que reiniciarán la actividad la disp. adic. primera del RDL 11/2021).
- finalmente, disponiendo cuantías más ventajosas para las empresas que ofrezcan acciones formativas a favor de los trabajadores afectados por el ERTE (como

introdujo, de forma novedosa, el art. 1.a).1º y 2º y art. 1.b).1ª y 2º del RDL 18/2021 y mantiene, para los ERTE prorrogados en virtud de la disp. adic. primera del RDL 2/2022, en el mes de marzo de 2022, la disp. adic. segunda de la citada norma.

QUINTO. La disp. adic. sexta del RDL 8/2020 –a la que le dio nueva redacción la disp. final primera, apdo. tres del RDL 18/2020– condiciona que las empresas puedan acudir a las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el art. 22 del RDL 8/2020 (esto es, acogerse a un ERTE COVID FM y a las exoneraciones que, con carácter voluntario, les confiere el art. 24 del RDL 8/2020) al compromiso de estas de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el ERTE, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

Atendiendo a la literalidad del precepto viene interpretándose que el plazo de seis meses empieza a computar desde el día siguiente al que tiene lugar la desafectación del primer trabajador incluido en el ERTE, y ello pese a existir distintas posiciones doctrinales, siendo partidarios unos, de un cómputo colectivo, de manera que el plazo de los seis meses se inicia a partir del momento en el que finaliza el ERTE, esto es, desde la reincorporación de todos los trabajadores afectados y, en cambio, otros, de un cómputo individual que comienza el día siguiente a aquel en el que el trabajador es desafectado.

Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o la extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes.

Igualmente, la norma prevé las consecuencias del eventual incumplimiento de esta cláusula, consistente en el reintegro, por parte de las empresas incumplidoras, de la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes. Es este el punto más controvertido de la cláusula de mantenimiento del empleo incorporada por la normativa de emergencia. No obstante, interesa destacar el criterio mantenido por la Dirección General de la ITSS en la nota informativa emitida el 6 de diciembre de 2020 –previa consideración de la Dirección General de Trabajo, a cuyos criterios mostró conformidad la TGSS–, sin valor vinculante, que opta por una interpretación literal del precepto entendiéndose, en consecuencia, que procede reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas las empresas.

Pese a lo anterior, en este tema, existe una corriente doctrinal mayoritaria que se decanta en contra del criterio totalizador de la Dirección General de la ITSS contraponiendo los efectos perjudiciales que pueden derivarse de su aplicación.

Estamos ante un asunto relativo a la cláusula de mantenimiento del empleo del que la regulación urgente y extraordinaria no contribuye a una respuesta precisa y serán, finalmente, los tribunales, en su caso, los que diriman esta sustancial cuestión.

Aun cuando inicialmente la cláusula de salvaguarda del empleo quedó constreñida a los ERTE COVID FM, posteriormente, el RDL 24/2020 la va a extender a los ERTE COVID ETOP en lógica consecuencia a acceder, también ahora, determinados ERTE COVID ETOP a las exoneraciones contempladas en la citada disposición –en concreto,

los ERTE COVID ETOP decididos por las empresas con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 24/2020, antes, por tanto, del 27 de junio de 2020, y a los ERTE COVID ETOP iniciados tras la finalización de un ERTE COVID FM-. Así, con la entrada en vigor del RDL 24/2020, el compromiso de mantenimiento del empleo regulado en la anteriormente aludida disp. adic. sexta del RDL 8/2020 –que cuenta con un plazo de seis meses específico que se inicia a partir del 27 de junio de 2020–se extenderá, en los términos previstos en la misma, a las empresas y entidades que apliquen un ERTE basado en la causa del art. 23 del citado RDL 8/2020 (ERTE COVID ETOP) y se beneficien de las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el art. 4 del RDL 24/2020, en la forma que establece su art. 6, con las consecuencias legales previstas en caso de incumplimiento.

Las posteriores normas extraordinarias y urgentes en torno a los ERTE COVID, hasta el 31 de marzo de 2022, han sostenido los compromisos de mantenimiento de empleo recogidos en las normas predecesoras, así como han previsto nuevos compromisos derivados de los beneficios recogidos en las propias disposiciones, de manera que si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo, previamente adquirido, el inicio del periodo de seis meses de la nueva salvaguarda del empleo tendrá lugar cuando aquel haya finalizado.

La propia disp. adic. sexta del RDL 8/2020 regula otros aspectos –que, igualmente, abren discusiones interpretativas–, tales como, listado de supuestos que no conllevan el incumplimiento del compromiso de la empresa de mantener el empleo; valoración de este compromiso en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable además de las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo; supuesto de no aplicación del compromiso en las empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores; llamada a las oportunas actuaciones de la ITSS, a los efectos de acreditar el incumplimiento y determinar las cantidades a reintegrar, etc. No obstante, dada la amplitud del estudio general que abordamos, hemos estimado acotar las cuestiones controvertidas en las materias analizadas.

SEXTO. Ambos tipos de ERTE COVID, sean FM o ETOP, vienen regidos por normas comunes previstas en el RDL 9/2020, más tarde Ley 3/2021.

Destacan las contempladas en los arts. 2 y 5. Ambas prescripciones han ido prorrogándose por los posteriores y sucesivos Reales Decretos leyes en torno a los ERTE COVID, de manera que han permanecido en vigor hasta el 31 de marzo de 2022.

La primera regla común, relativa a limitar las extinciones de los contratos y los despidos por causas relacionadas con la COVID-19, y la segunda, referida a la interrupción del cómputo, tanto de la duración de los contratos temporales afectados por los ERTE, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido.

En relación con la segunda, esto es, la prescripción recogida en el art. 5, resaltamos los siguientes aspectos: 1) Afecta a los contratos temporales incluidos en el ERTE COVID, con independencia de que sean FM o ETOP. 2) No afecta a los contratos que sean objeto de reducción de jornada. 3) No se aplica a los contratos no incluidos en el ERTE. 4) Dejará de aplicarse una vez acabe la suspensión.

Especial tratamiento dedica el estudio realizado a la previsión formulada en el art. 2 del RDL 9/2020, más tarde Ley 3/2021. El análisis es ilustrado con el debate originado en la doctrina laboral acerca de la calificación del eventual despido –decantándose mayoritariamente por la declaración de improcedencia–, acompañado de distintos pronunciamientos judiciales de los TSJ –incluyendo, algunos, votos particulares– que sostienen, igualmente de manera mayoritaria, la improcedencia de este, junto a otros que sustentan la declaración de nulidad.

Por todo, es necesaria en esta relevante cuestión la doctrina consolidada unificada del TS. No obstante, la sentencia del citado Tribunal, dictada en Pleno, núm. 168, de 22 de febrero de 2022, de 22 de febrero, recurso núm. 232/2021 (ECLI:ES:TS:2022:794) no ha entrado a resolver esta trascendental cuestión, declarando la nulidad del despido colectivo tras considerar que la empresa reaccionó a la nulidad de un ERTE anterior tramitando el despido, y no aportar la empresa una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de que el despido colectivo es ajeno a la vulneración de la garantía de indemnidad. Pese al fallo, *obiter dicta* expresa su línea en esta materia, postulando que la empresa que alegue y pruebe, transcurrido un tiempo desde la irrupción de la pandemia, la naturaleza estructural de la causa que, en principio, era coyuntural, podrá adoptar medidas de flexibilidad externa sin conculcar la prescripción del citado art. 2 del RDL 9/2020, más tarde Ley 3/2021.

SÉPTIMO. El RDL 18/2020 introdujo, a través del art. 1.2.2º, el mecanismo de la desafectación para los ERTE COVID FM –estableciendo para aquellas empresas en situación de “*fuera mayor parcial derivada del COVID-19*”, distintas cuantías de exoneraciones, más elevadas, para aquellos que reiniciaran la actividad, potenciando así la desescalada y el tránsito a un escenario de “*nueva normalidad*”– y, posteriormente, el RDL 24/2020, aunque no contempló de forma expresa la posibilidad de desafectar trabajadores en los supuestos de ERTE COVID ETOP, sí lo hizo de manera indirecta al establecer cuantías diferentes de exenciones dependiendo de si se ha producido desafectación por la vía del art. 4.2.a) y b).

OCTAVO. A raíz del RDL 18/2020 se adoptan dos medidas –que van a persistir en las sucesivas normas reguladoras de los ERTE–, según las cuales, de un lado, vigente un ERTE COVID FM, se permite iniciar un ERTE COVID ETOP (art. 2.2) y, de otro lado, se faculta a tramitar, una vez finalizado un ERTE COVID FM, un nuevo ERTE COVID ETOP retro trayéndose los efectos de este al momento de finalización del primero (art. 2.3).

La primera prescripción la han mantenido los distintos Reales Decretos leyes en torno a los ERTE COVID hasta el 30 de septiembre de 2022 (el art. 3.1 del RDL 11/2021 no la contempla) y la segunda, hasta el 23 de febrero de 2021 –pese a la previsión inicial, 28 de febrero de 2022, recogida en el art. 5.1 del RDL 18/2021–, ya que el RDL 2/2022 ha impedido la tramitación o solicitud de nuevos ERTE COVID desde su entrada en vigor, esto es, desde el 24 de febrero de 2022, permitiendo así, el tránsito al nuevo régimen jurídico, ordinario y permanente, recogido en el ET tras la reforma laboral de 2021.

NOVENO. El RDL 24/2020, a través del art. 1.3 (para los ERTE COVID FM) y art. 2.5 (para los ERTE COVID ETOP) incorpora una novedad de calado, relativa a las empresas que estén acogidas a un ERTE COVID, sea FM o ETOP. Así, en las citadas

empresas, mientras estén aplicando el ERTE COVID, no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de la actividad ni concertarse nuevas contrataciones, sean directas o indirectas.

La propia norma establece, seguidamente, como excepción, aquellos supuestos en que las personas incluidas en el ERTE COVID y que presten servicios en el centro de trabajo afectado por las nuevas contrataciones, directas o indirectas, o externalizaciones, no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas. Finaliza prescribiendo que cuando tenga lugar la salvedad, habrá que informar, con carácter previo a las nuevas contrataciones o externalizaciones, a la representación legal de los trabajadores.

Por último, el citado precepto prevé que estas acciones podrán constituir infracciones de la empresa afectada, en virtud de expediente incoado al efecto, en su caso, por la ITSS.

Más tarde, el art. 7 del RDL 30/2020 volvió a recoger la regla anterior, en sus propios términos, y referidas, nuevamente, a ambos ERTE COVID.

La importante prescripción ha ido manteniéndose para ambos tipos de ERTE COVID por los sucesivos Reales Decretos leyes y ha estado vigente hasta el 31 de marzo de 2022.

DÉCIMO. A partir del RDL 18/2020, y en virtud del art. 5, las empresas que tengan su domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales conforme a la normativa vigente no podrán acogerse, tras la entrada en vigor del citado RDL 18/2020, a ERTE COVID FM regulados en la citada norma.

Asimismo, las sociedades mercantiles u otras personas jurídicas acogidas a los citados ERTE y que utilicen los recursos públicos destinados a los mismos no podrán proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos ERTE, excepto si abonan previamente el importe correspondiente a la exoneración aplicada a las cuotas de la Seguridad Social y han renunciado a ella. Esta limitación a repartir dividendos no será de aplicación para las empresas que, a 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de cincuenta trabajadores o asimilados en situación de alta en la Seguridad Social.

Los límites relacionados con el reparto de dividendos y la transparencia fiscal van a ser, posteriormente, contemplados, en el art. 5 del RDL 24/2020 para los ERTE COVID, sean estos FM o ETOP.

Las posteriores normas extraordinarias y urgentes en torno a los ERTE COVID van a mantener estos dos importantes límites hasta el 31 de marzo de 2022.

UNDÉCIMO. El RDL 30/2020 incorpora la posibilidad, vía art. 3.4.2º y 3º – inexistente en la regulación de los ERTE ETOP ordinarios–, de prorrogar un ERTE COVID ETOP que finalice durante la vigencia del propio RDL 30/2020 siempre que se haya logrado el correspondiente acuerdo de prórroga en el periodo de consultas. Asimismo, exige que la prórroga, caso de lograrse, deberá ser tramitada ante la autoridad laboral receptora de la comunicación final del expediente inicial, de acuerdo

con el procedimiento previsto en el RD 1483/2012, con las especialidades recogidas en el art. 23 del RDL 23/2020.

Las normas extraordinarias y urgentes en torno a los ERTE COVID van a mantener, hasta el 30 de septiembre de 2021, la posibilidad de prorrogar, en los términos señalados, estos ERTE COVID ETOP. Finalmente, el RDL 18/2021 previó un específico sistema de prórroga para ambos ERTE COVID, previa solicitud, entre el 1 y el 15 de octubre de 2021, ante la autoridad laboral que autorizó o tramitó el ERTE COVID correspondiente. La no presentación de la aludida solicitud, acompañada de la documentación, dentro del plazo señalado, conllevaba dar por finalizado el ERTE COVID, no siendo aplicable desde el 1 de noviembre de 2021.

DUODÉCIMO. A los ERTE COVID, sean FM o ETOP, el RDL 30/2020 incorpora dos nuevos tipos de ERTE: ERTE por IMPEDIMENTO y ERTE por LIMITACIÓN, contando los primeros con un predecesor, sin especialidades en el procedimiento, en los ERTE a los que han podido acogerse las empresas, hasta el 30 de septiembre de 2020, previstos en la disp. adic. primera, apdo. 2 del RDL 24/2020, conocidos como ERTE por REBROTE.

