

EL SISTEMA RED DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

1. Ámbito del sistema y finalidad

Uno de los objetivos centrales de la reforma laboral de 2021 es el de situar los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) como los protagonistas por excelencia de los procesos de reestructuración empresarial, desplazando a los despidos colectivos a un papel secundario o de última alternativa. Cada institución laboral constituye una pieza de un puzle completo, de modo que mover ficha en una institución puede arrinconar el espacio de otra que no se modifica. Esto es lo que puede suceder con el impulso decisivo a los ERTE, que pretenden convertirse en el instrumento por antonomasia para afrontar los escenarios individualizados o generalizados de crisis empresariales futuras. Esta centralidad de los ERTE se pretende con un reforzamiento de los tradicionales, pero sobre todo con la creación del sistema RED de regulación temporal de empleo (art. 47 bis ET y normativa complementaria).

La experiencia acumulada y los resultados positivos provocados por el uso generalizado de los ERTE con ocasión de la pandemia han extendido la idea de que era oportuno establecer un mecanismo potente y de presencia permanente en nuestro modelo institucional de respuesta a situaciones globales de excedentes de empleo que se vislumbran como de carácter temporal. Ello es precisamente lo que se ha pretendido con la introducción del como mecanismo RED calificado oficialmente como de “flexibilidad y estabilización del empleo”. Con independencia de que hasta el presente las situaciones de sobredimensionamiento empresariales de empleo se podían deber a un escenario económico más amplio de carácter sectorial o macroeconómico general, los procedimientos de reestructuraciones em-

presariales (fuesen de modificación de condiciones, de descuelgue de convenio colectivos, de transmisión de empresa, de suspensión contractual o de despidos colectivos) eran objeto de actuación aislada respecto de cada empresa individualmente considerada. Manteniéndose este procedimiento de actuación concreta en cada empresa respecto de sus particulares situaciones de empleo, vía también regulación temporal de empleo, que ahora denominaremos ordinaria (art. 47 ET), lo que de novedoso tiene el mecanismo RED es que parte de actuar sobre cada empresa a partir de una previa situación más generalizada, global en el ámbito de un sector productivo o general del conjunto de la actividad económica, que es, a la postre, la determinante de la necesidad de adoptar medidas de reestructuración en cada empresa. Así pues, el elemento determinante del sobredimensionamiento del empleo empresarial no se debe a circunstancias intrínsecas y propias de cada empresa, sino del contexto general (sectorial o macroeconómico) en el que se desenvuelven éstas.

En estos términos, este sistema pretende, bajo una primera modalidad, hacer frente a los momentos depresivos del ciclo económico que, en términos de crisis económica general, provoquen dificultades empresariales que, a su vez, supongan escenarios de excedentes de personal en las diferentes empresas afectadas por ese panorama macroeconómico negativo. Al propio tiempo, de forma complementaria, bajo una segunda modalidad, se pretende hacer frente a procesos de lo que en el pasado denominaríamos “reconversión industrial”, en el sentido de que se trata de atender a escenarios de necesidad de reestructuración global de un concreto sector productivo o varios de ellos, que requieran de procesos de reciclaje profesional de los trabajadores integrados en dichos sectores, pero sin perspectivas de continuidad de sus empleos de no proceder a estos procesos de recualificación profesional. Conviene llamar la atención sobre el hecho de que respecto de esta otra modalidad se atiende a situaciones en los que se aprecien cambios “permanentes”, en términos tales que, incluso para panoramas de claro sesgo estructural y no meramente coyuntural, se pretende el uso de los mecanismos de regulación temporal de empleo, por cuanto que se estima que los mismos pueden ser suficientes para superar la situación de dificultad de empleo que se constata. En definitiva, mientras que en el pasado los ERTE, como medida temporal sólo se podían utilizar para hacer frente a causas de naturaleza igualmente temporal, ahora se contemplan también se busca que ocupen situaciones de dificultad estructural derivadas de cambios que se califican expresamente de permanentes. A diferencia de lo que se exige expresamente como novedoso respecto de los ERTE ordinarios, en el sentido de que la causa concurrente justificativa sea de carácter “temporal” (art. 47.1 ET), ello no se viene a exigir para la causa justificativa de los expedientes del mecanismo RED, sin perjuicio de que las medidas a adoptar sí que tienen que tener un carácter temporal.

Por otra parte, por la propia definición de ambas modalidades y a la vista de lo que se indicará posteriormente sobre el proceso de activación del procedimiento,

implícitamente se da a entender que, en todo caso, estaremos ante escenarios que afectan territorialmente a todo el país, no concebibles como circunscritos a ámbitos territoriales específicos, en particular limitado a una concreta Comunidad Autónoma. Respecto de la segunda de las modalidades puede suceder en la práctica que el sector que provoca la activación del mecanismo tenga impacto sobre un concreto territorio, a resultas de que la implantación de las empresas de ese sector lo sea sobre un ámbito geográfico concreto, pero sin que formalmente la activación pueda proceder a efectuar de manera directa este tipo de limitaciones territoriales.

