

# LOS ERTES EN Y TRAS LA PANDEMIA

Jesús LAHERA FORTEZA\*

## Resumen

*Los ERTES no son una novedad de la pandemia porque ya tenían regulación anterior, en una evolución normativa que incentivaba su utilización por las empresas durante las crisis. La regulación específica y adaptada de ERTES durante la pandemia ha terminado por consolidar su papel esencial en la flexibilidad laboral interna y confirmando su utilidad como alternativa a los despidos. El protagonismo de la fuerza mayor en los ERTES de la pandemia debe dejar paso ahora, en la transición y de manera estructural, a las causas empresariales. El nuevo modelo estructural de ERTES va a convertir en permanentes las técnicas de protección social de desempleo y liberación de costes a las empresas, utilizadas en la pandemia, pero tendrá que hacerlo sobre la flexibilidad de estas causas empresariales, la integración de la formación y vías innovadoras que garanticen la financiación pública exclusiva a empresas viables.*

## Palabras clave

*ERTES, flexibilidad, protección social, formación.*

## Abstract

*The ERTES are not a novelty of the pandemic because they already had previous regulations, in a normative evolution that encouraged their use by companies during crises. The specific and adapted regulation of ERTES during the pandemic has ended up consolidating its essential role in internal labor flexibility and confirming its usefulness as an alternative to layoffs. The role of force majeure in the ERTES of the pandemic must give way now, in the transition and structurally, to business causes. The new structural model of ERTES is going to make permanent the techniques of social protection of unemployment and release of costs to companies, used in the pandemic, but it will have to do so on the flexibility of these business causes, the integration of training and ways innovative companies that guarantee exclusive public financing to viable companies.*

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense. [jesuslahera@cps.ucm.es](mailto:jesuslahera@cps.ucm.es)

## Keywords

*ERTES, flexibility, social protection, training.*

SUMARIO: I. Los ERTES no son una novedad de la pandemia. II. Los ERTES durante la pandemia. III. Los ERTES en la transición hacia la post-pandemia. IV. Hacia un nuevo modelo estructural de ERTES. V. Bibliografía.

### I. LOS ERTES NO SON UNA NOVEDAD DE LA PANDEMIA

Los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (en adelante ERTES) de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas (en adelante ETOP), o por fuerza mayor (en adelante FM), han sido siempre medidas centrales en la intensificación de la flexibilidad laboral interna, al ser claras alternativas a la disminución de la plantilla y a los ajustes de empleo en situaciones empresariales difíciles. La suspensión del contrato de trabajo permite interrumpir temporalmente las obligaciones contractuales del trabajador y de la empresa, con la consecuente liberación del pago de salarios y la posibilidad de articular planes de exoneraciones de cuotas sociales, mientras que la reducción de jornada disminuye proporcionalmente la cuantía salarial y dichas cuotas exoneradas, quedando, en ambos casos, salvado el puesto de trabajo del trabajador afectado, con la consiguiente protección social por desempleo. Frente a la extinción del contrato temporal o el despido, que sacrifican empleos, los ERTES ofrecen su mantenimiento, con la ayuda complementaria de la protección social pública por desempleo.

Los ERTES no son, ni mucho menos, una novedad producto de la pandemia COVID-19, pues ya tenían regulación anterior, en una evolución normativa que, además, ha ido incentivando su utilización por las empresas hasta su extraordinaria utilidad en esta crisis sanitaria.

Desde la aprobación del *Estatuto de los Trabajadores* en 1980, la suspensión del contrato de trabajo por causas ETOP o FM ya era una alternativa empresarial a los despidos contemplada en el antiguo art.47 ET, bien que sujeta a los umbrales de afectados equiparables a los de un despido colectivo del art. 51 ET y a la exigencia de, previa consulta con los representantes de los trabajadores, una autorización administrativa final. En el marco de esta regulación intervencionista, durante la crisis financiera de 2008-2009, ya existía la salida de los ERTES suspensivos, con protección social de desempleo, bastante utilizada, por cierto, pese a estas rigide-

ces, por empresas en dificultades económicas (1). La posibilidad de las reducciones de jornada era, sin embargo, difusa, porque no estaba expresamente contemplada en el ET y solo podía conectarse con estos ERTES suspensivos, en conexión con un, entonces, mal regulado desempleo parcial.