Los ERTE por IMPEDIMENTO previstos en el art. 2.1 del RDL 30/2021. Podrán acogerse a los mismos las empresas y entidades de cualquier sector o actividad que vean impedido el desarrollo de su actividad en alguno de sus centros de trabajo, como consecuencia de nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas, a partir del 1 de octubre de 2020, por autoridades españolas o extranjeras. Las referidas empresas podrán beneficiarse, respecto de los trabajadores que tengan sus actividades suspendidas de los porcentajes de exoneración previstos en la norma, previa autorización de un ERTE, en base a lo previsto en el artículo 47.3 del ET –con la especialidad de que la solicitud del informe a la ITSS por parte de la autoridad laboral es potestativa–, cuya duración quedará restringida a la de las nuevas medidas de impedimento referidas.

Los ERTE por LIMITACIÓN contemplados en el art. 2.2 del citado RDL 30/2020. Podrán acudir las empresas y entidades de cualquier sector o actividad que vean limitado el desarrollo normalizado de su actividad a consecuencia de decisiones o medidas adoptadas por las autoridades españolas. Las citadas empresas y entidades podrán beneficiarse, desde la entrada en vigor del RDL 30/2020 y en los centros afectados, previa autorización de un ERTE de fuerza mayor por limitaciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 47.3 del ET –con la especialidad de que la solicitud del informe a la ITSS por parte de la autoridad laboral es potestativa–, de unos porcentajes de exoneración determinados por la propia norma.

El RDL 30/2020, atendiendo a las distintas restricciones, contempla exoneraciones más elevadas para los ERTE por IMPEDIMENTO que para los ERTE por LIMITACIÓN. Esta regla es sostenida por la posterior normativa extraordinaria y urgente que, junto a la posibilidad de mantener estos ERTE hasta el 31 de marzo de 2022, recoge la opción de solicitar nuevos ERTE por IMPEDIMENTO o LIMITACIÓN, según necesidades, hasta el 23 de febrero de 2022 –pese a la previsión inicial, 28 de febrero de 2022, recogida en el art. 2.1 del RDL 18/2021–, ya que el RDL

2/2022 ha impedido la tramitación o solicitud de nuevos ERTE COVID desde su entrada en vigor.

El RDL 2/2021 introduce, en el art. 2.2 y 3, una importante novedad. La misma consiste en que, una vez que una empresa ha obtenido una resolución estimatoria de la autoridad laboral –expresa o por silencio– de un ERTE por IMPEDIMENTO pueda, sin necesidad de tramitar otro nuevo expediente, pasar a aplicar –como consecuencia de las modulaciones en las restricciones sanitarias adoptadas por las autoridades competentes–, sin solución de continuidad, las medidas correspondientes a la situación de limitación al desarrollo normalizado de la actividad, y viceversa, sin perjuicio de las obligaciones de comunicación –a la autoridad laboral que hubiese aprobado el expediente y a la representación legal de los trabajadores– y los porcentajes de exoneración que correspondan en cada caso.

Dispone, finalmente, el art. 2.4 del RDL 2/2021 que el mecanismo descrito anteriormente –contenido en los apdos. 2 y 3– será igualmente aplicable respecto de las resoluciones estimatorias de la autoridad laboral –expresas o por silencio– ya recaídas de acuerdo con lo previsto en el art. 2 del RDL 30/2020 –esto es, en los ERTE por IMPEDIMENTO o en los ERTE por LIMITACIÓN– y la disp. adic. primera, apdo. 2 del RDL 24/2020 –esto es, en los ERTE por REBROTE–.

A su vez, el mecanismo de transitar de un ERTE a otro lo van a contemplar las posteriores normas extraordinarias y urgentes al RDL 2/2021, y va a permanecer en vigor hasta el 31 de marzo de 2022.

A ambos tipos de ERTE les será de aplicación las siguientes reglas:

- Una nueva cláusula de mantenimiento del empleo, caso de recibir las empresas acogidas a las nuevas modalidades de ERTE las exoneraciones aludidas anteriormente (art. 5.2.1º del RDL 30/2020).
Las posteriores normas extraordinarias y urgentes en torno a los ERTE COVID, hasta el 31 de marzo de 2022, han sostenido los compromisos de mantenimiento del empleo recogidos en las normas predecesoras, así como han previsto nuevos compromisos derivados de los beneficios recogidos en las propias disposiciones.
- Los límites relativos a la realización de horas extraordinarias, nuevas externalizaciones de la actividad y concertación de nuevas contrataciones, directas o indirectas en los términos, con las excepciones y posibilidad de infracciones señaladas (art. 7 del RDL 30/2020).
- Los límites y previsiones relacionados con el reparto de dividendos, caso de recibir las empresas acogidas a las nuevas modalidades de ERTE las exoneraciones aludidas anteriormente (art. 4.2 del RDL 30/2020).
- Los límites y previsiones relacionadas con la transparencia fiscal (art. 4.2 del RDL 30/2020).
- Las importantes reglas previstas en los arts. 2 y 5 del RDL 9/2020, más tarde Ley 3/2021 (art. 6 del RDL 30/2020).

- Las tres medidas para reforzar la cobertura a los trabajadores afectados por un ERTE, detalladas anteriormente, comunes para los ERTE COVID sean FM o ETOP (art. 8.1 de RDL 30/2020).

Dos de ellas adoptadas por el RDL 8/2020: 1) Reconocer la posibilidad de que tengan acceso a la prestación contributiva por desempleo sin exigir un determinado periodo de carencia. 2) Prever la regla del contador a cero.

Y la tercera, introducida por el RDL 30/2020 (art. 8.4) que establece el tipo del 70% aplicable a la base reguladora para el cálculo de la prestación, sin perjuicio de la aplicación de las cuantías máximas y mínimas previstas en el art. 270.3 de la LGSS.

Las cinco últimas prescripciones han ido manteniéndose para ambos tipos de ERTE por los sucesivos Reales Decretos leyes, permaneciendo vigentes hasta el 31 de marzo de 2022.

DECIMOTERCERO. La promulgación de esta profusa normativa que ha propiciado que las empresas acudan de manera recurrente a los ERTE COVID, no solo tras la llegada de la pandemia sino acompasando la evolución de esta, ha ido acompañada de un reforzamiento de las medidas de control y, eventual sanción.

El aludido refuerzo ha tenido lugar a través de una doble vía: 1) La tipificación y, consiguiente sanción, de eventuales actuaciones fraudulentas ligadas a los ERTE a través de reformas operadas en la LISOS, llevadas a cabo por el RDL 15/2020. 2) La incorporación, a través del RDL 2/2021, de las actuaciones administrativas automatizadas en la labor inspectora en el orden social –provocada no por los ERTE sino por la realidad digital actual– que contribuirá de forma decisiva a detectar fraudes relacionados, por un lado, con cobros de prestaciones indebidas o superiores y, de otro lado, con accesos incorrectos a las correspondientes exoneraciones ligadas a los ERTE, en general, y a los vinculados a la pandemia, en particular.

Referido a la última cuestión, la publicación que nos ocupa hace expresa mención a que *“En la actualidad, existe un proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo (BOE núm. 132, de 3 de junio de 1998). En el citado proyecto se recoge que resulta preciso introducir modificaciones, en el vigente RD 928/1998, a fin de proceder a un desarrollo reglamentario específico para regular el inicio y tramitación de un procedimiento sancionador de forma automatizada por parte de la ITSS”*. Finalmente, el citado proyecto ha dado lugar al Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, por el que se modifica el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo (BOE núm. 186, de 5 de agosto) que, según su disp. final segunda, ha entrado en vigor el 1 de enero de 2022.

DECIMOCUARTO Y ÚLTIMO. En la adopción de las medidas recogidas en los Reales Decreto leyes en torno a los ERTE han sido protagonistas activos los interlocutores sociales.

Así, a partir del RDL 8/2020, las sucesivas normas extraordinarias y urgentes en torno a los ERTE COVID recogen los ASDE, productos del diálogo social, suscritos entre las organizaciones empresariales más representativas de nuestro país, la CEOE, la CEPYME, con las organizaciones sindicales más representativas, CC.OO., la UGT y el Gobierno –representado por los Ministerios de Trabajo y Economía Social, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones–, firmándose el primero de ellos el día 8 de mayo de 2020, día del primer centenario del Ministerio de Trabajo, como recuerda la Exposición de Motivos del propio RDL 18/2020, a la vez que señala que el objetivo de la norma y, por consiguiente, del I ASDE es *“proporcionar una respuesta ponderada ante la situación descrita, teniendo en consideración los efectos que la emergencia sanitaria y las medidas de contención y las limitaciones han causado en la actividad de las empresas y en los contratos de trabajo, y en especial sobre las rentas salariales, a la par que atender al panorama de desescalada y a la reanudación progresiva de la actividad económica, que requiere de los mecanismos de sostén, racionalidad social y protección necesarios”*. Asimismo, acuerdan crear la Comisión de Seguimiento tripartita laboral (disp. adic. segunda del RDL 18/2020), integrada por las personas designadas al efecto por los dos Ministerios del Gobierno y las cuatro entidades suscriptoras del I ASDE. La aludida Comisión de Seguimiento va a perdurar en las sucesivas normas de emergencia en torno a los ERTE COVID.

Los posteriores ASDE, alcanzados en el seno de la Comisión de Seguimiento tripartita laboral, van a ir adaptando las medidas al distinto momento y escenario que toca afrontar y, de ahí, que cuenten con objetivos específicos, tales como:

- la *“reactivación del empleo”* señala el II ASDE (recogido en el RDL 24/2020);
- incluir *“los mecanismos necesarios para ofrecer una protección que se adecue a diferentes escenarios y entornos de crisis, ya sea por la diferente afectación del sector de actividad, por el grado de impacto que en determinadas circunstancias pueden provocar las decisiones adoptadas por razones sanitarias, o por el tránsito a causas de naturaleza distinta que fundamenten el mantenimiento de las medidas de suspensión o reducción de jornada”* alude el III ASDE (reflejado en el RDL 30/2020);
- suponer una prórroga de las medidas reflejadas en el mencionado III ASDE introduciendo *“una importante simplificación en términos de gestión para las empresas beneficiadas por las medidas recogidas en la misma”* fija el IV ASDE (forma parte del RDL 2/2021);
- partir del consenso de la necesidad de mantener las medidas adoptadas *“por el tiempo imprescindible, al objeto de garantizar, de manera adecuada, una recuperación sostenible e inclusiva”* apela el V ASDE (acogido el RDL 11/2021)
- y la incorporación, consensuada en el VI ASDE (constituye parte del RDL 18/2021), de la importante novedad *“consistente en la atribución de diferentes beneficios a las empresas que realicen acciones formativas”* en favor de los trabajadores incluidos en el ERTE, *“con la finalidad de mejorar las competencias profesionales y la empleabilidad”* de estos, priorizando *“el desarrollo de acciones formativas dirigidas a atender las necesidades reales de formación de las empresas y los trabajadores, así como aquellas que permitan recualificar a estos últimos, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa”* .

Finalmente, el RDL 2/2022, previa reunión de la Comisión de Seguimiento tripartita laboral –instrumento central en la tarea de análisis de la situación originada por la pandemia, así como en la valoración de la eficacia de las medidas–, prorroga, hasta el 31 de marzo de 2022, una parte importante de las medidas extraordinarias que forman parte del VI ASDE, si bien rebajando los porcentajes de exoneración previstos en su predecesor en veinte puntos porcentuales.

Los resultados de la investigación desarrollada nos permiten establecer las siguientes **CONCLUSIONES**.

PRIMERA. A la utilización recurrente de los ERTE por parte de las empresas tras la irrupción de la COVID ha contribuido la normativa extraordinaria y urgente, que arranca con el RDL 8/2020 que, partiendo del régimen jurídico, que no deroga, previsto en el art. 47 del ET –cuyo párrafo 3 remite al 51.7 del mismo cuerpo legal– flexibiliza y agiliza este instrumento jurídico, a fin de ofrecer un mecanismo, conocido como ERTE COVID, que va a mantenerse hasta el 31 de marzo de 2022.

SEGUNDA. La flexibilidad y agilización de los ERTE la implementa a través de dos medidas de importante calado: 1) Ampliando la consideración de fuerza mayor a circunstancias ligadas a la COVID-19, descritas expresamente por la norma, que va a posibilitar la tramitación de un ERTE COVID FM –con independencia de que la FM afecte a la totalidad o solo a una parte de la plantilla de la empresa–. 2) Agilizando la tramitación de los ERTE COVID, tanto los de FM, como los que responden a causas ETOP.

TERCERA. En el procedimiento de los ERTE COVID ETOP, la preferencia legal que establece el RDL 8/2020 caso de que no exista representación de los trabajadores por la comisión sindical teniendo, en consecuencia, carácter subsidiario la comisión *ad hoc* a la que alude el art. 41.4 del ET, estimamos que contribuye a una mayor salvaguarda de los intereses de los trabajadores.

CUARTA. Además de lo anterior, la aludida normativa de emergencia en torno a los ERTE mejora la cobertura para los trabajadores, adoptando tres reglas que van a regir a los ERTE COVID durante toda su trayectoria. Estas son: 1) No exigencia de periodo mínimo de cotización. 2) El contador a cero. 3) El establecimiento de la cuantía invariable de la prestación por desempleo en el 70% de la base reguladora.

QUINTA. Igualmente, a fin de lograr la mejora para las empresas, la normativa de emergencia extraordinaria y urgente en torno a los ERTE establece reglas sobre exoneraciones –en principio, aplicables exclusivamente a los ERTE COVID FM y, posteriormente, extendidas a determinados ERTE COVID ETOP –, mantenidas a lo largo del recorrido normativo de los ERTE COVID, no permanecido invariables, sino que han sido moduladas tomando en consideración elementos no excluyentes.

