**LA REFORMA LABORAL DEL REAL DECRETO LEY 32/21. PRINCIPALES NOVEDADES.**

***Una reforma gatopardiana ??***

**Fernando Cabezas Lefler,**

**Juzgado de lo Social Nº 3 de Pontevedra.**

Resulta complicado no aproximarse a cualquier reforma legal, más aún si es de contenido social o laboral, sin hacer alguna reflexión de tipo político o de orientación legislativa, siendo evidente que se trata de una materia de enorme sensibilidad, en la que los bloques o posicionamientos del arco parlamentario están bien definidos y por diversas razones, son inamovibles. Esta última afirmación es en este caso muy reveladora, pues estamos ante unos cambios con unos objetivos muy claros y que se ha realizado con un amplio consenso entre los agentes sociales, patronal y representantes de los trabajadores, circunstancia que en un principio debería de propiciar una cálida bienvenida. No obstante, el Partido Popular principal partido de la oposición, se desmarca de su contenido, calificándola de “contrarreforma” y por su parte, algunos socios de gobierno aprovecharon el trámite legal de convalidación del texto, para exigir modificaciones y en este escenario, presidido por su consigna de “derogar” la reforma laboral anterior del año 2012, han vuelto a poner sobre la mesa, con la consiguiente critica, la perdida de la oportunidad para encarecer el despido. Tengo serias dudas de que aumentar la indemnización para los improcedentes tenga como consecuencia una minoración de las extinciones contractuales; más bien lo que podría suceder es que ante la inevitabilidad de los despidos en muchas ocasiones, sea el FOGASA el que se haga cargo del abono de esas cantidades, habiéndome pronunciado en diferentes ocasiones sobre mi posición, que pasa por fortalecer el mercado de trabajo y asegurar la estabilidad en el empleo, con un ejercicio de docencia por parte de quien corresponda a los empresarios de este país para que contraten bien y no recurran a la temporalidad cuando no haya razones para ello -*en este país se contrata mal y se despide peor*-

 Así también lo vino a expresar Unai Sordo en una entrevista en la R.T.V.E. al decir que ellos hubieran sido mucho más ofensivos a la hora de limitar el despido, pero que en aras a un acuerdo, han planteado medidas alternativas que consideran que sí van a suponer un encarecimiento del despido. Por ello, mantener esa rebaja sea seguramente fruto del “consenso” que ha caracterizado esta reforma laboral, pudiendo constatarse ese esfuerzo y equilibrio de contrapesos en alguna de las expresiones -e intenciones- que se contienen como veremos, en los preceptos reformados.

 Hoy -*ayer*-, día 8 de febrero de 2021 en el momento de escribir estas líneas, puede decirse que con cierto suspense y con varios suspensos, la reforma es un hecho, al haberse convalidado por un solo voto de diferencia el Real Decreto Ley 32/2021, todavía eso sí, amenazado con diferentes recursos anunciados por la, en un primer momento de la votación, enormemente jubilosa oposición, pasando a continuación a desgranar si quiera sea puntualmente, las novedades más relevantes del texto, comenzando con la “Confesión” de Motivos, que casi siempre contiene pasajes dignos de mención.

Quiero también subrayar la fecha elegida para la comunicación, pues coincide con la entrada en vigor de muchos preceptos, como los relacionados con la eficacia de las normas que tienen que ver con las nuevas modalidades de contratación; con la publicación en el B.O.E. del Real Decreto Ley 6/22 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… y también con el día internacional de las empleadas del hogar, con un reciente e indudable protagonismo en el ámbito laboral.

**UN PEQUEÑO APUNTE HISTORICO**

Este breve repaso por los antecedentes de la actual regulación nos permite constatar el distinto espíritu presente en los momentos de la redacción legislativa y acentuar con ello las diferencias en una materia como la flexibilidad. Hasta la reforma laboral operada por la Ley 3/2012 el criterio legal para valorar la justificación de las modificaciones sustanciales no *coincidía* con el establecido para las extinciones de contrato de carácter colectivo o individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, teniendo un alcance más amplio y flexible, lo que guarda relación con el diferente efecto de la decisión empresarial, de tal manera que en el caso de las causas económicas, la justificación de la medida no se vincula a la superación de situaciones económicas negativas de la empresa, de ahí que no sea necesario que la empresa tenga pérdidas, por lo que puede acordarse aunque el balance económico sea positivo o no exista peligro alguno sobre su futura viabilidad y si las causas son técnicas, organizativas o de producción no es necesario que la empresa atraviese por una situación organizativa o productiva problemática, sino que basta con que la medida en cuestión sea razonable desde la perspectiva de una buena gestión empresarial, partiendo de la base, como presunción derivada de la lógica y de la experiencia, de que el empresario actúa siempre en defensa e interés de la mercantil que gestiona, articulado el legislador esta facultad como un instrumento destinado a conseguir una mayor adecuación de la empresa a las necesidades del mercado, permitiendo una mejor optimización de sus recursos productivos, para dar respuesta a las exigencias necesarias para mantener o aumentar los niveles de competitividad y rentabilidad empresariales, por lo que es suficiente con que la medida redunde en una mayor eficiencia y más adecuado rendimiento de la organización empresarial.