La reforma laboral de 2010 (Decreto-Ley 10/2010 y Ley 35/2010) eliminó los umbrales colectivos de los ERTES suspensivos y consagró, en un nuevo art. 47.2 ET, la posibilidad expresa de las reducciones de jornada, entre un 10 y un 70 por 100 por causas empresariales, con la protección social complementaria por desempleo, también sujeta a una obligada autorización administrativa (2). Quedaban abiertos, así, estos dos cauces, suspensiones contractuales y reducciones de jornada, a cualquier empresa y con independencia del número de afectados. Para ello, la reforma habilitó, a su vez, la negociación de estas medidas en empresas sin representantes de los trabajadores con comisiones *ad hoc* directas del art.41.4 ET elegidas por los empleados. La apuesta del cambio normativo de 2010 por estas alternativas a los despidos era, por tanto, clara, dentro de un modelo no cuestionado de ERTES con autorización administrativa final (3).

Sobre este terreno sembrado, la reforma laboral de 2012 (*Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012*) profundizó, aun más, en esta misma opción por la flexibilidad interna con la eliminación de la autorización administrativa en los ERTES (4). En términos de evolución normativa, la reforma de 2012 confirma la presencia de suspensiones contractuales y de reducciones de jornada por causas ETOP, entre un 10 y un 70 por 100, manteniendo, en un nuevo art.47.1 y 2 ET, la negociación con la parte sindical, pero suprimiendo la autorización administrativa, de tal manera que queda en manos de la empresa la decisión unilateral final de ambas medidas. La regulación del art.47.1 y 2 ET en 2012 es básicamente igual, en lo conceptual y sustancial, que la versión del 2010, pero con este importante cambio procedimental que sitúa, previa negociación con los representantes de los trabajadores, ambas medidas dentro de la capacidad de decisión final de la empresa, sin perjuicio de la impugnación judicial individual o colectiva de los afectados. Todo ello, como ya sucedía con anterioridad, con la consiguiente protección social por desempleo, total o parcial. La supresión de la autorización administrativa no afectó, en cambio, a los ERTES por FM, que, en el art. 47.3 ET, quedaban sujetos a la misma. En el contexto de esta evolución normativa, las reformas laborales 2010-2012 situaron ya los ERTES en el centro de nuestro sistema de relaciones laborales, como herramientas principales de flexibilidad laboral interna para salvaguardar empleo.

---

(1) En el año 2009, conforme a los datos oficiales del Ministerio de Trabajo, se aprobaron 13.307 ERES suspensivos con 465.659 afectados.

(2) SANTIAGO REDONDO, K., «Reducción de jornada y suspensión del contrato de trabajo», en Dir. Valdés, F.; González-Posada, E., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Editorial Reus, Madrid, 2011, pp. 383 y ss.

(3) El principal impacto de esta apuesta fue en un significativo aumento de los ERTES de reducción de jornada, que, conforme a datos oficiales, de afectar a 226 trabajadores en 2007 o a 19.374 en 2009 pasaron a afectar a 38.839 en 2010 y a 60.512 trabajadores en 2011. De ser apenas utilizadas, las reducciones de jornada ocupan, desde entonces, un lugar muy significativo en los ERTES.

(4) LAHERA FORTEZA, J., «Nuevas perspectivas de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción», en dir Thibault, J., *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas del Derecho del Trabajo*, Wolter Kluvers-La Ley, Madrid, 2012.

## II. LOS ERTES DURANTE LA PANDEMIA

Tras todos estos años de consolidación de los ERTES, la pandemia COVID-19 planteó un reto enorme para contrastar su funcionalidad social ante circunstancias adversas. Desde la aprobación inicial del Decreto-Ley 8/2020, conexas al estado de alarma (Real Decreto 463/2020) y al confinamiento de la población, el Gobierno apostó, con acierto, por esta herramienta de contención del empleo, que se presentaba la más idónea, junto al trabajo a distancia, ante las enormes restricciones de la actividad económica y de la movilidad por salud pública (5).