SEXTA. El acceso a las exoneraciones aludidas tiene carácter voluntario para las empresas, teniendo como contrapartida la cláusula de mantenimiento del empleo prevista en la disp. adic. sexta del RDL 8/2020, contando con una nueva redacción por parte del RDL 18/2020, que se ha mantenido, pudiendo activarse otras nuevas, hasta el 31 de marzo de 2022.

Tomando en consideración el punto más controvertido de la referida salvaguarda del empleo, manifestamos nuestra adhesión a la corriente doctrinal que considera que la devolución de la totalidad de las exoneraciones correspondientes a la plantilla sujeta a la medida extraordinaria, lejos de contribuir a la estabilidad en el empleo de esta, debilita, en su caso, la del resto de trabajadores no afectados por el ERTE e, incluso, pone en riesgo la propia viabilidad de la empresa. Resultado el descrito, valoramos, que no se compadece con la finalidad de “*minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica*” que marca, desde el RDL 8/2020, la normativa de emergencia.

SÉPTIMA. En aras de priorizar los ERTE, y con ello, el mantenimiento del empleo frente a la extinción de los contratos de trabajo, el RDL 9/2020, más tarde Ley 3/2021, contiene una prescripción de importante calado en el art. 2.

Sostenemos que el precepto no prohíbe el despido o la extinción de los contratos de trabajo, con carácter general, sino que impide al empresario acudir a ambas medidas alegando las causas que podrían motivar el inicio de un ERTE. Esto es, pretende la norma, priorizar la tramitación de un ERTE a despidos o extinciones de contratos fundadas en causas ETOP o FM vinculadas a la COVID-19.

Nos adherimos a los argumentos esgrimidos por la doctrina científica y judicial en aras de concluir con una calificación improcedente del despido. Así:

- La no calificación de nulidad del despido por parte de la propia norma, y ello pese a las reiteradas oportunidades que ha habido con las sucesivas prórrogas de la importante prescripción –en vigor hasta el 31 de marzo de 2022–, nos conduce a no presumir que la voluntad del legislador de emergencia haya sido cambiar el criterio deducible de la legislación anterior, que continúa vigente, como salva expresamente la Exposición de Motivos del RDL 2/2020, más tarde Ley 3/2021.

- No prescribe la norma una prohibición de despedir, sino una limitación en relación con las causas que pueden justificar la procedencia de un despido. Estamos, en consecuencia, ante un despido injustificado, esto es, sin causa.

- Si no prevé la norma excepcional una expresa prohibición de despedir, no es aplicable el art. 6.3 del Código Civil que sanciona con nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas.

- Es una regla que establece la falta de causa del correspondiente despido sin que quepa acudir a la nulidad con las consecuencias que conlleva, ya que la doctrina jurisprudencial consolidada califica de improcedente y no nulo el despido sin causa y limita la nulidad de los despidos a los supuestos más graves explícitamente recogidos en la norma (despidos discriminatorios o realizados con vulneración de derechos fundamentales, despidos de personas protegidas por su situación de embarazo, lactancia, nacimiento, etc.).

- Caso de postularse la declaración de nulidad –que no compartimos– por fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil) o abuso de derecho (art. 7.2 del citado cuerpo legal) tampoco prosperaría. Ni el régimen general del fraude de ley ni el del abuso de derecho imponen la declaración de nulidad del correspondiente acto jurídico, sino la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir en el caso del fraude de ley –que para el despido implica la declaración de improcedencia al no estar justificada la extinción–, y

la correspondiente indemnización en el supuesto del abuso de derecho –objetivo que también queda cubierto con la declaración de improcedencia–.

OCTAVA. El mecanismo de afectación/desafectación introduce un importante factor de flexibilidad en la gestión del ERTE, permitiendo adaptar este a las cambiantes causas que lo sustentan, máxime en los procesos de desescaladas y escaladas que han ido afrontando las empresas en los momentos álgidos de la pandemia, que han derivado en la desafectación y afectación de los trabajadores.

NOVENA. Las medidas que permiten transitar de un ERTE COVID FM a otro COVID ETOP pretenden finalidades muy encomiables: que las empresas adopten los ajustes necesarios para transitar a la llamada “*nueva normalidad*”, salvaguardando el empleo y protegiendo especialmente a los trabajadores evitando innecesarias interrupciones.

DÉCIMA. La normativa de emergencia prevé que, en las empresas, mientras estén aplicando el ERTE COVID, no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de la actividad ni concertarse nuevas contrataciones, sean directas o indirectas, con unas excepciones expresas.

Concluimos que estas relevantes reglas requieren:

En primer lugar, en la medida en que las limitaciones potencian la desafectación de los trabajadores incluidos en el ERTE, la necesidad de que la norma hiciera una expresa alusión a la exclusión no solo de horas extraordinarias, sino también y con el mismo fin, de horas complementarias.

En segundo lugar, aun cuando sostenemos que el régimen jurídico de las horas extraordinarias por fuerza mayor las elimina de la exclusión, la conveniencia de incluir la salvedad de manera expresa, despejando así eventuales dudas.

En tercer lugar, la necesidad de tipificar, vía LISOS, estos eventuales incumplimientos, de manera que, caso contrario, estamos ante unas conductas prohibidas que, de ser transgredidas, no cuentan con la tipificación y consiguiente sanción, imprescindibles ambas, para activar el correspondiente régimen sancionador administrativo.

UNDÉCIMA. Las prescripciones relativas a los límites y previsiones relacionados con el reparto de dividendos –caso de recibir las empresas acogidas a los ERTE COVID las exoneraciones contempladas en las respectivas normas– y los relativos a la transparencia fiscal, obedecen a una razón clara. Impedir, la primera, que las ayudas públicas, a las que han podido acceder las sociedades mercantiles y otras personas jurídicas acogidas a los ERTE COVID, deriven en un incremento de los beneficios a repartir e, igualmente, impedir, la segunda, que las empresas que tengan su domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales puedan acceder al beneficio de las exoneraciones ligadas a los ERTE COVID.

DUODÉCIMA. El mecanismo de prórroga de los ERTE COVID ETOP que incorpora el RDL 30/2020 flexibiliza la gestión del propio ERTE.

Estimamos que la exigencia relativa al acuerdo de prórroga logrado en el periodo de consultas salvaguarda los intereses de los trabajadores, máxime cuando la normativa

de emergencia concede carácter preferente, caso de no existir representación de los trabajadores, a la comisión sindical frente a la *ad hoc* prevista en el art. 41.4 del ET.

DECIMOTERCERA. El RDL 30/2020 incorpora dos nuevos tipos de ERTE: ERTE por IMPEDIMENTO y ERTE por LIMITACIÓN de la actividad normalizada de la empresa, en ambos casos, como consecuencia de una decisión de la autoridad competente. Son supuestos los contemplados que derivan de un acto de autoridad o “*factum principis*”, contribuyendo la configuración legal expresa de ambas modalidades de ERTE a ofrecer una respuesta precisa a la incidencia de la decisión de la autoridad pública –impedidora o limitadora– del desarrollo de la actividad de la empresa, propiciando suspender contratos de trabajo y/o reducir jornadas.

Posteriormente, el RDL 2/2021 introduce el mecanismo de tránsito, sin necesidad de tramitar otro nuevo expediente, de un ERTE por IMPEDIMENTO a un ERTE por LIMITACIÓN, y viceversa, según las circunstancias concurrentes, lo que contribuye a simplificar la gestión a las empresas beneficiadas de las medidas que adopta.

DECIMOCUARTA. Consideramos muy encomiable el reforzamiento de las medidas de control –potenciadas por las actuaciones administrativas automatizadas– y, eventual sanción a fin de evitar usos fraudulentos de los ERTE, más aún cuando muchos de los expedientes tramitados en tiempo de pandemia –ERTE COVID– han accedido a exoneraciones a cargo de fondos públicos y han contado con ventajosas reglas de acceso a la prestación contributiva por desempleo de los trabajadores afectados.

DECIMOQUINTA. En la adopción de las medidas recogidas en los Reales Decreto leyes en torno a los ERTE han sido protagonistas activos los interlocutores sociales que, concedores de los problemas reales acaecidos con la pandemia, así como de la puesta en práctica de las impactantes medidas adoptadas desde la declaración del estado de alarma, han sabido desempeñar el papel trascendental que les confiere el art. 7 de la CE de contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios.

Instrumento clave para canalizar el aludido papel será la Comisión de Seguimiento tripartita laboral, consensuada en el I ASDE plasmado en el RDL 18/2020 –que va a perdurar en las sucesivas normas de emergencia en torno a los ERTE COVID– teniendo como cometido central la valoración de las medidas recogidas en la norma en cuestión y de la evolución de la actividad económica y el empleo, así como el análisis de las eventuales medidas futuras para la protección del empleo y del tejido productivo.

DECIMOSEXTA Y ÚLTIMA. Los ERTE son una herramienta jurídica de flexibilidad interna que, tras la introducción de determinadas reglas, van a dar respuesta a las circunstancias sobrevenidas con la pandemia COVID-19, alzándose como el mecanismo estrella para hacer frente y paliar el impacto, tanto social como económico, que ha derivado de la pandemia –y, en particular, de sus repetidas escaladas y desescaladas–, convirtiéndose en un instrumento que mantiene el empleo y, como premisa previa, la viabilidad de las empresas, evitando en consecuencia las extinciones de la contratación temporal, en general, y los despidos masivos, en particular.

El uso recurrente de los ERTE en periodo de pandemia –al que han ayudado medidas adicionales, esenciales en el marco de la COVID-19, relativas a exoneraciones y medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo– ha contribuido a potenciar, e incluso, para parte del empresariado español conocer, este importante y certero instrumento jurídico.

En cuarto lugar, abordamos **el artículo rotulado “Prórroga de los ERTE ligados a la pandemia hasta el 30 de septiembre de 2021: el Real Decreto-Ley 11/2021”, publicado en Diario La Ley, núm. 9887, Sección Tribuna, 8 de julio de 2021, Wolters Kluwer.**

Los **RESULTADOS** derivados de este, al margen de los incorporadas al hilo de la exposición vertida respecto a la monografía anterior, de la que este artículo es una adenda, son:

PRIMERO. Aporta el presente trabajo datos estadísticos reflejados en gráficas de la evolución a mayo de 2021 –mes en el que entra en vigor el RDL 11/2021– de los ERTE COVID que, junto a considerar el progreso de la campaña de vacunación de la población española y el aumento de la movilidad en dos sectores estratégicos como el comercio y el ocio, resaltan las reveladoras cifras arrojadas tras la entrada en vigor del RDL 24/2020, que incluyó incentivos a la activación, propiciando que el número de trabajadores en ERTE cayera, en un solo día, en 300.000 trabajadores, la mayor reducción diaria en toda la serie (que recoge la variación diaria en el número de trabajadores en ERTE). Se puede acceder a la fuente en el enlace <https://revista.seg-social.es/2021/05/27/el-consejo-de-ministros-aprueba-de-la-prorroga-de-los-erte-hasta-el-30-de-septiembre/>

El aludido RDL 24/2020, que entró en vigor el 27 de junio de 2020 –pocos días después de finalizar el primer estado de alarma tras sus seis prórrogas– establecía porcentajes de exoneraciones distintos, siendo más altos para los trabajadores que reiniciaban su actividad y más bajos para aquellos que continuaban con sus contratos suspendidos [art. 4.1.a) y b)]. Ello pone en valor el importante papel de los incentivos en aras de contribuir a reactivar el empleo suspendido.

SEGUNDO. Haciéndose eco de la eficacia de adecuados incentivos en periodos de reactivación, el RDL 11/2021 presenta, como importante novedad, la actualización de los porcentajes de exoneración en las cotizaciones a la Seguridad Social de determinados ERTE ligados a la pandemia.

La norma, como regla general, reduce los aludidos porcentajes y para determinadas empresas con específicos ERTE va a establecer exoneraciones más elevadas para los trabajadores que reinicien la actividad. Justifica el porqué de estas actualizaciones en tres realidades concurrentes: 1) La mejora de la situación epidemiológica. 2) La flexibilización de las restricciones. 3) El incremento de la actividad.

TERCERO. El RDL 11/2021 dispone, también como novedad, la obligación para las empresas de incorporar durante los períodos teóricos de llamamiento a los trabajadores con contrato fijo-discontinuo y a aquellos que realizan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, y afectarlos a los ERTE vigentes a fecha de entrada en vigor de esta norma o autorizados con posterioridad a esta, en el caso en que,

como consecuencia de las restricciones y medidas de contención sanitaria no puedan desarrollar su actividad en el periodo de llamamiento indicado, todo ello en los términos y condiciones que recoge la disp. adic. tercera del RDL 11/2021 rotulada *“Incorporación efectiva y aplicación de los expedientes de regulación temporal de empleo a las personas con contrato fijo-discontinuo o a las que realizan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas”*.

CUARTO. La disp. adic. cuarta del RDL 11/2021 recoge de manera específica los efectos de las exenciones en la cotización a la Seguridad Social y su consideración como periodo de ocupación cotizada a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en los apdos. 1 y 3 –añade ahora el RDL 11/2021– del art. 20 de la LGSS, y ello es aplicable no solo a las exenciones previstas en la propia norma, sino también a las exenciones en la cotización a la Seguridad Social establecidas en todos y cada uno de los Reales Decretos leyes promulgados durante la pandemia, esto es, el RDL 8/2020, el RDL 18/2020, el RDL 24/2020, el RDL 30/2020, Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria (BOE núm. 334, de 23 de diciembre) y el RDL 2/2021 *“desde la correspondiente fecha de entrada en vigor de las referidas disposiciones”*, aunque la mayoría de ellos contemplaban estos efectos de las exenciones en la cotización. Posteriormente, la mencionada regla, en los términos fijados por el RDL 11/2021, va a estar recogida en la disp. adic. undécima del RDL 18/2021 y va a permanecer aplicándose, al amparo del RDL 2/2022, hasta el 31 de marzo de 2022.