 Los artículos 51 y 52.c. del E.T. para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa *establecían*, - y permitirme el uso de la cursiva para subrayar más estos cambios- una referencia mucho más explícita y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes; a saber, bien a “superar una situación económica negativa de la empresa” (artículo 51, para las causas económicas en sentido estricto de los despidos colectivos), bien a “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma” (artículo 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción), bien a la “superación de situaciones económicas negativas” (artículo 52.c., para las causas económicas en sentido estricto de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), bien a “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa” (artículo 52.c., para las causas técnicas, organizativas y de producción). La redacción sucesiva de estos preceptos y la homologación de los presupuestos para adoptar cualquiera de estas decisiones nos permite mantener que la anterior doctrina ha sido superada por el legislador en esa reforma, con lo que ello supone de auténtica transformación del modelo empresarial y también de relaciones entre los sujetos del contrato, existente hasta ese momento. Además, esta opción, entiendo que absolutamente reflexiva y elaborada, parece acoger las quejas de algunos sectores que venían atribuyendo a los Jueces de lo Social cierta responsabilidad en la situación empresarial, al mantener que esa rigidez del mercado tiene también su explicación en el gran número de sentencias estimatorias de las pretensiones de despido, no dejando de subyacer en este planteamiento una desconfianza hacia los tribunales de este orden. Es conveniente recordar que la sentencia del T.C. 3/83 y la posterior 125/95 afirman que la desigualdad originaria entre trabajador y empresario tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, lo que se traduce en esa finalidad tuitiva o protectora que se atribuye al proceso laboral de esa parte más débil, principio que a la hora de controlar las decisiones del empresario encontrará más obstáculos si la norma contempla una mayor discrecionalidad, entendida como facultad de tomar decisiones no regladas o vinculadas a una causa especificada y no digamos si esa causa viene concretada en algo tan relativo en el mundo empresarial como es la competitividad. En la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 3/2012 puede leerse lo siguiente: *los despidos objetivos por las mismas causas han venido caracterizándose por una ambivalente doctrina judicial y jurisprudencia, en la que ha primado muchas veces una concepción meramente defensiva de estos despidos, como mecanismo para hacer frente a graves problemas económicos, soslayando otras funciones que está destinado a cumplir este despido como cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas. Lo que seguramente explica que las empresas se decantaran a menudo por el reconocimiento de la improcedencia del despido, evitando un proceso judicial sobre el que no se tenía demasiada confianza en cuanto a las posibilidades de conseguir la procedencia del despido,* para añadir más adelante a la hora de explicar la nueva regulación, que las anteriores referencias a la finalidad del despido, *incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas.* No es momento ahora de valorar detenidamente la oportunidad y corrección de estas apreciaciones, pero si al menos para dejar constancia de esas reflexiones y de la ausencia de un análisis más profundo del porqué de esa realidad, primero para poner de manifiesto que son muchos los pronunciamientos que se manejan en las sentencias de instancia a la hora de limitar las facultades juzgadoras exclusivamente a la prueba de las causas y de la razonabilidad de la medida, afirmándose que el control de la existencia y proporcionalidad de la causa corresponde al órgano judicial en términos que no le autorizan a sustituir al empresario en la adopción de las medidas efectuada con el fin de eliminar los factores desequilibrantes de la empresa, señalándose en cuanto a los despidos, *que no corresponde a los tribunales de justicia el tratar de hallar otras soluciones organizativas más adecuadas, sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario, limitándose a enjuiciar la decisión desde estos parámetros de razonabilidad.* Y en segundo lugar, para reiterar que esa “peligrosa” estadística puede obedecer a una defectuosa gestión por las empresas, primero a la hora de recurrir a las formas de contratación, casi siempre incorrectas cuando se trata de justificar una temporalidad que no existe y sobre todo cuando se procede a la extinción de los contratos, insistiendo y así lo refleja la práctica judicial, en que -y reitero- “en España se despide mal” pues en la mayoría de las ocasiones y aun existiendo las razones que justificarían una decisión extintiva por causas objetivas, se incumplen de manera evidente los requisitos formales, que exigen una adecuada expresión de las causas en la comunicación y la entrega de la indemnización legal o en otras ocasiones, sencillamente no acuden al acto del juicio o lo hacen sin los instrumentos probatorios oportunos, revelando igualmente la experiencia que este tipo de medidas normalmente se toman tarde.