Desde esta premisa, la normativa laboral y social COVID-19 gira, de inicio, en torno a dos tipos de ERTES suspensivos y de reducción de jornada. De un lado, los ERTES por fuerza mayor (FM), necesitados de autorización administrativa y vinculados a exoneraciones de cuotas sociales empresariales condicionadas a un mantenimiento posterior de empleo (art. 22 Decreto-Ley 8/2020, en adelante DL 8). De otro lado, los ERTES por causa económica, organizativa, productiva, técnica (ETOP) vinculada a COVID-19, con período de consulta con los representantes de los trabajadores, en busca de acuerdos colectivos y posible decisión de la empresa ante el desacuerdo, en principio sin exoneración de cuotas sociales, ni condicionabilidad de mantenimiento posterior de empleo (art.23 DL 8). En este marco, la FM concentraba todo el conjunto de intensas restricciones de movilidad y actividad exigidas en el primer estado de alarma (6); las decisiones gubernativas operaron, así, como *factum principis* con un alcance omnicompreensivo de la FM (7). El silencio administrativo positivo, tras la superación del plazo correspondiente sin respuesta de la autoridad laboral, facilitó también su aceptación en numerosas situaciones derivadas de la pandemia. Esta irradiación y facilidad administrativa de la FM derivada de la pandemia explica que la mayor parte de situaciones de ERTE Covid-19 hayan estado, desde entonces, bajo esta cobertura, marginando la causa ETOP. Si, hasta ahora, el modelo había girado sobre la causa ETOP, la excepcionalidad de la pandemia convirtió en protagonista absoluta a la FM, con apenas precedentes en su utilización.

La aprobación posterior, desde marzo de 2020 a mayo de 2021, en estos meses de pandemia, de sucesivos Decretos-Leyes bajo el amparo de acuerdos sociales entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (Decretos-Ley 18, 24 y 30/2020 y del Decreto-Ley 2/2021 y el Decreto-Ley 11/2021, en adelante DL 18, 24, 30, 2 y 11), con la técnica de la prórroga de estos ERTES FM, con revisión de las exoneraciones de cuotas sociales empresariales en función de sectores, la articulación de nuevos ERTES FM por impedimento o limitación de actividad, ante un nuevo estado de alarma, de octubre de 2020 a mayo de 2021, y la incorporación de exoneraciones a determinados ERTES ETOP, ha disgregado varios tipos de ERTE sobre este modelo dual. El último, hasta ahora (DL 11) con-

---

(5) CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, n.º 4, p. 317 y ss.

(6) BELTRÁN DE HEREDIA, I., «Covid-19 y ERTE por fuerza mayor», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, n.º 4, p. 435 y ss.

(7) MÉNENDEZ SEBASTIÁN, P., *Facultades extintivas del empresario en La Era Covid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 25 y ss.

tinúa, así, la saga de prórrogas de los ERTES FM, en este caso hasta el 30 septiembre 2021, sobre la base de estas diferenciaciones previstas ya en el DL 24 y, sobre todo, en el DL 30, que permanece, en virtud de esta nueva norma, prácticamente vigente en todo su contenido hasta dicha fecha. Ha sido ya anunciada, además, una nueva prórroga tras el verano, porque la situación de pandemia y sus consecuencias están todavía lejos de ser totalmente despejadas. Una breve ordenación de los ERTES COVID-19 vigentes, sin precisar sus detalles y singularidades, es la siguiente:

## 1. ERTES FM

1.1 Estructurales del art. 22 DL 8 con exoneraciones de cuotas sociales en actividades con código CNAE-09 del Anexo DL 11 y en empresas dependientes o en la cadena de valor de las mismas.

1.2 Estructurales del art. 22 DL 8 sin exoneraciones de cuotas sociales en actividades fuera del código CNAE-09 del Anexo DL 11 o en empresas no dependientes o fuera de la cadena de valor de las mismas.

1.3 Impedimento de desarrollo de la actividad de la DA 1ª.2 DL 24, con exoneraciones de cuotas sociales.

1.4 Impedimento de desarrollo de la actividad del art. 2.1 DL 30 con exoneraciones de cuotas sociales.

1.5 Limitación del desarrollo normalizado de la actividad del art. 2.2 DL 30 con exoneraciones de cuotas sociales.

1.6 Impedimento de desarrollo de la actividad del art. 2.1 DL 11 con exoneraciones de cuotas sociales.

1.7 Limitación del desarrollo normalizado de la actividad del art. 2.2 DL 11 con exoneraciones de cuotas sociales.

## 2. ERTES ETOP

2.1 Estructurales del art. 23 DL 8 anteriores a 27 de junio de 2020, con exoneraciones de cuotas sociales en actividades del código CNAE-09 del Anexo DL 2.