QUINTO. Los datos relativos a los ERTE COVID a 31 de mayo de 2021 revelan que el número de trabajadores protegidos por ERTE COVID, a 31 de mayo de 2021, se sitúa en el número más bajo desde el inicio de la pandemia (542.142 trabajadores frente a los 3,6 millones registrados en mayo de 2020). Se puede acceder a la fuente en el enlace <https://revista.seg-social.es/2021/06/02/el-mes-de-mayo-finaliza-con-542-142-personas-en-erte/>

SEXTO Y ÚLTIMO. El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española – aprobado formalmente, en aquellas fechas por la Comisión Europea, en concreto, el 16 de junio de 2021 y, con posterioridad a la publicación del estudio, por el ECOFIN el 13 de julio de 2021– recoge la previsión de un programa coherente de reformas que dé paso a un nuevo modelo laboral basado, entre otros, en los siguientes elementos: *“Nuevos instrumentos de flexibilidad interna alternativos al despido y la alta temporalidad, mediante dos mecanismos (i) de ajuste del tiempo de trabajo ante caídas de la demanda cíclicas o extraordinarias y (ii) de acompañamiento de procesos estructurales de transición en sectores en reconversión”*. En aras de lograr el objetivo descrito, el Componente 23 del Plan dedicado a *“Nuevas Políticas Públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”*, contiene entre sus 11 Reformas, la sexta, que alude al *“Establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y recualificación de trabajadores en transición”*.

Como **CONCLUSIONES** extraídas, podemos señalar:

PRIMERA. En aras de proteger a los trabajadores con contrato fijo-discontinuo y a aquellos que realizan trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, el RDL 11/2021 establece la obligación para las empresas de incorporarlos durante los periodos teóricos de llamamiento, y afectarlos a los ERTE vigentes en ese momento.

SEGUNDA. Los datos relativos a los ERTE COVID a 31 de mayo de 2021 revalidan la confianza mostrada en las medidas adoptadas hasta ahora por las partes firmantes del V ASDE –alcanzado “*in extremis*” el 26 de mayo de 2021 finalizando las reglas del anterior RDL 2/2021 el día 31 del mismo mes y año– y, a su vez, potencian el consenso existente en la conveniencia de preservarlas.

TERCERA Y ÚLTIMA. El instrumento jurídico de los ERTE, como mecanismo interno de las empresas, está llamado a desempeñar un importante papel en época de postpandemia como expresamente recoge el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la economía española.

La recepción y, en consecuencia, cumplimiento por parte de la reforma laboral de 2021 de la Reforma sexta del citado Plan –que alude al “*Establecimiento de un mecanismo permanente de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y recualificación de trabajadores en transición*”– es objeto de análisis en la siguiente y última publicación, a cuyas conclusiones nos remitimos.

Finalmente, la última de las publicaciones presentadas consiste en una nueva **monografía, titulada “ERTE del siglo XXI: mecanismos permanentes de flexibilidad interna centrados en la formación, recualificación y la transición profesional”. 1.^a ed., Valencia. Colección Laboral. Ed. Tirant lo Blanch, 2022.**

Los **RESULTADOS** logrados de la investigación concluida son:

PRIMERO. La aplicación práctica de las medidas extraordinarias y urgentes en torno a los ERTE adoptadas desde el RDL 8/2020 hasta el RDL 2/2022 –muchas de cuyas normas recogen ASDE; en concreto, seis–, así como los resultados arrojados han supuesto una experiencia encomiable previa a la reforma laboral acordada en 2021.

El estudio aporta datos estadísticos de los ERTE COVID existentes a 28 de febrero de 2022 que revelan que el número de trabajadores protegidos por ERTE vinculados a la COVID-19, procedentes de alguna de las modalidades de ERTE puestas en marcha durante la pandemia, ha cerrado el mes de febrero de 2022 en 101.736 personas, manteniendo la estabilidad de los últimos meses y con un descenso de más de 33.000 personas respecto al 31 de octubre, cuando se pusieron en marcha las nuevas modalidades de ERTE COVID. Estos 101.736 trabajadores en ERTE representan el 0,6% del total de afiliados y suponen un descenso de cerca de 800.000 trabajadores respecto a los protegidos justo un año antes. Y concluye con esta impactante cifra: supone una disminución de más de tres millones respecto al momento más agudo de la pandemia. Finalmente, afirma “*Esto supone que alrededor del 97% de los trabajadores que estuvieron protegidos por este mecanismo ya se han reincorporado*”. Se puede acceder a la fuente en el enlace <https://revista.seg-social.es/-/20220302-afiliacion>

La situación descrita ha confluído con el compromiso asumido por España con la Comisión Europea de abordar, en concreto, la Reforma sexta aludida anteriormente, que

forma parte del también mencionado Componente 23 dentro del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que fue aprobado por las instituciones europeas, como hemos indicado, el 13 de julio de 2021.

Ambos elementos han propiciado el acuerdo alcanzado –producto del diálogo social– el día 23 de diciembre de 2021, por las organizaciones empresariales más representativas de nuestro país a nivel estatal, la CEOE, la CEPYME, con las organizaciones sindicales más representativas en el referido nivel, CC.OO., la UGT y el Gobierno.

El importante y trascendental acuerdo fue respaldado el pasado 30 de diciembre de 2021 con la publicación del RDL 32/2021 que, finalmente, ha sido refrendado en sede parlamentaria el día 3 de febrero de 2022.

SEGUNDO. La actual regulación contenida en el innovado art. 47 del ET, así como el nuevo régimen jurídico del art. 47 bis del mismo cuerpo legal incorporado por la reforma, entraron en vigor el día siguiente al de la publicación del RDL 32/2021 en el BOE, esto es, el 31 de diciembre de 2021. De ahí que el estudio recoja datos estadísticos de ERTE COVID, ERTE ETOP por causas no relacionadas con la pandemia, y ERTE vinculados a la erupción volcánica de La Palma, según sean necesarios para el análisis, a fecha de entrada en vigor de la reforma en materia de ERTE, esto es, a 31 de diciembre de 2021. Se puede acceder a la fuente en el enlace <https://revista.seg-social.es/-/diciembre-cierra-con-102.548-trabajadores-en-erte-covid>

TERCERO. La reforma laboral llevada a cabo a través del RDL 32/2021 ha incorporado al nuevo régimen jurídico de los ERTE ordinarios, con igual proyección en los ERTE a los que resulte de aplicación el Mecanismo RED, en su modalidad cíclica o sectorial, dos nuevas e importantes prescripciones, cuales son: 1) Priorizar la reducción de jornada frente a la suspensión de contratos, siempre que sea viable. 2) La concepción del ERTE como una fórmula alternativa y prioritaria al despido.

CUARTO. El nuevo art. 47 del ET prevé a lo largo de todo el articulado y de manera conjunta las dos medidas empresariales a adoptar, esto es, la reducción de la jornada y/o la suspensión de los contratos de trabajo.

QUINTO. Las novedades incorporadas en los ERTE ETOP, regulados en el art. 47, apdos. 1 a 4 del ET:

- Afectan a las consecuencias jurídicas que derivan de una sentencia que declare la medida empresarial injustificada –debiendo ingresar el empresario, además, las diferencias de cotización a la Seguridad Social, lo que contribuirá a un uso conforme a derecho de esta herramienta–.

- Inciden en el procedimiento a seguir. Así, suprimen trámites entre la autoridad laboral y el SEPE, propiciados por los procedimientos automatizados y modifica plazos, reduciéndolos –plazo máximo del periodo de consultas de 15 o 7 días para las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores (antes de 15 días sin distinción); plazos máximos para la constitución de la comisión representativa de 5 o 10 días para los

supuestos en los que alguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento no cuente con RLT (antes eran de 7 o 15 días, respectivamente)–.

- Introduce la obligación de las empresas de notificar a los trabajadores afectados y a la autoridad laboral su decisión sobre la reducción de jornada o la suspensión de contratos, debiendo incluir el periodo dentro del cual se va a aplicar tales medidas, potenciando ambas obligaciones una mayor transparencia en la ejecución del ERTE.

- Incorpora la posibilidad de prórroga de esta modalidad de ERTE. De manera que, vigente un ERTE ETOP, la empresa podrá comunicar a la representación de los trabajadores con la que previamente hubiera evacuado el periodo de consultas una propuesta de prórroga de ERTE, rigiendo seguidamente, tres reglas: 1) La duración máxima de este nuevo periodo de consultas es de cinco días. 2) La decisión empresarial debe ser comunicada a la autoridad laboral en un plazo de siete días. 3) La prórroga surtirá efectos desde el día siguiente a la finalización del periodo inicial de reducción de jornada o de suspensión de la relación laboral, esto es, desde el día siguiente a aquel en el que estaba previsto, en principio, que hubiera decaído el ERTE ETOP.

SEXTO. En los ERTE FM, la reforma laboral de 2021, como novedades:

- Alude de forma expresa a la reducción de jornada.
- Prevé, en lo sustancial, el propio art. 47.5 del ET, el procedimiento legal a observar en estos casos.
- Incorpora el carácter positivo del silencio administrativo.
- Descarta *stricto sensu* el sistema de prórroga.

SÉPTIMO. La reforma laboral llevada a cabo a través del RDL 32/2021 incorpora de manera permanente a la legislación ordinaria, vía art. 47.6 del ET, los ERTE por FM temporal derivada de impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa, puestos en práctica por la legislación de emergencia.

El procedimiento aplicable a estos supuestos es el previsto para los ERTE FM en el art. 47.5 del ET con las particularidades recogidas en el propio art. 47.6 del mismo cuerpo legal, siendo muy relevante el carácter potestativo de la solicitud de informe a la ITSS por parte de la autoridad laboral.

OCTAVO. También como novedad, recoge el nuevo y reformado art. 47 del ET un último apartado, el siete, que contiene reglas comunes, de trascendencia, aplicables a todo tipo de ERTE, incluidos los ERTE a los que resulte de aplicación el Mecanismo RED, en su modalidad cíclica o sectorial, con la excepción de la diferente protección social; prestación por desempleo para los primeros, vía art. 276 de la LGSS y sus normas de desarrollo (con las medidas más protectoras para los ERTE FM y ERTE por FM temporal derivada de impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa previstas en la disp. adic. cuadragésima sexta de la LGSS, añadida por la disp. final primera del RDL 2/2022) y prestación específica de sostenibilidad de empleo para los segundos, vía disp. adic. cuadragésima primera de la LGSS –incompatible, entre otras, con la percepción de prestaciones o subsidios por desempleo– que ha entrado en

vigor a los tres meses de la publicación en el BOE del RDL 32/2021, esto es, a partir del 30 de marzo de 2022.

Entre las reglas comunes, al margen de las expuestas, destacamos:

- Mantiene el arco porcentual dentro del cual podrá reducirse la jornada de trabajo, así como los distintos referentes temporales a considerar; esto es, la reducción de jornada podrá ser de entre un diez y un setenta por ciento y computarse sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.
- Comunicación de datos complementarios que la empresa debe trasladar a la autoridad laboral apelando a los procedimientos automatizados.
- Mecanismo de desafectación y afectación de trabajadores, informando previamente de ello a los RLT y previa comunicación al SEPE y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la TGSS, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades.
- Introduce limitaciones a la iniciativa empresarial dentro del periodo de aplicación del ERTE fomentando de este modo las desafectaciones; en concreto, no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales. Finalmente, excepciona la norma las anteriores limitaciones en determinadas circunstancias previa información de la concurrencia de estas a los RLT.
- Desarrollo por parte de las empresas de acciones formativas en los términos de la disp. adic. vigesimoquinta del ET, con el consiguiente incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada que prevé el art. 9.7 de la Ley 30/2015, y de obligado cumplimiento para el acceso a las exoneraciones que prevé la disp. adic. cuadragésima cuarta de la LGSS en los supuestos de ERTE ETOP y ERTE a los que resulte de aplicación el Mecanismo RED en su modalidad sectorial (fijados en el 20% y en el 40%, respectivamente).

La aludida disp. adic. decimoquinta contiene un detallado régimen jurídico en torno a las acciones formativas a desarrollar, siendo de interés, entre otros aspectos: el objetivo a cubrir, cual es *“la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad”* de los trabajadores afectados por el ERTE, así como el contenido de esta que, con carácter prioritario, debe tener una de estas orientaciones: La primera que el trabajador adquiera las competencias precisas, incluidas las digitales, para permanecer en la empresa, con independencia de que el puesto a ocupar sea el mismo u otro distinto, y la segunda que el trabajador logre aquellas otras competencias que redunden en su recualificación, facilitando así, su transición hacia nuevos empleos fuera de la empresa.

- Acceso voluntario por parte de las empresas a las exoneraciones, en las cuantías y términos contemplados en la citada disp. adic. cuadragésima cuarta de la LGSS, con la correlativa vinculación a la cláusula de mantenimiento del empleo, a la que el RDL 32/2021 incorpora aspectos esclarecedores, tales como: 1) El momento de inicio del cómputo de seis meses, haciéndolo coincidir desde el día siguiente a la finalización del ERTE, incluyendo, en su caso, la/s posible/s

prórroga/s de este. 2) Perfilando las consecuencias del incumplimiento de la cláusula, ciñéndola al reintegro del importe de las cotizaciones del trabajador en concreto respecto del que se haya incumplido la cláusula de salvaguarda del empleo, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, alejándose así del criterio, sin valor vinculante, mantenido por la Dirección General de la ITSS en la nota informativa emitida el 6 de diciembre de 2020, aludida en esta Memoria, que opta por una interpretación totalizadora del importe de las cotizaciones a devolver, en su caso, por las empresas incumplidoras.