 Aquella regulación pareció haber roto el equilibrio antes enunciado al dar prevalencia en ambos casos al artículo 38 de la Constitución en una concepción puramente patrimonialista de la empresa y la diferenciación apuntada a la hora de recurrir a una medida de modificación o extinción carece de sentido, desde el momento en que se autoriza a la empresa la amortización de puestos de trabajo cuando exista una disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas, que concurre en todo caso, si se produce durante tres trimestres consecutivos y se pueden variar las condiciones de trabajo con una simple y abstracta referencia a la competitividad, concepto jurídico indeterminado que necesariamente dificulta, por su abstracción, el control judicial, limitado en ambos casos a la prueba de la concurrencia de esas causas, lo que complica enormemente la valoración de la oportunidad de estas decisiones, no faltando autores que hablan de una pérdida de interés de los trabajadores a la hora de ejercitar acciones para cuestionarlas, lo que sin duda tiene su importancia en casos de que se ponga en valor la vulneración de algún derecho fundamental, único espacio en que ese control todavía es posible. Ello obliga también a los profesionales a un esfuerzo creativo o de imaginación para enjuiciar la decisión desde otros parámetros como la buena fe y otros principios generales, incluso para introducir factores que puedan obstaculizar la actuación de la empresa individualmente considerada, como es solicitar la condena de la persona física o buscar un grupo fraudulento de empresas, lo que a buen seguro, complicará el aspecto fáctico y jurídico de los pleitos. No obstante, la practica judicial no se sujetó a esa labor reglada, habiendo plasmado en diferentes pronunciamientos que “la causalidad del despido, exigida por normativa comunitaria, obliga al análisis de la relación entre decisión y presencia de esos motivos, estando prohibido el fraude de ley y el abuso del derecho como principios generales en todo el ordenamiento jurídico; así lo impondría una lectura del artículo 9 del Convenio 158 de la O.I.T. ratificado por España al decir que los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio (entre ellos los Tribunales de Trabajo) estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada. La interpretación contraria, privaría al Juez de una de sus facultades básicas en todo conflicto como es la de “juzgar” operación que entraña una actividad intelectual y valorativa que trasciende a la de una mera comprobación de datos, rechazando que ello pudiera justificar la decisión de la empresa, pues es evidente que solo con constatar una modificación en el volumen de ingresos, que existiría en la mayoría de los casos, la consecuencia inmediata sería la de la procedencia de la extinción. El propio T.S. sale igualmente al paso de una interpretación como sugiere la Exposición de Motivos mencionada y en la sentencia de 9 de septiembre de 2020 sobre la que volveremos más tarde, afirma que *pese a las rotundas afirmaciones de la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, hemos reiterado que no puede dudarse de la persistencia de un ámbito de control judicial más allá del de la búsqueda de la concurrencia de la causa como hecho, y ello, no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales [el derecho al trabajo; principio general de la limitación legal del despido; interpretación acorde a la Constitución] y compromisos internacionales que están en juego (artículos 4 y 9 Convenio OIT), sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos [exigencia de buena fe e interdicción del abuso del derecho o su ejercicio antisocial], que en su conjunto nos obliga a excluir como admisible interpretación que el Preámbulo de la Ley 3/2012 consagra una facultad empresarial, la de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que se declara exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que puede ser ejercido extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial; tal interpretación no solamente sería rechazable por contraria a los valores constitucionales citados y a alguno más, sino que resulta inadmisible en un Estado social y democrático de Derecho, resultando más acomodado a la Constitución entender -porque la literalidad del texto lo permite- que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los “juicios de oportunidad” que censura y que -por supuesto- sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido ... en forma ajustada a los principios generales del Derecho.*