2.2 Estructurales del art. 23 DL 8 sin exoneraciones de cuotas sociales empresariales, que son todos los restantes.

## 3. ERTES DE TRÁNSITO

3.1 Tránsitos entre FM, de impedimento a limitación o viceversa, que los arts. 2.2 y 3 DL 2 solucionan, no obligando a la empresa a solicitar a la autoridad administrativa nuevo ERTE.

3.2 Tránsito de FM estructural a ETOP con exoneraciones de cuotas sociales en las actividades con código CNAE-09 del Anexo DL 2, o dependientes de la cadena de valor de las mismas.

3.3 Tránsito de FM estructural a ETOP sin exoneraciones de cuotas sociales, en el resto de supuestos.

3.4 Tránsito de FM nuevas restricciones a ETOP sin exoneraciones de cuotas sociales.

3.5 Tránsito de ETOP a ETOP con prórrogas acordadas con los representantes de los trabajadores, pues el art. 3.1 DL 11 mantiene esta opción prevista en el art.3.4 DL 30. En el caso de ser supuesto con exoneraciones de cuotas sociales se mantienen las mismas tras la prórroga.

Como se puede observar de esta breve ordenación, que da como resultado hasta 14 tipos específicos de ERTES COVID-19, existe una línea divisoria entre los que reciben exoneraciones de cuotas sociales o no. La política de liberación de costes sociales en suspensiones o reducciones de jornada tampoco es una novedad, pues tiene, también, antecedentes, previos a la pandemia (8), pero se ha intensificado durante la misma, al principio de manera generalizada y luego más sectorial, en los ámbitos empresariales más afectados por sus consecuencias.

Las condiciones de ambos tipos de ERTE son bien distintas, porque la exoneración de cuotas sociales se vincula a una cláusula de mantenimiento de empleo de 6 meses tras el reinicio de la actividad, ya prevista en la DA 6ª DL 8 y luego delimitada por la DF 3ª DL 18; los períodos de 6 meses se conectan, además, con cada paquete de exoneraciones de las correspondientes prórrogas de los DL 30 y 2. El incumplimiento del mantenimiento de empleo conlleva una alta penalización económica con el pago de todas las cuotas exoneradas durante el ERTE correspondiente. Por el contrario, en ERTES sin exoneraciones sociales, donde se mantiene íntegra la obligación de cotizar durante la suspensión o jornada reducida, no opera esta contundente condición de mantenimiento de empleo. Sin embargo, también estos ERTES están sujetos a reglas de contención de empleo, porque el art. 2 Decreto-Ley 9/2020, hoy ley 3/2021 también prorrogado por DL 2, declara *injustificadas* las causas de despido de FM o ETOP vinculadas a COVID-19, sin aclarar la consecuencia de improcedencia o nulidad de las extinciones. En todos los ERTES existen, además, limitaciones a nuevas contrataciones, contratos o realización de horas extras, conforme el art.7 DL 30 también prorrogado por el DL 2.

Se debe subrayar, con especial interés, que en todos los ERTES COVID-19, sin excepción, se han articulado medidas extraordinarias de protección social por desempleo para los trabajadores, con el cálculo ininterrumpido de la prestación sobre el 70 por 100 de la base reguladora (art.25 DL 8 y 8.1 y 4 DL 30), y su reposición, pues el tiempo consumido no computará para quien acceda, antes del 1 de enero de 2022, a nueva prestación de desempleo por finalización de contrato temporal o despido (art.8.7 DL 30). También destaca la articulación de una protección social específica reforzada de desempleo en fijos discontinuos afectados por ERTE, no llamados en temporada, o que hayan agotado el desempleo (art.9 DL 30). La política de protección extraordinaria del desempleo tampoco es tan novedosa porque tiene antecedentes en la anterior crisis económica (9), donde

---

(8) En la anterior crisis, esta política está presente, bien que sin exoneraciones totales, en la Ley 27/2009, Decreto-Ley 10/2010, Ley 35/2010 y Ley 3/2012.

(9) Desde la Ley 27/2009 operó esta reposición de desempleo en ERTES, reiterada en diversos programas, hasta la recuperación económica en 2015.

distintos planes aplicaron la técnica de la reposición, pero sin la enorme incidencia de esta crisis derivada de la pandemia.