A partir de todo lo anterior, como conclusión principal a estos efectos, en ambas modalidades se trata de típicos escenarios que, en el pasado, de forma generalizada en la práctica, se afrontaban con medidas más traumáticas desde la perspectiva del empleo, pues se gestionaban en nuestro sistema laboral de manera generalizada a través de despidos colectivos. Precisamente por ello, sin necesidad de pequeñas pero importantes alteraciones de las definiciones de las causas justificativas tanto de los despidos colectivos como de las suspensiones contractuales y reducciones de jornadas, el mecanismo RED pretende presentarse como alternativo a los despidos, por cuanto que, de un lado, abarca escenarios que en el pasado sólo se proyectaban responder con extinciones contractuales, al tiempo que, de otro lado, se ofrecen ventajas económicas comparativas a las empresas, en términos tales que para las mismas resulte más atractivo el mecanismo RED que el tradicional de los despidos. Incluso la exposición de motivos de la norma afirma que con ello se pretende establecer un sistema de adaptación de las dimensiones de la empresa a los cambios de ciclo económico que favorezca por vía indirecta la reducción de las tasas de temporalidad, en la medida en que la temporalidad deje de emplearse como bolsa de contratación para hacer frente a los escenarios de excedentes de plantillas en las empresas.

Desde esta perspectiva de pretender atender a situaciones que pueden tener el carácter de permanentes, especialmente por lo que afecta a la modalidad sectorial, el asunto a mi juicio que debería haberse atendido con mayor desarrollo y atención es que los procesos de recualificación profesional pueden ir dirigidos también a que los trabajadores afectados puedan ocupar puestos de trabajo en otras empresas o ámbitos de actividad, como expresamente así indica la exposición de motivos de la norma. En estos casos, el mecanismo de regulación temporal de empleo desembocaría en un proceso que iría más allá de la llamada “flexibilidad interna” para situarse en el terreno de la recolocación de los trabajadores. Hubiera sido oportuno que la norma contemplase medidas de acompañamiento a tales procesos de recolocación, incluso que prevea los efectos precisos de los mismos en cuanto al correspondiente procedimiento de extinción contractual y los costes que ello supondría para las empresas. En parte, ello podría ser corregido con el sucesivo desarrollo reglamentario de este mecanismo RED. Podría incluso que las dificultades de reincorporación a la empresa de los trabajadores suspendidos en estos

casos esté subyaciendo en la previsión de evaluación contemplada en propia norma, cuando contempla que, transcurrido un año desde la primera activación del Mecanismo RED en su modalidad sectorial, el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, estudiadas las circunstancias en que se encuentren el empleo y el tejido productivo de los sectores afectados por el Mecanismo RED, analizarán la necesidad de adoptar medidas en el ámbito laboral o de la Seguridad Social tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro (disp. adic. 1.^a).

En todo caso, conviene realizar dos advertencias de matiz a lo anterior. Primera aclaración, no todas las situaciones generalizadas de sobredimensionamiento del empleo, por tanto, derivadas de un escenario no externo de la empresa, se van a canalizar por este sistema RED, por cuanto que algunos casos van a permanecer en el ámbito de los ERTE ordinarios, al ser calificados como causa de fuerza mayor. En concreto, no se canalizan por el sistema RED, sino por el ordinario, la situación 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 (art. 47.6 ET). A estas últimas habría que añadir las situaciones de emergencia a efectos de protección civil (art. 24.2 Ley 17/2015, de 9 de julio, BOE 10 de enero de 2016). Ello es comprensible porque en estos casos de ‘factum principis’ ya hay una declaración de la autoridad pública que hace innecesario el procedimiento previo del mecanismo RED que analizaremos a continuación.

Segunda aclaración, el procedimiento de regulación temporal de empleo no excluye que, incluso tras las posibles prórrogas previstas legalmente, no se endece el panorama del empleo y no haya más remedio que acudir a las medidas extintivas. A estos efectos, considero que mantiene su virtualidad la jurisprudencia que considera que posteriormente es posible poner en marcha un procedimiento de despido colectivo u objetivo, en base a la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada para el ERTE, o bien tratándose de la misma causa ante un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron dicho ERTE (STS 17 de julio de 2014, rec. 32/2014, ECLI:ES:TS:2014:4131; 12 marzo 2014, rec. 673/2013, ECLI:ES:TS:2014:1390; 16 de abril de 2014, rec. 57/2013; 18 de marzo de 2014, rec. 125/2013, ECLI:ES:TS:2014:2067; STS 16 de diciembre de 2021, rec. 210/2021, ECLI:ES:TS:2021:4793). Eso sí, desde el punto de vista finalista de la reforma de 2021, sería necesario corregir la jurisprudencia precedente que desde la reforma de 2012 venía entendiendo que, en la medida en que se definen de modo idéntico las causas de despido y las de suspensión, interpreta que el empresario es el que debe decidir si procede acudir a medidas extintivas o meramente suspensivas, quedando a la exclusiva decisión empresarial decidir si está en presencia de una situación que exige un tipo u otro de medida, de forma tal que el acudir a un despido