***Olvido o precio del compromiso ???***

Antes de examinar las características más relevantes de la reforma, es oportuno poner de manifiesto aquello que **NO** se ha modificado, como el despido o la extinción del contrato, también llamada flexibilidad de salida que sin embargo si estaba en el acuerdo de gobierno PSOE-UP de 30 de diciembre de 2019 ni tampoco un instrumento básico en materia de flexibilidad interna como es la modificación sustancial de condiciones de trabajo, trayendo a colación unas palabras que ya recogí con ocasión de un anterior comentario a la reforma del 2012, expresando que *los avances en esta potenciación de los instrumentos de flexibilidad interna que se contenían en las reformas de los años 2010 y 2011 contaban con un protagonismo de la intervención estatal importante, que varió sustancialmente con la firma del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para 2012, 2013 y 2014 que procedió a diseñar un conjunto de fórmulas específicas de adaptación de las condiciones de trabajo con el compromiso de introducir e impulsar la negociación de determinadas materias, en particular tiempo de trabajo, funciones y salarios, en los convenios colectivos de ámbito inferior, asumiendo la autonomía colectiva la gestión de la flexibilidad interna. Sin embargo, nada más lejos de la opción del legislador asumida poco después con la reforma del artículo 41, dirigida a posibilitar aún más su utilización por la vía del reforzamiento de los poderes decisión unilateral del empresario, con una declaración de intenciones contenida en la Exposición de Motivos consistente en destacar estas medidas dirigidas a “favorecer la flexibilidad interna de las empresas como alternativa a la destrucción de empleo” algo que el Presidente del Gobierno subrayó casi literalmente en una entrevista y que la realidad se encarga de desmentir, tratándose de un objetivo imposible cuando esa destrucción se ve facilitada y abaratada por el propio legislador. Estas afirmaciones cuentan con cierto reflejo estadístico, el primero extraído del volumen de asuntos de entrada en los Juzgados de lo Social, sirviendo a título de ejemplo los repartidos en Pontevedra, en los que se pasó de seis procedimientos en el semestre anterior a la reforma, al doble en el mismo periodo posterior. También los sindicatos han “contra atacado” con la presentación estos días de diferentes informes, donde ponen de manifiesto el aumento de los despidos en lugar del recurso por la empresa a esas otras medidas alternativas. En particular, U.G.T. señala que el número de trabajadores que se han dado de baja voluntariamente en su puesto de trabajo al no poder afrontar cambios en sus condiciones laborales ha venido incrementándose en términos interanuales desde el pasado mes de febrero, cuando se puso en marcha la reforma laboral, que pretendía reducir los despidos a cambio de una mayor flexibilidad en las empresas, apuntando, con los datos de altas de beneficiarios de prestaciones contributivas, que aportan la causa por la que se reclama este derecho, que entre febrero y julio de este año se registraron 5.537 resoluciones voluntarias, un 180,7% más que un año antes, de las que 1.706 estaban relacionadas con cambios de lugar de trabajo y 2.829 a modificaciones en la condiciones de trabajo; concretamente, las bajas voluntarias por no poder asumir un cambio de residencia se incrementaron a lo largo de los meses, en especial en julio, cuando repuntaron en un 150,3% respecto al mismo mes de 2011. Asimismo, las bajas voluntarias por cambios en las condiciones laborales no han dejado de crecer en estos meses, con especial incidencia en mayo (127,7%) y julio (183,9%), afirmando el secretario de Acción Sindical del citado sindicato que este efecto, contrario al perseguido por la reforma laboral, se debe a que “nada” de lo que sindicatos y empresarios pactaron en enero en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva se ha recogido en la reforma laboral, “en tanto que se han olvidado de que la flexibilidad interna debía ser negociada”, precisando por otro lado que los expedientes de regulación de empleo han aumentado un 88% desde la entrada en vigor de la reforma laboral respecto al mismo periodo de 2011. No obstante, añade, han aumentado un 58,2% el número de trabajadores afectados por procesos de suspensión y un 38,2% los que han visto su jornada reducida, mientras que los despidos han aumentado menos, un 15,2%.*

En sentido contrario y según la profesora Ana de la Puebla, *lo cierto es que la revisión de los expedientes temporales de regulación de empleo no estaba incluida entre las materias sobre las que se proyectaba la reforma del Estatuto de los Trabajadores. Ni se recogía en el programa reformista del Gobierno de coalición ni aparecía entre los hitos principales en las iniciales propuestas de reforma. De hecho, la modificación del art. 47 ET aparece en los últimos compases del diálogo social, constituyendo una materia sobre la que el consenso se ha alcanzado sin grandes dificultades.*

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. LA JUSTIFICACIÓN DE UNA RUPTURA.**

Resulta enormemente ilustrativo realizar un ejercicio de comparación entre uno y otro texto, comenzando el que ahora analizamos admitiendo precisamente el fracaso de todas las reformas anteriores para acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo: el desempleo y la temporalidad y continua con otro recado al legislador anterior al enfatizar que la que contiene el texto *camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos*, destacando igualmente como diferencia que permite concebir una mayor esperanza en su estabilidad y en la consecución de los efectos pretendidos que los cambios están avalados por el diálogo social. Estructuraremos las novedades en tres grandes bloques como son la FLEXIBILIDAD INTERNA, LA NEGOCIACION COLECTIVA y el NUEVO DISEÑO DE LA CONTRATACIÓN, reflejando en primer lugar de qué manera el preámbulo de la ley analiza cada una de estas figuras. Las aspiraciones de la Reforma no son nuevas y se identifican con las medidas y objetivos establecidos en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, dentro del Componente 23, relativo a las “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, en el que se incluyen diferentes reformas para modernizar y mejorar la eficiencia abordando un conjunto de deficiencias estructurales y aportando soluciones a las mismas, todo ello en el marco del dialogo social. En concreto, 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 permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición”, 8 “Modernización de la negociación colectiva” y 9 “Modernización de la contratación y subcontratación de actividades empresariales”.