La dotación de toda esta financiación pública va conexas a un contundente régimen jurídico sancionador y antifraude contra empresas incumplidoras (DF 9ª y 3ª Decreto-Ley 15/2020), que mantengan actividad normal estando en ERTE y oculten datos. Las herramientas utilizadas, según los casos, son las sanciones administrativas con multas cuantiosas, con infracciones muy graves individualizadas por cada trabajador; el reintegro de prestaciones sociales de desempleo indebidas, con responsabilidad directa de la empresa; y la ya mencionada liquidación del pago de cuotas sociales exoneradas por incumplimiento de la exigencia de mantenimiento de empleo seis meses, tras el inicio de la actividad.

Como he anticipado, la singularidad de esta crisis ha determinado que los ERTES más utilizados, dentro de la tipología expuesta, hayan sido los de FM, en sus distintas modalidades, con autorizaciones administrativas y sucesivas prórrogas por decretos-leyes acordados por los agentes sociales. Los ERTES ETOP, en su mayor parte sin exoneraciones de cuotas sociales, han cumplido papeles secundarios, frente a los de FM, ligados a estas liberaciones de costes con la condición de mantenimiento del empleo. La hegemonía de este modelo más intervencionista ha supuesto, curiosamente, la recuperación de la importancia de la autorización administrativa en los ERTES, cuando la reforma laboral de 2021 la suprimió en las causas ETOP. La vía de la FM, adecuada a la situación de pandemia, pero marginal en otras crisis, ha tenido esta paradójica consecuencia.

Las duras exigencias de mantenimiento de empleo, que condicionan las exoneraciones de cuotas sociales, junto a la, antes mencionada, «prohibición» de despedir por causa de los ERTES COVID-19 del DL 8, han cooperado en el logro, hasta ahora, de una enorme contención de empleo, pese a la enorme caída del PIB español. Los datos oficiales de empleo muestran el significativo impacto de esta política laboral y social durante la pandemia, que ha evitado una masiva extinción de contratos de trabajo (10). Esta experiencia consolida, seguramente de manera definitiva, la presencia de un modelo de *flexiseguridad* laboral, de inspiración europea, construido en las reformas 2010-2012 y confirmado definitivamente en esta crisis sanitaria y económica (11).

A pesar de estos logros, la dualidad del mercado laboral, con un exceso patológico de temporalidad, no ha podido evitar la destrucción de mucho empleo precario, sobre todo, al inicio de la crisis. Como ha sucedido en otras ocasiones, las fáciles y poco costosas extinciones de contratos temporales han determinado un aumento considerable de desempleo, pese a esta política de ERTES con ayudas públicas. La interrupción de los contratos temporales de trabajadores afectados por ERTE, prevista en el art.5 DL 9, no ha podido evitar esta masiva destrucción de empleo temporal durante la pandemia, mostrando, de nuevo, las debilidades y fragilidades de nuestro mercado de trabajo.

---

(10) En la pandemia han llegado a estar 3 millones y medio de trabajadores afectados en estos ERTES, la gran mayoría por FM. En la actualidad (abril de 2021), todavía en torno a 800.000 trabajadores continúan afectados por un ERTE.

(11) LAHERA FORTEZA, J., «Flexiseguridad laboral ante la crisis del coronavirus», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, n.º 4, p. 419 y ss.

### III. LOS ERTES EN LA TRANSICIÓN HACIA LA POST-PANDEMIA

El sistema expuesto de ERTES COVID-19 tiene una gran financiación pública que ha permitido, en diferentes etapas de la pandemia, amortiguar los costes laborales de las empresas ante paralizaciones, restricciones o profundas disminuciones de la actividad económica. Las empresas han podido externalizar estos costes hacia la Seguridad Social, con suspensiones contractuales y reducciones de jornada, durante el ERTE FM o ETOP, por la vía de sustitución de salarios por prestaciones de desempleo y en muchos casos exoneraciones sociales.