o a una suspensión viene a traducirse en un juicio de “oportunidad”. A mi juicio, frente a ello, a partir de la reforma de 2021 ya no debe ser así, por cuanto que el designio del legislador es que ante situaciones de dificultad coyuntural necesariamente se debe acudir a los ERTE y no acabe hacer uso de los despidos. Avalaría esta interpretación el hecho de que expresamente la exposición de motivos de la norma contempla las medidas de regulación temporal de empleo “como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones”.

2. Procedimiento y causas justificativas

A pesar de que, tal como hemos dicho, se establece un sistema institucional de carácter permanente a diferencia de los ERTE Covid, el mecanismo RED requiere de una apertura que provoque su puesta en marcha a resultas del surgimiento de cada situación sobrevenida de coyuntura macroeconómica general o sectorial global. De este modo, cada activación del mecanismo RED requiere de un específico acuerdo del Consejo de Ministros. De este modo, mientras que en todo caso se requiere este expreso acuerdo del Consejo de Ministros, el sistema se encuentra ya predeterminado, de modo que no requiere de la aprobación de un Real Decreto-ley específico, como ha sucedido con ocasión de la pandemia.

La declaración del Gobierno de activación del mecanismo no implica con automaticidad que en todas las empresas que soliciten acogerse al mismo concurren las causas justificativas previstas para adopción de las medidas de regulación temporal. El acuerdo gubernamental de activación constituye un presupuesto inexcusable, pero sucesivamente se debe poner en marcha un expediente administrativo específico para cada empresa que solicite acogerse a la medida, de modo que en la correspondiente iniciativa empresarial se deberá aportar la justificación de que la situación determinante de la activación ha provocado en la concreta empresa una típica causa económica, técnica, organizativa o productiva justificativa de las medidas que se proponen y de su proporcionalidad.

En estos casos, además del habitual procedimiento de consultas con vistas a lograr un acuerdo con los representantes de los trabajadores, se requiere de una autorización administrativa por parte de la autoridad laboral, que será automática en el caso de que las consultas con los representantes concluyan con acuerdo y, caso contrario deberá entrar en el análisis de la justificación de las medidas propuesta procediendo a estimar o desestimar la solicitud empresarial. De este modo, frente a la tendencia progresiva a la supresión de la intervención de la autoridad laboral en clave de exigencia de autorización administrativa, la reforma amplía la exigencia de esta autorización para estas situaciones de dificultad por causas empresariales más allá de la estricta fuerza mayor. En cuanto al resto de la tramitación administrativa, el procedimiento se somete al régimen general de los ERTE ordinarios, especialmente a los que lo son por fuerza mayor; en todo caso, habrá que estar en este punto al desarrollo reglamentario del procedimiento administra-

tivo pendiente de aprobación. Eso sí, aunque no se diga expresamente, a diferencia del ERTE por fuerza mayor, cabe interpretar que las posibles prórrogas de la medida en estos casos no requiere de nueva autorización administrativa de las medidas, bastando con la mera comunicación a la autoridad laboral, pues se efectúa una remisión al apartado 4 y no al apartado 6 del art. 47 ET.

3. Régimen de las reducciones de jornada y suspensiones contractuales

La regulación temporal de empleo consistirá básicamente en una reducción de jornada en los porcentajes establecidos en la regulación precedente y/o en la suspensión de los contratos de trabajo, otorgándose prioridad en la medida en que ello sea viable a la reducción frente a la suspensión. A estos efectos se aplica sin mayores especialidades el tratamiento suspensivo o de reducción previsto para los ERTE ordinarios. Destacar, eso sí, como novedades comunes, igualmente derivada de la experiencia Covid, la flexibilidad en los procesos progresivos de desafectación y afectación en función de las alteraciones de las circunstancias, así como la prohibición (con excepciones justificadas) durante el periodo de regulación de empleo de realización de horas extraordinarias, establecer nuevas externalizaciones de la actividad ni concertarse nuevas contrataciones laborales; ello perfeccionado por la vía de la correspondiente tipificación como infracción administrativa de los posibles incumplimientos a tal prohibición.