La reforma en este ámbito aborda, en primer lugar, la simplificación y reordenación de las modalidades de contratación laboral. El objetivo es diseñar adecuadamente estos nuevos tipos de contratos para que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras. Por ello, la modernización de la arquitectura de negociación colectiva constituye una pieza clave del paquete de reformas, que aborde aspectos tales como la ultraactividad de convenios y la correcta relación entre convenios sectoriales y de empresa. Además, la modernización de la negociación colectiva deberá incorporar cambios en la propia estructura de negociación, reforzando la representatividad de las partes negociadoras, enriqueciendo sus contenidos y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos.

El incremento en el uso de la externalización productiva como mecanismo de reducción de costes afecta negativamente a la competencia cualitativa entre las empresas e incide también en el incremento de la precariedad laboral. Por ello, procede una modernización de su regulación que asegure un uso adecuado en los supuestos que mejoran la actividad productiva, al tiempo que lo desincentive en aquellos en que es un mero instrumento de reducción de costes, así como avanzar hacia la equiparación de condiciones de las personas trabajadoras subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas.

El objetivo es una regulación precisa que garantice el equilibrio entre agilidad y flexibilidad (en trabajos especializados, asociados a un proyecto determinado, etc.) y un nivel adecuado de protección a las personas trabajadoras de las subcontratas, en relación con los trabajos que desarrollan.

Sobre la base de esta experiencia, se integrará en el conjunto del sistema de relaciones laborales un nuevo mecanismo de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas, alternativo a la destrucción de empleo y a la alta temporalidad, que permita lograr un doble objetivo: (i) proteger el empleo ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y (ii) acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo del que resulte la pérdida del capital humano, del crecimiento potencial y del bienestar del conjunto de la sociedad. La finalidad del nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización –que también cuenta con importantes beneficios en la cotización a la Seguridad Social– consiste en proteger el empleo, primar el ajuste temporal de las horas de trabajo, impulsar la estabilidad de las relaciones laborales, de la inversión y del capital humano.

En uno de sus primeros pasajes ya alude a esta aparente contraposición entre flexibilidad interna y externa, al expresar que *uno de sus efectos más evidentes es la enorme volatilidad del mercado de trabajo español que reacciona de forma excesiva en las crisis económicas, provocando enormes pérdidas de puestos de trabajo y dando pocas oportunidades a medidas alternativas a las extintivas y basadas en la flexibilidad interna y la formación. Solo la traumática experiencia de la crisis sanitaria originada por la COVID-19 ha permitido, gracias al decidido empeño del diálogo social, abandonar parcialmente esta dinámica.* Vuelve a mencionar este concepto al tratar la nueva regulación de la negociación colectiva, identificando una distorsión o debilidad en *una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna. Así, las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue* para más adelante apuntar el tercer factor de distorsión del mercado laboral español que es *el posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización y una insuficiente utilización de los mecanismos de flexibilidad interna como medidas de adaptación, alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal.* Parece que la mano sindical es clara redactora de estas apreciaciones.

A este objetivo de la Reforma del establecimiento de un mecanismo de flexibilidad interna, estabilidad en el empleo y apoyo a la transición, dedica el preámbulo de la ley una extensión quizá excesiva, expresando que *la experiencia de los últimos meses, a raíz de la crisis sanitaria y económica derivada de la COVID-19, ha mostrado la importancia y la eficacia del recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo, como mecanismo de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo característica de crisis anteriores. El resultado ha sido muy positivo en términos de desacoplamiento de la evolución del PIB con la del empleo, así como de los saldos fiscales (gracias a la amortiguación de los estabilizadores automáticos), en la estabilidad de las relaciones laborales, en el mantenimiento del tejido productivo y del capital humano, así como en las inferiores tasas de desempleo, sin parangón con crisis anteriores. La exitosa experiencia con dicho instrumento, hasta ahora muy poco utilizado en España, proporciona una base para avanzar hacia un mecanismo permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda, alternativo a la alta temporalidad y a la elevada oscilación del empleo y que contribuya a la estabilidad laboral y económica, con un fuerte apoyo a la formación y recualificación de las personas trabajadoras, invirtiendo, así, en el capital humano del país, sobre la base de beneficios en la cotización a la Seguridad Social.*