NOVENO. Junto a lo anterior, la reforma laboral de 2021 incorpora un nuevo artículo al ET, el 47 bis, que regula el denominado Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo.

De esta forma, introduce en el ordenamiento jurídico laboral, con carácter permanente, un mecanismo con el que afrontar coyunturas macroeconómicas de carácter general (modalidad cíclica), así como con el que responder a los cambios permanentes de un determinado sector que provocan necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de los trabajadores (modalidad sectorial).

La duración máxima del Mecanismo RED es de un año, para la modalidad cíclica, y de una inicial de un año y la posibilidad de dos prórrogas de seis meses cada una, para la modalidad sectorial; y cuentan con una exoneración del 60%, 30% y 20% –en escala decreciente–, la modalidad cíclica, y del 40%, invariable, siempre que las empresas ofrezcan acciones formativas a las que se refiere la disp. adic. vigesimoquinta del ET, la modalidad sectorial. Asimismo, los trabajadores afectados por la aplicación del Mecanismo RED, con independencia de la modalidad de este, cuentan con una nueva y específica prestación que guarda similitud con la de desempleo. Entre sus peculiaridades destaca: 1) La cuantía resultante (70% a la base reguladora) está topada, siendo la máxima mensual la equivalente al 225 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte. 2) La cuantía resultante permanece invariable. 3) No se deducirá la parte proporcional de la prestación realizada a tiempo parcial –a diferencia de lo que ocurre en las prestaciones por desempleo–.

El nuevo Mecanismo RED es un instrumento jurídico que exclusivamente compete activarlo al Consejo de Ministros, careciendo, en consecuencia, los interlocutores sociales de un papel proactivo singular.

Así, el cometido otorgado es el que sigue:

1) En ambas modalidades, requiere la norma, con carácter previo a la elevación de activar el Mecanismo RED al Consejo de Ministros, informar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal.

2) En la modalidad exclusivamente sectorial, podrán asimismo solicitar a los Ministerios competentes la convocatoria de la Comisión tripartita del Mecanismo RED a efectos de analizar la existencia de las circunstancias exigidas por la norma, así como

la necesidad, en su caso, de elevar una solicitud de activación del Mecanismo RED sectorial al Consejo de Ministros.

A mayor abundamiento, no solo es que carezcan del aludido papel singular, es que el asignado viene referido a las organizaciones más representativas, sindicales y empresariales, a nivel estatal, excluyendo, en consecuencia, las que ostenten esas consideraciones a nivel de Comunidad Autónoma, con los problemas que puedan derivarse de ello, atendiendo, de un lado, y en concreto fundamentalmente en la modalidad sectorial, a la circunscripción territorial del sector o sectores afectado/s y, de otro lado, a las competencias asignadas en nuestro ordenamiento jurídico laboral a las referidas organizaciones más representativas a nivel de Comunidad Autónoma.

DÉCIMO. La consecuencia de activar el Mecanismo RED no es otra que las empresas incluidas en este puedan solicitar la reducción de jornada y/o suspensión de contratos de trabajo a través de un procedimiento híbrido, con especificidades, entre el seguido en los ERTE ETOP –requiere de un periodo de consultas y le es de aplicación el mecanismo de prórroga previsto en el art. 47.4 del ET– y ERTE FM temporal, recuperando la reforma con este procedimiento la necesaria autorización administrativa de la autoridad laboral.

UNDÉCIMO. Finalmente, al innovado art. 47 del ET, así como al nuevo art. 47 bis del mismo cuerpo legal les va a resultar de aplicación el actual y reforzado régimen sancionador en torno a los ERTE que ha materializado el RDL 32/2021, vía LISOS. La reforma está justificada por: 1) La aplicación de medidas de reducción de jornada y/o suspensión de contratos derivadas del Mecanismo RED, en cualquiera de sus modalidades, sin acudir al procedimiento establecido en el art. 47 bis del ET; 2) La incorporación de nuevas obligaciones de la empresa durante la ejecución del ERTE –recuérdese, no podrán realizarse horas extraordinarias, establecerse nuevas externalizaciones de actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales, con las excepciones contempladas para las dos últimas– con los consiguientes eventuales incumplimientos; 3) Con especial significación, la dotación a los ERTE de importantes recursos públicos.

DUODÉCIMO Y ÚLTIMO. Los datos que venía arrojando el sector de las agencias de viaje en el transcurso de la pandemia vaticinaban, tras la reforma laboral, la activación del Mecanismo RED, en su modalidad sectorial; posteriormente, la Exposición de Motivos del RDL 4/2022 vino a confirmar el pronóstico y, finalmente, ha sido activado mediante la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo.

Al amparo de la activación del Mecanismo RED en el sector de las agencias de viaje, las empresas cuya actividad se clasifique en los códigos CNAE-2009 detallados en la referida Orden podrán, entre el 1 de abril y el 31 de diciembre de 2022, solicitar voluntariamente a la autoridad laboral la reducción de la jornada y/o la suspensión de los contratos de trabajo –acompañando, entre la documentación a aportar, tanto a la solicitud como a la comunicación previa a los RLT, un plan de recualificación–. Ello dará lugar, en su caso, a nuevos ERTE que requieren del desarrollo por parte de las empresas de acciones formativas como requisito *sine qua non* para acceder a las exoneraciones del 40%.

El apdo. segundo de la disp. trans. segunda del RDL 4/2022 recoge las especialidades al contenido de los capítulos II y III del RD 1483/2012 –sin perjuicio de las excepciones contempladas–, de aplicación al Mecanismo RED, siendo muy relevante la prevista en el apdo. segundo, letra a) de la citada disposición, relativa a que durante la aplicación del Mecanismo RED cada trabajador solo podrá verse afectado en exclusiva por una reducción de su jornada o por una suspensión de su contrato, sin que quepa una combinación de ambas, y ello 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.

Es muy relevante el seguimiento a realizar, tanto del cumplimiento de las acciones formativas como de la cláusula de mantenimiento del empleo.

Así, en caso de incumplimiento de las acciones formativas en los términos de la disp. adic. vigesimoquinta del ET, las empresas deberán ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa determinación por la ITSS del incumplimiento de estas obligaciones y de los importes a reintegrar. Además, al no llevarse a cabo la formación, en los términos de la disp. adic. decimoquinta del ET, no tendrá lugar el incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada en virtud del art. 9.7 de la Ley 30/2015.

Finalmente, de tener lugar la formación con las exigencias requeridas, así como el acceso a los beneficios en materia de Seguridad Social, e incumplir la cláusula de mantenimiento del empleo vía disp. adic. cuadragésima cuarta, apdo. 10 de la LGSS, las empresas deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación con el trabajador respecto del cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa comprobación del incumplimiento de este compromiso y la determinación de los importes a reintegrar por la ITSS.

Esta experiencia pionera en la implementación del nuevo Mecanismo RED, en su modalidad sectorial, propiciará resultados reveladores a fin de realizar una valoración ajustada de este instrumento jurídico, esencialmente, por las organizaciones sindicales y empresariales y por el Gobierno, como artífices de aquel.

Las **CONCLUSIONES** conseguidas con la investigación desplegada son:

PRIMERA. La práctica de los ERTE COVID instituye a los ERTE en instrumentos preservadores de empleo y, con carácter previo, mantenedores de empresas, que ha proporcionado una red de seguridad para afrontar las devastadoras consecuencias originadas con la irrupción de la pandemia y su dilatada evolución que ha desembocado en la llamada nueva normalidad.

SEGUNDA. La confluencia de la práctica arrojada por los ERTE COVID y el compromiso asumido por España con la Comisión Europea de abordar, en concreto, la

Reforma sexta mencionada en esta Memoria han propiciado el acuerdo alcanzado – producto del diálogo social– el día 23 de diciembre de 2021, por las organizaciones empresariales más representativas de nuestro país a nivel estatal, la CEOE, la CEPYME, con las organizaciones sindicales más representativas en el referido nivel, CC.OO., la UGT y el Gobierno, idénticos suscriptores de los seis ASDE.

TERCERA. El objetivo central marcado por la reforma laboral de 2021 al modificar el régimen jurídico contenido en el anterior art. 47 del ET –con repercusión en el nuevo Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, añadido a través del art. 47 bis del ET–, no es otro que el de incorporar al nuevo precepto, ahora con carácter ordinario y permanente, las medidas extraordinarias y excepcionales puestas en práctica desde marzo de 2020, aprobadas mediante los sucesivos Reales Decretos leyes que conforman la legislación de la pandemia en torno a los ERTE.

CUARTA. Próxima la fecha de finalización de los ERTE COVID, prevista en principio para el 28 de febrero de 2022, se aprobó el RDL 2/2022 incorporando una transición encomiable de la normativa extraordinaria y excepcional de emergencia al nuevo marco jurídico, con vocación de estabilidad y permanencia, que ha integrado la reforma laboral de 2021; en particular, en la aplicación, con carácter general, de los nuevos ERTE ordinarios vía art. 47 del ET, así como en la implementación del nuevo Mecanismo RED vía art. 47 bis del ET, que cuenta con una primera activación, en su modalidad sectorial, mediante la Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo en el sector de las agencias de viaje.

QUINTA. Con la nueva regla de priorizar la reducción de jornada frente a la suspensión de contratos – aplicable en cualquier tipo de ERTE – el legislador introduce una limitación a la autonomía empresarial. Ahora bien, la prioridad legal nos es absoluta y surtirá efectos, dice expresamente la norma, en la medida en que ello sea viable. En consecuencia, nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado que podrá dar origen a futuras controversias, debiéndose atender por el órgano jurisdiccional social las circunstancias concurrentes en cada caso, correspondiendo al empresario probar la imposibilidad de aplicar la medida de menor impacto.

SEXTA. A raíz de la reforma de 2021 que concibe al ERTE como una fórmula alternativa y prioritaria al despido, si la causa es temporal, la respuesta empresarial frente a la misma debe tener igual naturaleza, evitando en consecuencia, la adopción de medidas definitivas, lo que redundará, caso de acudirse a medidas extintivas, en la obligación empresarial en sede judicial de probar el carácter estructural y no meramente coyuntural de la causa, correspondiendo, caso de no acreditar tal circunstancia, declarar no ajustado a derecho o improcedente el despido colectivo u objetivo, según sea.

En otras palabras, la reforma laboral de 2021 prioriza la adopción de esta medida de flexibilidad interna ante una situación coyuntural y no estructural, permitiendo, por ende, adoptar medidas de flexibilidad externa cuando no sea posible afrontar la crisis empresarial mediante un ERTE, bien desde un inicio o bien, con posterioridad al devenir en estructural lo que antes era coyuntural o concurrir nuevas y distintas causas estructurales.

SÉPTIMA. De manera encomiable, el nuevo art. 47 del ET, con mejor sistemática que su predecesor, prevé a lo largo de todo el articulado y de manera conjunta las dos medidas empresariales a adoptar, esto es, la reducción de la jornada y/o la suspensión de los contratos de trabajo.

OCTAVA. La no recepción por parte de la reforma laboral de la preferencia otorgada por la normativa de emergencia, en los casos en los que no exista representación de los trabajadores, a la comisión sindical frente a la comisión *ad hoc* atribuyendo la representación, a estos efectos, a unos trabajadores designados, en asamblea, por ellos mismos a las que alude el art. 41.4 del ET comporta, sostenemos, un repliegue generalizado de las comisiones sindicales en las pymes, en detrimento del poder negociador en defensa de los legítimos intereses de los trabajadores.

Quizás el origen pactado de la reforma laboral justifique la no incorporación de esta regla, en particular, por lo que pudiera haber significado recoger en el procedimiento la prioridad o, en su caso, exclusividad de la comisión sindical, y ello no solo por la afectación al propio régimen legal de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, sino por el efecto multiplicador en otros preceptos de flexibilidad interna y externa contemplados en el ET.

NOVENA. Valoramos la inclusión del procedimiento de prórroga de los ERTE ETOP en el régimen ordinario de manera muy favorable en aras de flexibilizar la aplicación de los ERTE ETOP, reconociendo la posibilidad de prórroga con unos plazos comprimidos.

Es más, aunque no sea una realidad generalizada, nótese que la norma no limita el recurso a esta posibilidad, por lo que sostenemos la licitud de la sucesión de prórrogas, condicionada a la persistencia de la causa concurrente, preservando su carácter coyuntural como requisito sustancial del propio ERTE. Por consiguiente, la concurrencia de nuevas causas, aun siendo de carácter temporal, no podrán sustentar la prórroga, sin perjuicio de corresponder al empresario acreditarlas en el trámite procedimental de un, en su caso, nuevo y distinto ERTE.

DÉCIMA. El mecanismo de prórroga de un ERTE ETOP previsto en el art. 47.4 del ET, que es igualmente aplicable a los ERTE vinculados al Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, en cualquiera de sus modalidades, estimamos que adolece de debilidades, ausentes en el previsto por la legislación de emergencia. Entre ellas:

1) Las que pueden derivar de la actuación, en su caso, de las comisiones *ad hoc* atribuyendo la representación, a estos efectos, a unos trabajadores designados por ellos mismos en asamblea a las que alude el art. 41.4 del ET. En nuestra opinión, la regla mantenida por la legislación ordinaria va a derivar, caso de no existir representación de los trabajadores, en una actuación generalizada de las aludidas comisiones *ad hoc* en detrimento de la sindical, con el consiguiente debilitamiento del proceso negociador ya anunciado.