La política laboral adoptada de ERTES ha sido, en líneas generales, acertada, pese a todos los problemas de inseguridad jurídica en la aplicación de todas estas normas de urgencia. Los logros en mantenimiento de empleo, a los que me he venido refiriendo, son objetivamente positivos. Pero la larga prolongación de la pandemia ha conducido a un escenario donde las empresas en ERTE parecen encerradas en una especie de «jaula de oro», donde reciben mucha financiación pública, sin poder reestructurar sus plantillas debido a las contundentes exigencias de mantenimiento de empleo y sus altas penalizaciones económicas. Ello tiene el riesgo, ya, de estar financiando con dinero público empresas inviables que, en un futuro, cuando se desmantele esta normativa, destruirán empleo. La «jaula de oro» puede estar, además, postergando en el tiempo, reestructuraciones empresariales necesarias para garantizar la viabilidad futura de otras empresas.

El reto ahora de la regulación de los ERTES es mitigar este riesgo de «jaula de oro» y articular un modelo eficiente en la transición hacia la post-pandemia. Va a ser esencial, en este sentido, regular adecuadamente los tránsitos entre ERTES, en especial de FM a ETOP, y de los mismos a otras opciones de flexibilidad laboral interna, con un papel esencial de los acuerdos colectivos entre representantes de trabajadores y empresas. Estando ya en el horizonte la finalización de las prórrogas de ERTES FM, quizás cuando acabe 2021, resulta ahora fundamental crear este tipo de pasarelas flexibles. Sería deseable que en el próximo acuerdo social de Decreto-Ley en la materia, a finales de septiembre, se articulara, ya, un período obligatorio de consultas, en todas las empresas con ERTE FM, con los representantes de los trabajadores, legales, o ante su ausencia *ad hoc*, para poder negociar un ERTE ETOP de transición con márgenes de flexibilidad en función de la actividad económica real. Los acuerdos colectivos de ERTE ETOP deberían estar cubiertos bajo una presunción de causa, la propia reactivación post-pandemia, y un plazo máximo razonable. La idea de este tipo de medida es que, tras la finalización de la prórroga de la FM, seguramente a finales de 2021, se haya efectuado una transición gradual, aprovechando las capacidades del ERTE ETOP, hasta ahora un actor secundario.

Todo ello facilitaría un repliegue gradual del intervencionismo administrativo, que ha presidido la pandemia, hacia la autonomía negociadora colectiva, que es la que debería gestionar, con acuerdos, la post-pandemia. La negociación colectiva, debido a la urgencia de la toma de decisiones y de la absorción administrativa en FM de la mayoría de situaciones, ha sido la gran ausente en esta crisis y debería retomar un papel esencial. Se debería, en consecuencia, incentivar la firma de protocolos sociales de transición, por esta vía convencional, en los sectores que ahora están bajo la cobertura de FM, para preparar la reactivación y utilizar las distintas herramientas

de flexibilidad laboral interna articuladas en las reformas 2010-2012. Solo se podrán evitar despidos si se crean las condiciones de esta adaptación con flexibilidad interna.

Ello no quita que ya se deben comenzar a asumir tránsitos inevitables entre ERTES y ERES, desactivando los riesgos expuestos de «jaula de oro». Las causas ETOP de los arts.52.c y 51 ET, en su doble modalidad individual y colectiva, pueden fundamentar ajustes de plantilla, si resultan necesarios. Es deseable, por ello, que en la próxima acción política laboral, se reformule la «prohibición» de despedir del art. 2 DL 9, estableciendo, al menos, que la causa ETOP, diferente a la que fundamentó el ERTE FM, es justificada cuando exista acuerdo colectivo o quede acreditada en una impugnación judicial. Ello abriría, al menos, la vía de reestructuraciones de plantillas, desmontando la ficción de estar financiando con ayudas públicas empresas inviables o permitiendo la viabilidad si es necesario un ajuste de empleo.

Esta transición normativa debería también replantear la exigente cláusula de empleo, condicionada a las exoneraciones de cuotas sociales, que ha podido ser útil en la contención de empleo durante la pandemia, pero que puede penalizar económicamente a muchas empresas en la reactivación post-pandemia, abocándolas al concurso y a su inviabilidad. No sería mala idea suprimir la propia cláusula, una vez desmantelada la FM y culminada esta transición gradual a ERTES ETOP y a la flexibilidad interna, pero si se quiere mantener, habría, al menos, que efectuar un cálculo proporcional de pago de cuotas exoneradas en función del número de despedidos. Hay que recordar que el criterio oficial actual del Ministerio de Trabajo es el pago de todas las cuotas sociales exoneradas de la plantilla en ERTE, que es un coste altísimo para una empresa que se incorpore al mercado ajustando parte de la plantilla en función de su actividad real.