 *Adicionalmente, el intenso proceso de digitalización y cambio tecnológico exige disponer de instrumentos que acompañen la transición y recualificación de las personas trabajadoras en los sectores más afectados, con el fin de que puedan disponer de las capacidades necesarias para ocupar los puestos de trabajo de calidad que se crearán en el futuro, en sus empresas actuales o en otras empresas o ámbitos de actividad.*

*Sobre la base de esta experiencia, se integrará en el conjunto del sistema de relaciones laborales un nuevo mecanismo de estabilización económica y de flexibilidad interna de las empresas, alternativo a la destrucción de empleo y a la alta temporalidad, que permita lograr un doble objetivo: (i) proteger el empleo ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y (ii) acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo del que resulte la pérdida del capital humano, del crecimiento potencial y del bienestar del conjunto de la sociedad. La finalidad del nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización –que también cuenta con importantes beneficios en la cotización a la Seguridad Social– consiste en proteger el empleo, primar el ajuste temporal de las horas de trabajo, impulsar la estabilidad de las relaciones laborales, de la inversión y del capital humano.*

*Todas las medidas relacionadas y con el alcance descrito, así como las vinculadas de manera necesaria con las anteriores, han sido objeto de negociación en la Mesa de Diálogo Social, de manera que ha sido el debate y el consenso la fórmula adoptada para hacer efectivo el necesario paquete de reformas, con vocación de permanencia y asentada en una clara voluntad colectiva.*

Las medidas para la modernización de las medidas de flexibilidad interna aparecen explicadas de la siguiente forma:

*Se incorporan medidas para facilitar el uso de los expedientes temporales de empleo, como fórmula alternativa y* ***prioritaria*** *a las extinciones –artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, y un nuevo mecanismo de flexibilidad y estabilización del empleo –artículo 47 bis, que se incorpora a dicho texto legal– para atender las necesidades excepcionales de naturaleza macroeconómica o sectorial que justifiquen la adopción de medidas de ajuste y protección temporal, así como inversiones de carácter público, previa declaración de tal circunstancia mediante acuerdo del Consejo de Ministros.*

*Asimismo, se desarrolla la reducción temporal de jornada o la suspensión de contratos, por causa de fuerza mayor temporal debida a impedimentos o limitaciones en la actividad normalizada, a consecuencia de decisiones adoptadas por la autoridad competente, incorporando como mecanismo disponible, con un carácter permanente, el régimen de los expedientes de regulación temporal de empleo a causa de la COVID-19, que han demostrado su eficacia para preservar empleo y tejido empresarial ante contingencias y escenarios de crisis.*

*Sin perjuicio de lo anterior, la modificación del artículo 47.6 del Estatuto de los Trabajadores no resultará de aplicación hasta el 1 de marzo de 2022 a los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimentos o limitaciones a la actividad normalizada derivados de las restricciones vinculadas a la COVID-19, que seguirán rigiéndose por lo previsto en el 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.*

*A este respecto, debemos tener en cuenta que, durante la pandemia, las personas trabajadoras que se encontraban en una situación de suspensión de contrato o reducción de jornada en el marco de expedientes de regulación temporal de empleo han computado como ocupadas a efectos estadísticos por tener garantizada su vuelta al trabajo por los reales decretos-leyes que las amparaban.*

*Dado que la nueva redacción del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sobre expedientes de regulación temporal de empleo, y la regulación del nuevo Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo, en el artículo 47 bis del mismo texto legal, refuerzan el vínculo con la empresa de las personas trabajadoras cubiertas, la disposición adicional sexta de este real decreto-ley señala que estas personas seguirán computando como ocupadas a efectos estadísticos. En efecto, se prevé una fecha cierta o la garantía de vuelta a su jornada completa o de restablecimiento de su contrato conforme a lo establecido en los dos artículos citados y en el apartado 10 de la nueva disposición adicional trigésima novena del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.*