2) Plazo exprés del nuevo periodo de consultas de 5 días sin atender al factor numérico de las plantillas de las empresas.

3) Comunicación a la autoridad laboral ex post del desarrollo del nuevo periodo de consultas desarrollado siendo, en consecuencia, impracticable la solicitud por parte de esta de informe a la ITSS lo que deriva, a nuestro entender, en un menoscabo de las necesarias garantías legales; imprescindibles siempre, y más aún al contar estos ERTE ETOP, así como los ERTE vinculados al Mecanismo RED, en su modalidad sectorial con ahorros sociales a través de exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social, que están condicionados al desarrollo de acciones formativas por parte de las empresas que van ligadas a incentivos económicos que redundan en un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada.

4) La no exigencia del acuerdo logrado en periodo de consultas para posibilitar la prórroga del ERTE, a diferencia del carácter imprescindible con el que los dotó, a estos efectos, la normativa de emergencia.

UNDÉCIMA. Tomando en consideración todas las novedades introducidas por la reforma laboral en los ERTE ETOP, podemos concluir que redundan en dotar a estos ERTE de mayor celeridad y agilidad, facilitando la tramitación, así como en introducir mayor flexibilidad en su aplicación a través de su eventual prórroga, propiciando todo ello un más fácil recurso de esta herramienta, en especial, para las pymes.

DUODÉCIMA. Los aspectos incorporados por la reforma laboral en los ERTE FM contribuyen a una mejor técnica legislativa –así, alude de forma expresa a la reducción de jornada y prevé, en lo sustancial, el procedimiento legal a observar– y conllevan una mayor seguridad jurídica, en particular, para las empresas –incorporando el carácter positivo del silencio administrativo y descartando *stricto sensu* el sistema de prórroga–.

DECIMOTERCERA. La incorporación por parte del RDL 32/2021 a la legislación ordinaria de los ERTE por FM temporal derivada de impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada de la empresa es una reforma de importante calado y valoramos de manera muy positiva esta inclusión, siendo herramientas que proporcionan certeza jurídica, al prever expresamente que la decisión pública –impedidora o limitadora– es un elemento desencadenante de la fuerza mayor temporal, descartando otras consideraciones.

Además, son un mecanismo acelerado y ágil, derivado del carácter potestativo de la solicitud de informe a la ITSS, para adecuar la nueva realidad que deriva de una decisión adoptada por la autoridad pública, permitiendo, según sea, reducir jornada y/o suspender contratos de trabajo.

DECIMOCUARTA. La comunicación de datos complementarios que la empresa debe trasladar a la autoridad laboral apelando a los procedimientos automatizados que incorpora el art. 47.7.b) del ET –como norma común a cualquier ERTE– aporta transparencia a la puesta en práctica del ERTE, dotándola, en consecuencia, de mayor seguridad jurídica.

DECIMOQUINTA. El mecanismo de desafectación y afectación de trabajadores que incorpora la reforma laboral a través del art. 47.7.c) del ET –de nuevo, como norma común a cualquier ERTE– introduce adaptabilidad, y con ello flexibilidad a la

herramienta ERTE ajustándose a las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, potenciando así este instrumento de flexibilidad interna como una herramienta ágil, eficaz y eficiente para las empresas –con independencia de que sean grandes, medianas o pequeñas–, en línea a lo concluido en la primera monografía.

A mayor abundamiento, y teniendo en cuenta el relevante papel asignado por la reforma laboral de 2021 a la contratación indefinida, en general, y al fijo discontinuo, en particular, el mecanismo de la desafectación cobra virtualidad al finalizar la temporada o campaña que originó el llamamiento de estos trabajadores.

DECIMOSEXTA. La cláusula de mantenimiento del empleo que incorpora la reforma laboral perfila las consecuencias que conlleva su incumplimiento, despejando así uno de los aspectos más controvertidos de la cláusula ligada a los ERTE COVID. La cifra –con acierto por las razones expuestas frente al criterio totalizador sostenido por la Dirección General de la ITSS– al reintegro del importe de las cotizaciones del trabajador en concreto respecto del que se haya incumplido la cláusula de salvaguarda del empleo, con el recargo y los intereses de demora correspondiente. De este modo, las empresas podrán, con certeza, cuantificar los perjuicios económicos que conllevan acudir a medidas de flexibilidad externa por devenir en estructural lo que, en principio, era coyuntural y sustentaba el ERTE.

Consideramos que este último criterio clarificador introducido por la reforma, aun cuando no es vinculante para los Tribunales que diriman, en su caso, la regulación de emergencia ligada a la cláusula de salvaguarda del empleo, puede ser criterio coadyuvante en la labor interpretativa a realizar, y valoramos de forma muy positiva que la nueva norma dilucide este importante y discutido extremo presente en la legislación de la pandemia.

DECIMOSÉPTIMA. Las reglas comunes a todos los ERTE previstas en el art. 47.7 del ET, junto a la diversa tipología de ERTE contemplada en el reformulado art. 47 del mismo cuerpo legal nos permiten concluir que la reforma laboral de 2021 ha incorporado, de manera estructural, las medidas extraordinarias y urgentes practicadas con los ERTE COVID.

DECIMOCTAVA. Tras el conocimiento del régimen jurídico del nuevo art. 47 bis del ET incorporado por la reforma laboral, podemos conceptualizar el novedoso y permanente instrumento que el legislador denomina Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo como una herramienta con la que afrontar coyunturas macroeconómicas de carácter general (modalidad cíclica), así como con la que responder a los cambios permanentes de un determinado sector que provocan necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de los trabajadores (modalidad sectorial) al que, tras declaración de tal circunstancia mediante acuerdo del Consejo de Ministros, vincula, en ambos casos, beneficios en materia de Seguridad Social que abaratan los costes sociales, formación dotada con ayudas públicas y una prestación específica de sostenibilidad de empleo, contando para sufragar todo ello con una fuente propia de financiación, denominada Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización.

DECIMONOVENA. Los trabajadores afectados por la aplicación del Mecanismo RED, con independencia de la modalidad de este, cuentan con una nueva y específica prestación que guarda similitud con la de desempleo y, en particular, con la prestación por desempleo que ha regido al amparo de la normativa de emergencia para los ERTE COVID.

VIGÉSIMA. En la modalidad sectorial del Mecanismo RED, los interlocutores sociales tienen una iniciativa reconocida, que aun limitada, les favorece desempeñar un importante papel en la etapa post-COVID en la que muchos sectores de actividad tendrán que desafiar procesos llamados de reconversión industrial que vienen auspiciados por los procesos de transición digital, ecológica y energética. Es más, el aludido papel viene reforzado al reconocerles la norma, transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED en su modalidad sectorial que, junto al Gobierno, realicen una valoración y analicen la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social a fin de favorecer la transición profesional de los trabajadores afectados por el citado Mecanismo RED en el futuro.

VIGESIMAPRIMERA. Los ERTE vía art. 47 del ET no son concebidos como instrumentos incompatibles con los ERTE a los que resulte de aplicación el Mecanismo RED, en su modalidad cíclica o sectorial, sino que, por el contrario, son complementarios.

Así, una vez activado el Mecanismo RED, las empresas incluidas no van a contar con obstáculo alguno para que, en su caso, puedan llevar a cabo medidas de reducción de jornada y/o suspensión de contratos de trabajo siguiendo, en esta ocasión, los procedimientos ordinarios recogidos, y analizados, en el reformado art. 47 del ET.

Además, el art. 47 del ET es un instrumento jurídico permanente sin distinción de sector ni supeditación a activación alguna ni a circunstancias ajenas a la empresa concreta, pudiendo esta, por ende, acudir al mismo atendiendo a sobrevenidas causas coyunturales.

VIGESIMASEGUNDA. La reforma laboral, junto a establecer un nuevo marco jurídico en torno a los ERTE, introduce vía LISOS un reforzado régimen de control y sanción en torno a los ERTE que contribuirá a evitar una utilización abusiva y fraudulenta de estas herramientas, que viene fortalecida, además del acceso a procedimientos automatizados, por un elenco importante de preceptos, incorporados igualmente por el RDL 32/2021, que asignan a la ITSS –con el auxilio del SEPE y de la TGSS– importantes cometidos en aras de evitar una mala praxis de esta relevante y fortalecida herramienta de flexibilidad interna.

Todos estos importantes nuevos cometidos, de los que derivarán las correspondientes actuaciones por parte de la ITSS, requieren una imprescindible dotación de recursos, económicos y humanos, de la referida institución, así como la planificación de objetivos estratégicos a fin de combatir la eventual utilización fraudulenta de la propia herramienta y de las medidas que, en su caso, –a veces, de manera voluntaria y otras, al contrario, obligatoria– llevan asociadas los ERTE (v. gr. exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social; cumplimiento de las actividades formativas, así como de la certeza de las declaraciones responsables relativas al

compromiso de la empresa de llevarlas a buen término; disfrute indebido de prestaciones por desempleo vinculadas a ERTE ordinarios o de prestaciones específicas de mantenimiento de empleo asociadas al Mecanismo RED).

VIGESIMATERCERA. La regla de impedir la afectación combinada sobre un mismo trabajador de ambas medidas, esto es, reducción de su jornada o suspensión de su contrato es, en nuestra opinión, un importante factor de rigidez de los ERTE vinculados al Mecanismo RED que está ausente en los ERTE ordinarios vía art. 47 del ET.

VIGESIMACUARTA Y ÚLTIMA. Por todo, concluimos que la reforma laboral potencia a los ERTE, tanto a los ordinarios vía art. 47 del ET como a los que resulte de aplicación el Mecanismo RED vía art. 47 bis del mismo cuerpo legal, como mecanismos permanentes de flexibilidad interna centrados en la formación, incluyendo las vinculadas a la adquisición de competencias digitales, y la recualificación de los trabajadores afectados por el ERTE, a fin de mejorar las competencias profesionales y la empleabilidad de estos, previendo la financiación de las acciones formativas desplegadas por las empresas con estos fines, y a los que además anuda de forma permanente, con la consiguiente cláusula de salvaguarda del empleo, una rebaja de costes laborales en aras de contribuir al mantenimiento del empleo y, como premisa previa, a la viabilidad del tejido productivo.

Tras exponer los resultados/conclusiones correspondientes a la monografía sobre los ERTE del siglo XXI, consideramos de especial relevancia dedicar un apartado a describir el escenario socioeconómico que toca afrontar y, derivado de ello, el papel que están llamados a desempeñar los ERTE post-COVID.

MOMENTO ACTUAL Y PERSPECTIVAS FUTURAS. Coetánea a la pandemia originada en marzo de 2020 ha surgido una nueva realidad, con repercusión en la actividad económica, derivada de los altos costes del gas, la electricidad y los combustibles –con directa repercusión en los costes empresariales y en pérdida de poder adquisitivo de los salarios–, junto a problemas en la logística que han originado el desabastecimiento de materias primas y componentes, con reflejo todo ello en la propagación de la inflación.

Los mencionados fenómenos, lejos de disolverse, han ido acrecentándose por el impacto del conflicto bélico en Ucrania del que han emanado otros, como la reducción de la oferta de cereales con su correspondiente efecto en la industria agroalimentaria o la reducción de la demanda de bienes y servicios en empresas propiciada por la inestabilidad económica. Como respuesta a lo anterior, se promulgó el RDL 6/2022 cuyo rótulo “*por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania*” refleja la realidad descrita.

La citada norma impacta en determinados ERTE vía art. 47 del ET, estableciendo desde su entrada en vigor, el día 31 de marzo de 2022, en el art. 44.2º una regla complementaria, de carácter coyuntural y extraordinario –sin fijación previa de hasta cuándo, conociéndose su carácter, pero no su entidad– que, posteriormente es mantenida, en idénticos términos, por el RDL 11/2022–. En particular, exige la norma la

conurrencia de tres premisas, cuales son: 1) Empresas en ERTE vía art. 47 del ET. 2) Que las causas sustentadoras del ERTE estén relacionadas con la invasión de Ucrania. 3) Que las empresas sean beneficiarias de apoyo público. En estos casos, tendrá virtualidad la limitación que viene formulada en los siguientes términos: las empresas no podrán utilizar las causas relacionadas con la invasión de Ucrania que fundamentan el ERTE para realizar despidos.

La regla introducida va a generar controversias derivadas de los términos utilizados, en concreto, de un lado, “*causas relacionadas con la invasión de Ucrania*” y, de otro, empresas beneficiarias de “*apoyo público*”; elementos ambos que adolecen de delimitaciones precisas.

Sostenemos que, en todo caso, “*apoyo público*” comprende:

- ❖ Las exenciones a las que se acojan las empresas de manera voluntaria, en las cuantías y condiciones fijadas en la disp. adic. cuadragésima cuarta de la LGSS.
- ❖ También engloba el incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada en las cuantías y condiciones recogidas en el apdo. 7 del art. 9 de la Ley 30/2015, supeditado al desarrollo por parte de la empresa de acciones formativas con los parámetros establecidos en la nueva disp. adic. vigesimoquinta del ET; acciones formativas estas imprescindibles para que las empresas en ERTE ETOP puedan acceder a la exención cuantificada en un 20%.
- ❖ Asimismo, abarca cualquier ayuda directa prevista en el propio RDL 6/2022 – ahora, RDL 11/2022– de la que sea beneficiaria la empresa en ERTE sustentado en causas relacionadas con la invasión de Ucrania en la hipótesis, poco probable, de que no haya accedido a exenciones e incremento de crédito para la formación.