Especial atención se presta al desarrollo de las acciones formativas de los trabajadores afectados, de especial trascendencia cuando se trate de puesta en marcha del mecanismo RED por circunstancias específicas en un sector que generen necesidades de recualificación y de transición profesional. En particular, a todos los beneficiarios del mecanismo RED se les considerará como colectivo prioritario a efectos de acceso a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo, al mismo tiempo que las empresas tendrán derecho de un incremento de crédito para la financiación de acciones en este ámbito.

Una de las singularidades más significativas en la situación de los trabajadores afectados desde la perspectiva de su protección social para hacer frente a la reducción retributiva que sufran a resultas de la regulación de empleo temporal: mientras que los afectados por los ERTE ordinarios se siguen sometiendo a la regulación de la prestación ordinaria de desempleo, para los afectados por el mecanismo RED se contempla una prestación específica de Seguridad Social que se presenta como un modo variante de la prestación de desempleo por mucho que se huya de tal denominación (disp. adic. 41.^a LGSS). Aunque no la califique expresamente como tal, por el régimen jurídico al que se somete en cuanto a requisitos, cálculo de la base reguladora y de la cuantía, así como de su tramitación y gestión, puede considerarse sin lugar a duda dentro de las categorías de prestaciones contributivas del régimen público de la Seguridad Social. Desde la perspectiva de los requisitos para tener derecho a esta prestación, pueden acceder a

esta prestación tanto a trabajadores sometidos a un contrato de trabajo como socios de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidos en el régimen general de la Seguridad Social. Destaca como especialidad que, si bien formalmente no se requiere acreditar un período mínimo de cotización previo a la Seguridad Social, un mínimo de cotización sí que se debe tener en la medida en que se requiere que el beneficiario debe haber iniciado su relación laboral en la empresa en la que se adopta la medida sea previo al acuerdo del Consejo de Ministro de activación del mecanismo RED, con reglas muy estrictas de incompatibilidad de otras prestaciones sociales, así como de la realización de otro trabajo como autónomo o como asalariado a tiempo completo. Respecto de la cuantía de la prestación la principal especialidad reside en que la misma será del 70 % de la base reguladora durante todo el tiempo que se perciba, al mismo tiempo que la duración no tiene límite específico más allá del tiempo previsto de la medida siempre acotado por las duraciones máximas acotadas de la activación del mecanismo RED. El acceso a la prestación no consumirá cotizaciones previamente efectuadas, especialmente a los efectos de la posible percepción de la prestación por desempleo ordinaria a resultas de posteriores situaciones legales de desempleo que provoquen el correspondiente hecho causante del mismo.

Respecto de las cotizaciones, se establece igualmente un régimen especialmente incentivador para las empresas, con reglas comunes tanto para los ERTE ordinarios como los del sistema RED, que implican importantes reducciones en la cotización a cargo de la empresa, con una regulación muy prolija que no ha lugar a describir aquí (disp. adic. 44 LGSS). Las reducciones en las cotizaciones tienen contrapartida que ello se condiciona a un deber de mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados por los expedientes de regulación temporal durante los seis meses siguientes a la finalización del período de vigencia de expediente de regulación temporal de empleo; las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes (disp. adic 44.^a apartado 10 LGSS). Eso sí, estas reducciones se contemplan como voluntarias, en el sentido de que deben ser solicitadas por la empresa y, en particular, que puede optar por no acogerse a estas reducciones sin asumir por tanto el mencionado deber de mantenimiento del empleo de los trabajadores afectados.

Por su parte, el abono de la parte correspondiente al trabajador como es tradicional a cargo del SEPE (art. 153 bis LGSS).

4. Financiación del Sistema

Uno de los elementos más novedosos de este sistema es que se procede a constituir un Fondo específico que tendrá como finalidad atender a las necesidades de

financiación de la prestación social específica para los trabajadores afectados por las regulaciones temporales de empleo del mecanismo RED, de exenciones de pago de cotizaciones a la Seguridad Social de la parte empresarial, así como los costes asociados a la formación de estos trabajadores. El Fondo se nutrirá de los excedentes de la prestación por desempleo, de los Presupuestos Generales del Estado y de las aportaciones de la Unión Europea (apartado 6 del art. 47 bis ET). Se trata de un típico mecanismo al propio tiempo de estabilización económica y de amortización social, de modo que se pretende que se nutra de financiaciones por parte del conjunto del sistema financiero durante los períodos de crecimiento económico, a utilizar en los momentos de depresión del ciclo económico o de concretas crisis sectoriales.

Como conclusión final, partiendo de una valoración general positiva de la novedad que supone este nuevo mecanismo de regulación de empleo temporal, habrá que estar para completar el balance al desarrollo reglamentario que se produzca del mismo y, sobre todo, a la implementación que se produzca en sus primeras aplicaciones prácticas, que permitan un diagnóstico de sus resultados.