 Esta última plasmación normativa tiene una primera finalidad en servir a las estadísticas del paro y supondrá una rebaja en el cómputo de desempleados, operando por otro lado como un instrumento que permita cumplir los compromisos europeos para la llegada de los deseados fondos, objetivo que esta presente en los términos y resultados de la negociación que ha culminado en la actual reforma. Como método de estudio, entiendo acertado trascribir la redacción de los preceptos para tratar de apuntar aquellas novedades o reflexiones más inmediatas, señalando como no podía ser de otra manera, que la novedad de la norma impide un acercamiento practico o valorar la dimensión de los posibles conflictos a través de resoluciones judiciales, pudiendo en su caso anticipar algunos de ellos, con apoyo en la experiencia de estos instrumentos durante la pandemia. En este sentido, en un reciente curso organizado de forma conjunta por el C.G.P.J. y el sindicato U.G.T. celebrado los días 7 y 8 de marzo de 2022 se pusieron de manifiesto cuestiones muy interesantes, algunas de ellas apuntada por el profesor y Magistrado de la Sala 4ª Antonio Sempere Navarro para criticar en primer lugar, cierta deficiencia de técnica legislativa en el empleo de las disposiciones adicionales para regular instituciones que deberían de tener su espacio en el articulado de la ley y por otro lado, para trasladar que las normas, una vez publicadas en el B.O.E. tienen vida propia, afirmación contrastada por la disparidad de opiniones ofrecidas en relación con el sentido de la norma que en principio, debería de ser inequívoca. Esta misma idea fue trasmitida por Fernando Lujan de Frías, Secretario Confederal del sindicato citado y que participó en la negociación de la Reforma, “confesando” dentro de la discreción oportuna, situaciones tales como la tensión entre distintos Ministerios a la hora de enfatizar determinadas posiciones, la consciente ambigüedad de algunos postulados, fruto del consenso que ha presidido el texto y finalmente como algunas interpretaciones “sesudas” quedan lejos de la intención de los agentes negociadores, lo que da a entender que si bien todo podría resultar ser más sencillo que muchas de las discusiones entabladas, el crecimiento y proyecto vital de la ley termina por provocar todas esas dudas interpretativas.

En cuanto a la negociación colectiva y los nuevos modelos de contratos, en la Exposición de Motivos se afirma que *promover la estabilidad en el empleo y la limitación de un uso abusivo, injustificado y desproporcionado de la contratación temporal constituye un elemento positivo por sí mismo, ya que supone un crecimiento del empleo sostenible en el tiempo, mejora las condiciones de trabajo, refuerza los sistemas públicos de protección social, genera inversiones en las empresas en capital tecnológico y humano y fomenta una auténtica capacidad de adaptación de las mismas, haciéndolas menos volátiles y sensibles a los desajustes coyunturales de cada momento. La reducción de la tasa de temporalidad es un objetivo evidente e ineludible de esta reforma y su consecución será medida del éxito de la misma. De ahí que la presente norma contenga una previsión de seguimiento específico de los efectos de la reforma sobre este parámetro.* La negociación colectiva adolece, según el texto, de las siguientes debilidades y distorsiones: a) Una incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna. Así, las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue. b) Falta de certeza sobre los instrumentos convencionales aplicables, que se traduce en un incremento de la inseguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras por sus efectos sobre la transparencia competitiva, el normal desarrollo de las relaciones contractuales entre las empresas, incluida la descentralización, y los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo. c) Unas reglas de aplicación preferente del convenio colectivo de empresa que deben ser matizadas a efectos de reforzar el convenio sectorial. El sistema de concurrencia de convenios colectivos debe equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, previendo los necesarios contrapesos y cautelas que no distorsionen la capacidad competitiva de las empresas ni reduzcan las condiciones laborales de las personas trabajadoras. Por tanto, los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada. Y por último, junto con las deficiencias relativas al abuso de la contratación temporal y el funcionamiento inadecuado de la negociación colectiva, también existen, en el mercado laboral español, distorsiones relativas a un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización y una insuficiente utilización de los mecanismos de flexibilidad interna como medidas de adaptación, alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla o el recurso a la contratación temporal.

**LA REDUCCIÓN DE JORNADA O SUSPENSIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN O DERIVADAS DE FUERZA MAYOR**

Este es el apartado al que dedicaremos una mayor extensión, pues contamos, como también destaca la Ley, con la experiencia suministrada por los ERTE durante la situación de pandemia, con toda la polémica que su utilización ha suscitado, comenzandopor definir, al menos intentarlo, los conceptos de flexibilidad interna y flexibilidad externa, remitiéndome para ello, no a estudios especializados, sino al contenido de diferentes pronunciamientos judiciales, poniendo de manifiesto que tratare de abordarla desde una perspectiva práctica, anticipando en la medida de lo posible los posibles conflictos que los profesionales suscitareis ante la jurisdicción social. En esta materia, la sentencia del T.S. de 16 de mayo de 2011 afirma que “la razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (“flexibilidad externa” o “adaptación de la plantilla”) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (“flexibilidad interna” o “adaptación de condiciones de trabajo”). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad reconocidas en el artículo 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de reestructuración de la plantilla, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre esa libertad y el derecho al trabajo de los trabajadores despedidos reconocido en el artículo 35 del propio texto constitucional”. Este párrafo se reproduce en la sentencia del T.S. de 9 de septiembre de 2020 antes aludida y a la que haremos referencia en otra ocasión más. Es el artículo 47 el que regula la reducción de jornada o suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor cuyo título ya es significativo porque invierte los términos del vigente hasta el 31 de diciembre, pudiendo dar a entender una preferencia por esta medida, tratándose de un ejemplo de lo apuntado anteriormente, ya que podemos estar simplemente ente un cambio de redacción sin una finalidad como la expresada, que por otro lado, requeriría de una mayor y mejor redacción. En el mismo sentido, el gobierno autor de la reforma del 2012 puso su empeño es reiterar que la intención de la reforma del 2012 es evitar el despido, ofreciendo a las empresas esos otros instrumentos menos traumáticos para el trabajador, cuando según reiterados pronunciamientos, no es exigible en modo alguno que haya de buscarse una solución de movilidad funcional o geográfica o de modificación del contrato, antes de llevar a cabo el despido, tesis que ha sido rechazada expresamente por la jurisprudencia. Por ello, se echa en falta en ambos textos una norma imperativa, al margen de lo que pueda disponer el convenio, que así lo establezca, apuntando los más optimistas que en la Exposición de Motivos, podemos encontrar una voluntad del legislador en este sentido, criterios de interpretación que bien intencionados, no alcanzan la entidad suficiente para obligar a las empresas a utilizar previamente estos mecanismos. **¿o si…?.**