La propuesta transición gradual hacia la flexibilidad y la reestructuración de plantillas, para garantizar la viabilidad de las empresas con ERTE FM en la post-pandemia y adecuar mejor las ayudas públicas, es compatible con el mantenimiento de la protección social extraordinaria por desempleo, incluyendo su reposición. En este sentido, va a ser necesario ampliar el período de acceso a prestaciones de desempleo con esta reposición, en caso de extinción involuntaria del contrato de trabajo, pues la fecha prevista de 1 de enero de 2022 puede dejar desprotegidas muchas situaciones. Se deberá ampliar, al menos, a prestaciones anteriores al 1 de enero de 2023.

Finalmente, la política de exoneración de cuotas sociales tiene ya que ir enfocada a la reactivación económica, porque lo contrario puede apalancar empresas en ERTE FM sin desafectar a sus trabajadores. El temor a una alta penalización económica por incumplir el compromiso de empleo y la falta de estímulos en ahorro de costes sociales en las desafecciones de trabajadores, tal como el modelo está ahora diseñado, puede conducir a este efecto no deseado de apalancamiento, que frene la reactivación económica.

#### IV. HACIA UN NUEVO MODELO ESTRUCTURAL DE ERTES

La experiencia de los ERTES en la pandemia, más allá de esta transición, va a terminar consolidando, seguramente, un nuevo modelo estructural de esta herramienta de flexibilidad laboral interna. Así lo apunta, precisamente, la reforma n.º 5 en el documento remitido por el Gobierno español a la Unión Europea con cam-

bios previstos en las relaciones laborales hoy presente en el componente 23 del plan nacional de recuperación.

Este importante documento, en la reforma n.º 5, afirma la necesidad de articular un «modelo permanente de ERTES, tras su extraordinaria utilidad social en la pandemia, como instrumento de flexibilidad laboral interna alternativo a despidos». Se apunta, para tal fin, la creación de un «fondo tripartito», de Gobierno, sindicatos y patronal, para «financiar las prestaciones derivadas de los ERTES y compensar las cotizaciones de los trabajadores afectados por suspensiones contractuales o reducciones de jornada». Se subraya, a su vez, la necesidad de conectar los ERTES con innovadoras políticas de «formación» de los afectados.

Como he expuesto desde un inicio, los ERTES no son, ni mucho menos, una novedad derivada de la pandemia, sino que tienen regulación desde la primera versión del ET de 1980 y han sido modernizados e incentivados a partir de las reformas laborales de 2010-2012, que situaron ya esta herramienta de flexibilidad en un espacio central de nuestras relaciones laborales. La intención política ahora, en 2021, de convertir los ERTES en «permanentes», tras la experiencia de la pandemia, parece orillar este tipo de evolución normativa. Si termina cuajando un nuevo modelo habrá sido fruto de esta evolución y experiencia.

Cuando el Gobierno apunta hacia un nuevo modelo estructural de ERTES, de vocación «permanente», no se refiere, entiendo, a la consolidación de una FM que desaparecerá con la pandemia. El modelo de ERTES FM, con autorización administrativa y prórrogas legales, es coyuntural y tendrá que ser desmantelado en la post-pandemia, probablemente a finales de 2021. El concepto de FM puede ser conectado, de manera permanente, con decisiones gubernativas o administrativas que, por cualquier razón, tengan impacto en la actividad empresarial (12), pero la herramienta principal de los ERTES es, de manera estable, la causa ETOP de los arts. 47.1 y 2 ET o una reconfiguración causal más dirigida a alteraciones coyunturales y ciclos de producción, lo que también es posible. Esta herramienta puede cooperar a reducir la dualidad laboral en los sectores más expuestos a estas alteraciones porque incentiva que las plantillas de sus empresas sean esencialmente fijas con el apoyo de esta flexibilidad interna.