A mayor abundamiento, la nueva disposición carece de la calificación jurídica expresa del eventual despido que se produzca pese a la prescripción legal, suscitando, en consecuencia, idéntica controversia a la originada durante la aplicación de la normativa de emergencia por aquella otra prevista en el art. 2 del RDL 9/2020, más tarde Ley 3/2021, en vigor hasta el pasado 31 de marzo de 2022, que ha originado un amplio debate doctrinal con reflejo en distintos pronunciamientos de los TSJ –manteniendo mayoritariamente, ambos, la improcedencia del despido– pendiente de resolución por parte del TS que *obiter dicta* sostiene, en la sentencia, dictada en Pleno, núm. 168, de 22 de febrero de 2022, de 22 de febrero, recurso núm. 232/2021 (ECLI:ES:TS:2022:794) –ya citada en la Memoria–, que la empresa que alegue y pruebe, transcurrido un tiempo desde la irrupción de la pandemia, la naturaleza estructural de la causa que, en principio, era coyuntural, podrá adoptar medidas de flexibilidad externa sin conculcar la prescripción del citado art. 2 del RDL 9/2020, más tarde Ley 3/2021.

Si la pandemia fue un importante escenario para la normativa extraordinaria en torno a los ERTE COVID, cuyo aval tiene asegurado, este otro –el previo a la invasión de Ucrania junto al derivado de ella, que cuenta, a nuestro entender, con aristas más diversas y complejas– no es menor para el reformado y fortalecido art. 47 del ET, así

como para la implementación del nuevo Mecanismo RED, bien su modalidad sectorial que recoge el art. 47 bis.1.b) del ET para concretos sectores que requieran de cambios permanentes, incididos por las repercusiones del conflicto bélico, que provocan necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de los trabajadores, así como en su modalidad cíclica vía art. 47 bis.1.a) del ET caso de provocar en meses el citado fenómeno una crisis macroeconómica de profundo calado.

IV. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

Con el objeto de contribuir a mejorar la regulación ofrecida por el ordenamiento jurídico laboral respecto a las materias estudiadas y analizadas, en la mayor parte de los trabajos reagrupados están perfiladas proposiciones a este fin.

En el presente apartado recogemos las esbozadas.

En la segunda publicación, **el capítulo independiente, rotulado “Vacaciones y permisos retribuidos recuperables”, de una monografía colectiva titulada “Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID-19”, AA. VV., José Manuel Gómez Muñoz (Editor) y M.^a José Rodríguez Ramos (Coordinadora), 1.º ed., Albacete, Ed. Bomarzo, 2021**, sosteníamos que aun cuando nos encontrábamos ante una materia excepcional y temporal que no contaba con una recepción por parte del ordenamiento jurídico laboral con vocación de permanencia, creíamos acertado traer a colación, tras el estudio concluido, aquellos aspectos de mejora que pudieran ser tomados en consideración en el caso, no deseable, de acudir, nuevamente, a la implementación de esta singular institución, así como en lo que resulte trasladable a los mecanismos de recuperación de PRR adoptados en el ámbito de una empresa.

En concreto, ponemos el acento en tres lagunas. A saber:

En primer lugar, la lista de actividades, expresamente excluidas por el RDL 10/2020 y por la Orden SND/307/2020, 30 de marzo, que establece criterios interpretativos de aplicación, es incompleta, debiendo haber contado con una mención expresa a los trabajadores en vacaciones, en todo o en parte, coincidente con el arco temporal delimitado por los PRR.

En segundo lugar, el art. 3 del RDL 10/2020, que diseña el mecanismo de recuperación de las horas de trabajo durante el permiso retribuido, ha debido incluir, junto al respeto de los descansos mínimos, diario y semanal previstos en la ley y en el convenio colectivo, el referido al descanso mínimo anual establecido en la ley y, en su caso, en el convenio colectivo, fruto de la naturaleza indisponible de este derecho fundamental, evitando en consecuencia, praxis no ajustadas a derecho.

Y, finalmente, la norma reseñada ha podido optar por incluir la prohibición expresa de imputar a vacaciones todas o una parte de las horas de trabajo correspondientes a los PRR, ofreciendo así seguridad jurídica, evitando en consecuencia, litigiosidad y salvaguardando la institución de las vacaciones que goza de una especial protección ligada a la seguridad y salud en el trabajo.

En la **primera monografía, que lleva por rúbrica “Expediente de regulación temporal de empleo: instrumento recurrente ante la COVID-19”. 1.ª ed., Albacete. Ed. Bomarzo, 2021**, publicada en mayo, afirmábamos que el recurso generalizado de este instrumento jurídico durante este largo año propiciaba una experiencia exclusiva que debía redundar en una mejora de los ERTE. En esta línea, estimábamos que este aprendizaje, con los ajustes necesarios, debía ser trasladado e incorporado a la regulación jurídica ordinaria siendo, en tiempos que se anunciaban cercanos, la elaboración del proclamado nuevo Estatuto de los Trabajadores una gran oportunidad para abordar y valorar esta cuestión. Ello justifica que, finalmente, el estudio incluya

unas medidas que contribuyan a consolidar los ERTE como un mecanismo que se perpetúe en el escenario post-COVID.

Así, a modo de *lege ferenda*, anunciábamos las siguientes:

– Trasladar el esquema de los antiguos expedientes de regulación de empleo a los ERTE, de manera que sea el criterio numérico el factor determinante para el seguimiento obligatorio del trámite.

– Fijar en el ámbito de los ERTE la distinción legal, de aplicación en los despidos colectivos, según la cual, rigen distintos plazos máximos para el trámite del periodo de consultas atendiendo a la plantilla de la empresa. Así, para los ERTE podría configurarse un periodo de consultas con los RLT de una duración no superior a quince días, o de siete en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores.

– Otorgar preferencia legal a la comisión sindical, en el caso de que no exista representación de los trabajadores, teniendo carácter subsidiario la comisión *ad hoc* – que tantas críticas ha suscitado– a la que alude el art. 41.4 del ET.

– Prever la posibilidad de prórroga de un ERTE ETOP siempre que exista acuerdo en periodo de consultas con los RLT, así como el traslado de esta a la autoridad laboral receptora de la comunicación final del expediente inicial.

– Contemplar la posibilidad de que en determinadas circunstancias, debidamente acreditadas, la decisión empresarial de acudir a un ERTE ETOP pueda tener efectos retroactivos.

– Introducir, durante la aplicación de un ERTE, la prohibición de: 1) Realizar horas, tanto extraordinarias, salvo que sean de fuerza mayor, como complementarias. 2) Establecer nuevas externalizaciones de la actividad. 3) Concertar nuevas contrataciones, sean directas o indirectas. Todo ello con las excepciones y en los términos recogidos en la normativa extraordinaria, siendo preciso la tipificación de las eventuales infracciones de los mencionados límites en la LISOS.

La incorporación al régimen jurídico común de los ERTE de todas o, al menos, de algunas de las líneas trazadas contribuirá –sosteníamos– a convertir a los ERTE en un mecanismo jurídico que:

– En primer lugar, responda a las necesidades del siglo XXI, con sus nuevas realidades que inciden de forma directa en las relaciones laborales.

– En segundo lugar, constituyan una alternativa real a los ajustes de mano de obra por la vía –tan usual en nuestro sistema de relaciones laborales– de extinciones de la contratación temporal, en general, y despidos, en particular.

Y, concluíamos seguidamente, esto es, que funcionen como lo que son: una medida de flexibilidad interna. Siendo así una herramienta ágil, eficaz y eficiente para las empresas –con independencia de que sean grandes, medianas o pequeñas–.

Finalmente, aun cuando no en el escenario anunciado, lo cierto es que buena parte de las medidas implementadas con los ERTE COVID han sido, a nuestro criterio de forma muy acertada, incorporadas con carácter ordinario y permanente por la reforma laboral de 2021, que es objeto de análisis en la última monografía reagrupada.

En la última publicación aportada consistente en una nueva **monografía, titulada “ERTE del siglo XXI: mecanismos permanentes de flexibilidad interna centrados en la formación, recualificación y la transición profesional”. 1.ª ed., Valencia. Colección Laboral. Ed. Tirant lo Blanch, 2022**, la elaboración de las conclusiones extraídas de la investigación finalizada nos ha permitido formular las correspondientes críticas a la nueva regulación de los ERTE resultante de la reforma de 2021, que desembocan, a fin de mejorarla, en propuestas de *lege ferenda*. Entre ellas destacamos las que siguen:

1. Establecer como interlocutor en el periodo de consultas, preceptivo tanto en los ERTE ETOP, vía art. 47 del ET como en los ERTE derivados del Mecanismo RED, en ambas modalidades, vía art. 47 bis del mismo cuerpo legal, la preferencia legal, en el caso de que no exista representación de los trabajadores, por la comisión sindical teniendo, en consecuencia, carácter subsidiario la comisión *ad hoc* atribuyendo la representación, a estos efectos, a unos trabajadores designados, en asamblea, por ellos mismos a las que alude el art. 41.4 del ET, y ello por las razones expuestas en la presente Memoria.
2. Mejorar aspectos relativos a la formación prevista en la disp. adic. decimoquinta del ET, preceptiva para que las empresas acogidas a ERTE ETOP, vía art. 47 del ET y ERTE vinculados al Mecanismo RED en su modalidad sectorial, vía art. 47.bis.1.b) del mismo cuerpo legal puedan acceder a las correspondientes exoneraciones contempladas en la disp. adic. cuadragésima cuarta de la LGSS. Los extremos postulados, en aras de prestar una acción formativa en plazo y de calidad, son: 1) Un plazo máximo, fijado en meses, para la prestación efectiva de las acciones formativas desde que finalice el ERTE y no dejar este extremo *sine die*. 2) Un mínimo de horas en función de la plantilla de la empresa, incluyendo a las que tengan menos de 10 trabajadores. 3) La obligación de la empresa de informar a los RLT sobre las acciones formativas propuestas (cumplimentada esta obligación, en los ERTE vinculados al Mecanismo RED en su modalidad sectorial, a través del plan de recualificación).

Las previsiones señaladas redundarían, a nuestro entender, en “*la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad*” de los trabajadores afectados por el ERTE tal como exige la nueva disp. adic. vigesimoquinta, en el párrafo 1º *in fine* del ET.

3. Fortalecer el procedimiento de prórroga de los ERTE ETOP a fin de salvar las debilidades que, a nuestro juicio, puede presentar el mecanismo de prórroga incorporado por la reforma laboral de 2021, aplicable a los ERTE ETOP vía art. 47 del ET y a los ERTE vinculados al Mecanismo RED, en ambas modalidades, vía art. 47 bis del citado cuerpo normativo.

4. Recepción expresa en el articulado de la ley de la preferencia de los ERTE frente a medidas extintivas, que constituye un eje vertebrador de la reforma laboral de 2021; en concreto, en el apdo. 7 del art. 47 del ET que recoge reglas comunes a todos los ERTE post-COVID, esto es, vías arts. 47 y 47 bis del ET.
5. Reformular qué debe entenderse por causas ETOP, despejando vaguedades que han sido objeto de fuertes críticas, tanto por la parte social como por un numeroso sector de la doctrina laboral desde su versión última operada por la Ley 3/2012; en particular, la causa económica, contribuyendo, de este modo, a dar mayor certeza jurídica.

Finalmente, aunque en su momento sosteníamos, en la primera monografía, como propuesta de *lege ferenda* “*Trasladar el esquema de los antiguos ERE a los ERTE, de manera que sea el criterio numérico el factor determinante para el seguimiento obligatorio del trámite*”, en la actualidad, ante el nuevo régimen jurídico en torno a los ERTE incorporado por la reforma laboral de 2021, a los que liga, de forma ordinaria y permanente, importantes ayudas públicas, estimamos adecuado y pertinente mantener esta figura como una *rara avis* dentro de los mecanismos de flexibilidad interna y externa por razones ETOP configurados en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

V. PROPUESTAS DE ACTUACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

La primera publicación, a saber, el artículo titulado *“Momento del disfrute de las vacaciones y Covid-19”*, publicado en *Revista Derecho de las Relaciones Laborales* núm. 10, noviembre 2020, Ed. Francis Lefebvre, finaliza con un apartado, rotulado *“Nuevos horizontes para los interlocutores sociales”* que recoge distintas líneas de actuación de los mencionados sujetos para hacer frente a los cambios COVID y post-COVID.

Así, recogemos hasta cuatro medidas que pueden plantearse en las futuras mesas de diálogo/negociación, contribuyendo así, vía convenio colectivo, a la regulación de estas nuevas realidades.

Las citadas medidas son:

1. Alteración por acuerdo de empresa en supuestos de confinamiento.

Así, los convenios colectivos pueden prever la alteración de los días de vacaciones atendiendo al factor sobrevenido de solapamiento del momento de disfrute previamente asignado y un confinamiento de la población, con las limitaciones de movilidad que conllevan y que, sostenemos, hacen impracticable el disfrute efectivo y pleno de las vacaciones anuales por parte del trabajador afectado.

2. Modificación por el trabajador del momento de disfrute por coincidencia con periodo de confinamiento.

Asimismo, pueden contemplar el derecho del trabajador a alterar el momento de disfrute de las vacaciones, anticipadamente asignado, previa petición fundada y basada en el solapamiento del momento de disfrute originario con un confinamiento de la población, con las consecuencias expresadas en el apartado correspondiente de esta Memoria, que damos por reproducidas.

3. Aislamiento o contagio sobrevenidos al periodo de disfrute.

Cabe pactar, por la vía del convenio colectivo, determinados supuestos que den lugar a la interrupción de las vacaciones que vinieran disfrutando los trabajadores y que solapen en el tiempo con una no deseable evolución de la pandemia y sus eventuales rebotes, todo ello, con afectación, directa o indirecta, de la persona en vacaciones. Nos referimos a aquellas situaciones que no desembocan en una incapacidad temporal (en adelante, IT) del trabajador –podríamos denominar, ordinaria–, pero que, sin duda, repercuten en el disfrute pleno y efectivo de sus vacaciones anuales. En concreto, aludimos a los casos expresamente contemplados en el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE núm. 62, de 11 de marzo; en adelante, RDL 6/2020). Así, la citada norma contiene un artículo quinto, rotulado *“Consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento, contagio o restricción en las salidas del municipio donde*

tengan el domicilio o su centro de trabajo las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19”.

Dispone el apdo. primero del aludido art. 5 del RDL 6/2020 que tendrán la consideración, con carácter excepcional, de situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de IT del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de los trabajadores provocados por el virus COVID-19, salvo prueba de que el contagio de la enfermedad tiene causa exclusiva en la realización del trabajo en los términos del art. 156 de la LGSS considerándose, en consecuencia, accidente de trabajo. Esta exclusividad de efectos, entendemos, impide aplicar a estos concretos supuestos la jurisprudencia del TJUE relativa a que un trabajador tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el periodo de IT sobrevenida durante el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas.

Por lo expuesto, puede el convenio colectivo ser el instrumento jurídico que extienda a estos periodos de aislamiento o contagio por el virus COVID-19 de un trabajador que se encuentre disfrutando de sus vacaciones anuales lo sostenido por el TJUE y, en consecuencia, prever la interrupción del disfrute de estas y la posterior reanudación del cómputo y, con ello, el disfrute pleno y efectivo de las vacaciones anuales retribuidas devengadas por el trabajador.

4. Aislamiento o contagio coetáneos con la fecha previamente asignada.

Distinto a lo anterior son aquellos casos, en los que un trabajador se encuentre en situación de IT llegado el periodo de vacaciones anuales fijado previamente. Estas circunstancias, en la actualidad, están expresamente contemplados en nuestro ordenamiento jurídico laboral, en concreto, en el art. 38.3, párrafos 2º y 3º del ET. Ciñéndonos a la IT, ambos párrafos tienen una regla común, cual es que el trabajador tiene derecho a disfrutar sus vacaciones anuales en un periodo distinto al de esta.

De nuevo aquí, tienen cabida los argumentos y razonamientos que hemos desgranado en el párrafo anterior que, en aras de la brevedad, damos por reproducidos. Por consiguiente, postulamos que los convenios colectivos pueden establecer que en los supuestos de aislamiento o contagio coetáneos con la fecha previamente asignada – salvo prueba de que el contagio de la enfermedad tiene causa exclusiva en la realización del trabajo, en cuyo caso será calificado como accidente de trabajo– el trabajador tiene derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de los citados aislamiento o contagio. Finalmente será, también, tarea de los interlocutores sociales consensuar un concreto plazo dentro del cual el trabajador haga efectivo el citado derecho de origen convencional.

Concluida la presentación de las medidas, con independencia de otras, podemos afirmar que las cuatro reglas convencionales propuestas dotarían al régimen jurídico de las vacaciones de certeras respuestas jurídicas con las que hacer frente a las incidencias que puedan derivarse de la situación acaecida con la llegada inesperada de la pandemia, u otro supuesto excepcional de análoga naturaleza.

Finalmente, el apartado último del trabajo que estamos considerando recoge dos aspectos a abordar igualmente por la negociación colectiva que, aun cuando no guardan una conexión directa con las vacaciones, están justificados en las nuevas regulaciones jurídicas acaecidas.

El primero refiere un caso no hipotético y de obligado cumplimiento. Así, la negociación colectiva debe llevar a cabo la concreción de aspectos fundamentales que complementen la regulación reciente del trabajo a distancia, que ha tenido lugar mediante el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia [BOE núm. 253, de 23 de septiembre; que será más tarde la Ley 10/2021, de 9 de julio (BOE núm. 164, de 10 de julio)]. Ilustra esta tarea de los interlocutores sociales que estamos reclamando que la normativa señalada haga un llamamiento expreso a la negociación colectiva a fin de aportar los ingredientes necesarios de flexibilidad en la regulación del trabajo a distancia, y del teletrabajo como forma de este.

En segundo lugar, aludiendo a la figura que ha sido objeto de estudio en la segunda publicación, sustentamos que no hay obstáculo legal alguno para que el texto convencional contemple supuestos concretos de PRR con origen en situaciones sobrevenidas, como la propia evolución de la pandemia y eventuales rebrotes. Los citados PRR, de pactarse, complementarán la distribución irregular de jornada de trabajo prevista, en su caso, en el propio convenio colectivo. Concluimos que ambos instrumentos proporcionarán a las empresas un mecanismo de flexibilidad interna, siempre encomiable y, especialmente, necesario en el contexto derivado de la pandemia.

VI. EVENTUALES FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN.

Las conclusiones obtenidas resultan determinantes para abrir nuevas y futuras líneas de investigación.

Entre ellas, sin ánimo de agotar todas las posibles, destacamos las siguientes:

1. Estudio y análisis de los problemas aplicativos e interpretativos del Mecanismo RED sectorial activado en las agencias de viaje, acusados con un desarrollo reglamentario transitorio, así como indagar en los datos estadísticos reveladores de la mayor o menor implementación del citado Mecanismo RED sectorial activado en el sector de las agencias de viaje o, en su caso, el recurso por parte de las empresas del mencionado sector a los ERTE ordinarios vía art. 47 del ET –en particular, a los ERTE ETOP–.

2. Conocer el desarrollo reglamentario pendiente. Así:

De un lado, téngase en cuenta que el RD 1483/2012, en la parte que afecta a los procedimientos de reducción de jornada y suspensión de contratos, aún no ha sido modificado. Ahora bien, la nueva redacción legal incorporada por la reforma laboral de 2021 significará una derogación tácita de ciertas previsiones de la norma reglamentaria; en particular, y referidos a los ERTE ETOP, en todo aquello que implique en la redacción actual contenida en el aludido desarrollo reglamentario alteraciones (*v. gr.*, plazos distintos para el periodo de consultas), supresiones (*v. gr.*, la no necesidad de que la autoridad laboral dé traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo) y, en su caso, incorporaciones (*v. gr.*, posibilidad de prorrogar los aludidos ERTE). Igualmente, es necesario adaptar el desarrollo reglamentario a las novedades incorporadas en los ERTE FM vía art. 47.5, así como las especialidades que presentan los nuevos ERTE por IMPEDIMENTO o LIMITACIÓN vía apdo. 6 del mismo precepto.

De otro lado, está pendiente el desarrollo reglamentario del nuevo art. 47 bis del ET que cuenta, actualmente, con uno transitorio, autoproclamado subsidiario de aquel. El mencionado art. 47 bis del ET alude expresamente al desarrollo, vía reglamento, de los procedimientos a seguir, de un lado, por las empresas que decidan voluntariamente acogerse a ERTE vinculados al Mecanismo RED y, de otro lado, para solicitar y reconocer el derecho a la prestación específica ligada al Mecanismo RED, denominada prestación de sostenibilidad de empleo. Finalmente, alude al desarrollo reglamentario del propio Fonde RED.

3. La regla prevista, en principio, en el art. 44.2º del RDL 6/2022, ahora recogida, en los mismos términos, en el art. 44 del RDL 11/2022, según la cual las empresas, en ERTE vía art. 47 del ET sustentados en causas relacionadas con la invasión de Ucrania y beneficiarias de apoyo público, no podrán utilizar las causas relacionadas con la citada invasión, sustentadoras del ERTE, para realizar despidos.

Resulta de interés analizar el recorrido judicial que devendrá de la calificación del eventual despido, en paralelo a lo acontecido con el art. 2 del RDL 9/2020, más tarde Ley 3/2021 que, en la actualidad, continúa necesitando la interpretación última del Alto

Tribunal a fin de zanjar la importante controversia suscitada en torno a esta misma cuestión.

4. Abordar las actuaciones llevadas a cabo por la ITSS en todo lo relativo a los ERTE post-COVID, acudiendo para ello a los datos que la propia institución aporta.

En particular, hacer un seguimiento de aspectos de interés como: 1) El grado de incumplimiento de las nuevas limitaciones incorporadas por la reforma laboral en todo tipo de ERTE. 2) Incumplimiento por parte de las empresas de la cláusula de mantenimiento del empleo. 3) Incumplimiento de la formación en los términos fijados en la disp. adic. vigesimoquinta del ET.

5. Seguimiento de la implementación del procedimiento de prórroga en los supuestos de ERTE ETOP y ERTE vinculados al Mecanismo RED, en cualquiera de sus modalidades, así como analizar los problemas que susciten su aplicación.

6. Estudiar la aplicación práctica, con las controversias que puedan derivarse, de la preferencia legal prevista en el art. 47.7.a), párrafo 2º del ET, formulada en los siguientes términos: *“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”*.

7. Analizar el recorrido judicial de la concepción del ERTE como una fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones.

VII. CONCLUSIONES GENERALES.

Culmina el índice de esta Memoria, con unas **CONCLUSIONES GENERALES** deducidas de las aportaciones que conforman el compendio de publicaciones, que responden a los objetivos, del mismo carácter, que cohesionan el presente proyecto de tesis doctoral.

PRIMERA. Las tres instituciones estudiadas y analizadas contribuyen a romper la práctica común de nuestro sistema de relaciones laborales de afrontar los ajustes de plantilla por la vía de las extinciones, en general, y de los despidos, en particular.

SEGUNDA. Los ERTE, los PRR y el disfrute de las vacaciones convergen en la consecución de cuatro objetivos: la limitación de la población y, por ende, de gran parte de la actividad productiva; y mantener las empresas y, con ello, preservar el empleo. Objetivos los descritos que son palanca para mitigar los efectos negativos que hubieran derivado de la pandemia de no terciar medidas del alcance de las analizadas.

TERCERA. En las tres instituciones objeto de estudio tiene un impacto directo la pandemia. En el disfrute de las vacaciones forzando su régimen jurídico; acudiendo *ad hoc* a los PRR con una proyección y puesta en práctica puntual y, en consecuencia, de limitada vigencia; y, finalmente, con los ERTE, flexibilizando y agilizando los pre-COVID de forma coyuntural al principio (derivando en los ERTE COVID) y, posteriormente, a raíz de la reforma laboral de 2021, reformulándolos –modificándolos y ampliándolos– con carácter permanente, consolidándose en su régimen jurídico buena parte de las reglas, en principio, coyunturales adoptadas durante la pandemia (impulsando los ERTE post-COVID), vía reformado art. 47 del ET e, incluso, innovando, con unos extraordinarios ERTE vinculados al Mecanismo RED, vía recién incorporado art. 47 bis del ET.

CUARTA Y ÚLTIMA. En el estudio realizado han desempeñado o están llamados a desplegar un papel preponderante los RLT. Así, atendiendo a un nivel de intensidad creciente, podemos mencionar:

- Algunos convenios colectivos contemplan, ocasionalmente, el acuerdo entre la empresa y los RLT a fin de establecer el calendario vacacional, que deberá reflejar y respetar la planificación diseñada en la propia norma.

- Prever el RDL 10/2020, más tarde Ley 4/2021, como instrumento obligatorio y preferente para establecer la recuperación de los PRR el periodo de consultas entre la empresa y los RLT.

- La intervención que han realizado y cuya labor mantienen en los ERTE ETOP. Así, el periodo de consultas estaba previsto en los ERTE pre-COVID ETOP; manteniéndose en los ERTE COVID ETOP, con el añadido de una posible prórroga condicionada al acuerdo logrado en periodo de consultas; y finalmente, permaneciendo el trámite inicial en los ERTE post-COVID ETOP, junto a la eventual prórroga tras evacuar un nuevo periodo de consulta exprés, finalice o no con acuerdo.

- El cometido asignado en los extraordinarios ERTE vinculados al Mecanismo RED, con independencia de su modalidad, tanto en el trámite del preceptivo periodo de consultas como, en su caso, en las eventuales prórrogas.

Por último, como colofón de esta Memoria, la irrupción de la COVID-19, su evolución y los eventuales rebrotes han perfilado nuevos escenarios, sin precedentes, a los que se añaden otros nuevos derivados de las repercusiones económicas y sociales de la invasión de Ucrania que, aventuramos a presagiar, impulsarán la implementación de nuevas fórmulas, legales y convencionales, con las que hacerles frente, contribuyendo así a potenciar y valorar, en sus justos términos, el papel primordial del Derecho del Trabajo como instrumento vertebrador e integrador de las relaciones laborales con proyección en la sociedad, en su conjunto.

LISTADO DE SENTENCIAS APORTADAS EN LA MEMORIA

Citadas en la publicación correspondiente al capítulo independiente rotulado “*Vacaciones y permisos retribuidos recuperables*”, de una monografía colectiva titulada “*Nuevos escenarios del sistema de relaciones laborales derivados del COVID-19*”, AA. VV., José Manuel Gómez Muñoz (Editor) y M.^a José Rodríguez Ramos (Coordinadora), 1º. ed., Albacete, Ed. Bomarzo, 2021.

TRIBUNAL SUPREMO.

- Sentencia del TS, de Pleno, núm. 167, de 18 de febrero de 2022, recurso de casación para unificación de doctrina núm. 275/2021 (ECLI:ES:TS:2022:897).

AUDIENCIA NACIONAL.

- Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 30, de 26 de febrero de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:620).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

- Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha núm. 1727, de 12 de noviembre de 2021, recurso núm. 1680/2021 (ECLI:ES:TSJCLM:2021:2889).

- Sentencia del TSJ de Galicia, de 26 de abril de 2021, recurso núm. 45/2020 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:2711).