El foco tiene que pasar, en fin, de la FM con autorización administrativa a una reconfigurada causa ETOP flexible, en un escenario estructural, donde las alteraciones económicas y productivas transitorias puedan canalizarse, de manera más flexible y ágil, mediante ajustes en la cantidad de horas de trabajo como alternativa a la destrucción de empleo. Cabe plantear, en este sentido, utilizar la misma distinción de procedimientos individuales y colectivos, sin y con consultas sindicales previas, en estos nuevos ERTES que en los despidos por causas ETOP (13). Esta equiparación evitaría la incoherencia de poner más trámites formales en la flexibilidad interna que en la externa, facilitando la adopción de ERTES por las PYMES. En esta línea, se deberían mantener las comisiones *ad hoc* del art. 41.4 ET en las consultas de empresas y centros sin representantes de trabajadores.

---

(12) CABEZA PEREIRO, J., «ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas», *Revista CEF*, 2021, n.º 456.

(13) CABEZA PEREIRO, J., «ERTE y garantía de ocupación ...», *cit.*

Las políticas de reposición de la prestación social por desempleo y exoneración de cuotas sociales de los ERTES, con condiciones de mantenimiento del empleo, que se han utilizado en la crisis financiera y con especial intensidad en la derivada de la pandemia se podrían convertir en permanentes en una nueva regulación de esta herramienta. El sentido de la intención del Gobierno en la comunicación a la Unión Europea, seguramente, va en esta dirección porque se conecta con la nueva articulación de un «Fondo tripartito para financiar los ERTES y compensar las cotizaciones de los trabajadores afectados». La ayuda pública, en forma de prestaciones repuestas y exoneraciones sociales, parece reconducirse a este Fondo tripartito, pendiente de fórmulas de financiación no presentadas, por ahora, en el debate público. Es una buena idea consolidar estas ayudas públicas que cooperan al mantenimiento del empleo en crisis o alteraciones productivas, de distinta naturaleza, de manera estructural y plantea más dudas el cauce de un fondo tripartito de financiación, poco especificado en el criterio del Gobierno. Quizás puede servir de referencia el modelo del FOGASA, donde la solidaridad entre empresas cubre las insolvencias en salarios e indemnizaciones, de tal modo que determinadas aportaciones podrían ayudar a la flexibilidad laboral interna para evitar despido. Sea cual sea la opción, sí parece clara la consolidación de ayudas públicas condicionadas al mantenimiento del empleo en un nuevo modelo estructural de ERTES vinculado a alteraciones temporales de producción.

Finalmente, la mención en el documento gubernativo a la «formación» de los afectados por un ERTE resulta muy oportuna en el camino hacia un nuevo modelo estructural de esta vía de flexibilidad interna. La experiencia de la pandemia ha mostrado esta deficiencia porque apenas se han desarrollado acciones formativas de los afectados por ERTE COVID-19, que pudieran facilitar su recolocación y adaptación en caso de pérdida final de su puesto de trabajo. En un modelo estructural de ERTES va a resultar esencial integrar la formación, con deberes de empresas y trabajadores, siguiendo experiencias europeas positivas en esta dirección. La reducción del tiempo de trabajo, con ayuda pública, debe ir unida a deberes formativos que preparen para el reciclaje, la adaptación digital y la adquisición de nuevas competencias, porque un ERTE no asegura nunca el mantenimiento futuro del mismo puesto de trabajo. Esta política, en cualquier caso, va a necesitar de reformas en el modelo de formación profesional y continua, como apunta la reforma nº11, pues las vigentes estructuras institucionales dificultan este objetivo, como se ha podido observar durante la pandemia

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN DE HEREDIA, I., «Covid-19 y ERTE por fuerza mayor», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, nº. 4.
- CABEZA PEREIRO, J., «ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas», *Revista CEF*, 2021, nº. 456.
- CASAS BAAMONDE, M. E. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, nº. 4, p. 317 y ss.

- LAHERA FORTEZA, J., «Nuevas perspectivas de suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción», en dir Thibault, J., *La reforma laboral de 2012: Nuevas perspectivas del Derecho del Trabajo*, Wolter Kluwers-La Ley, Madrid, 2012.
- LAHERA FORTEZA, J., «Flexiseguridad laboral ante la crisis del coronavirus», *Derecho Relaciones Laborales* 2020, nº. 4.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *Facultades extintivas del empresario en La Era Covid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SANTIAGO REDONDO, K., «Reducción de jornada y suspensión del contrato de trabajo», en Dir. Valdés, F.; González-Posada, E., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Editorial Reus, Madrid, 2011.