Entiendo oportuno remitiros a la lectura del articulo para destacar lo siguiente: En primer lugar, incorpora, como ya se anticipó, una previsión novedosa y de no menor relevancia, cual es el carácter preferente de la reducción de la jornada frente a la suspensión de los contratos de trabajo. En la anterior redacción la regulación de los ERTE pivotaba en torno a la suspensión de los contratos de trabajo y presentaba la reducción de la jornada como una fórmula casi subsidiaria, relegada al apartado 4 del citado precepto. Ahora se trae a un primer plano la reducción de la jornada, prioridad que expresamente acoge cuando señala que “en la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de medidas de reducción de jornada frente a las de suspensión de contratos”. Esta preferencia esta sin duda también alentada por la parte sindical de la negociación para evitar los despidos, pero con un componente de indefinición y por ello subjetivo que condicionará su eficacia y que como toda norma ambigua, provocará conflictos a la hora de identificar cuando es “viable” priorizar la reducción y calificar la medida de suspensión como justificada o no.

Existen también algunas novedades procedimentales que tratan de agilizar el trámite, aclarando la eficacia positiva de la falta de respuesta de la administración en los casos en los que se le solicite una expresa declaración, manteniendo la reducción de los tres meses previstos para el despido objetivo a dos de la disminución de ingresos para tener las perdidas como persistentes y constatar la presencia de una causa económica

 Se institucionaliza el compromiso de empleo como contrapartida a las ayudas públicas de sostenimiento y apoyo de los ERTE, figura conocida en la experiencia anterior pero que ahora se configura como condición imprescindible para disfrutar de la exoneración en las cotizaciones. En este aspecto se aprovecha la ocasión para fijar un régimen jurídico que resuelve gran parte de las dudas que la regulación del citado compromiso en las normas laborales de la emergencia sanitaria ha planteado, vinculando ahora a la empresa durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo, lo que indudablemente incluye las prórrogas que hayan podido aplicarse, superando las dificultades interpretativas que generaban las referencias a la fecha de reanudación de la actividad laboral, recogidas en las normas COVID. También queda claro que el compromiso se refiere al “mantenimiento del empleo de las personas trabajadoras afectadas” de modo que el despido o extinción de trabajadores no incluidos en el ERTE no supone su incumplimiento. Y, en correspondencia con esta delimitación del ámbito subjetivo de la salvaguarda de empleo, los efectos del incumplimiento quedan también restringidos al reintegro del importe de las cotizaciones de cuyo pago se exoneró la empresa en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes. Una solución más proporcionada que la que aporta la normativa COVID-19, en la que el incumplimiento del compromiso de empleo determina la devolución de la totalidad de las cuotas de las que se hubiera exonerado el empresario. La redacción del compromiso queda pues establecido enel apartado 10 de la disposición adicional 44ª del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre en la forma que sigue: *Las exenciones en la cotización reguladas en la presente disposición adicional estarán condicionadas al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del 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, 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 Inspección de Trabajo y Seguridad Social. No se considerará incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.*

 A la hora de articular la eficacia de esta reducción/suspensión y la prioridad respecto a la extinción de los contratos y como ya se señaló, hay quien quiere ver en la redacción de la Exposición de Motivos la obligatoriedad de recurrir en primer lugar a esa solución menos traumática, como así lo puso de manifiesto el Profesor Eduardo Torrecilla en las jornadas mencionadas, ya habiendo rechazado el T.S. esta interpretación, si bien, admitiría que tal planteamiento pudiera servir como criterio hermenéutico para determinados supuestos, llegando a señalar que la clara e indubitada importancia que se le pretende dar a este mecanismo de flexibilidad interna, en gran parte inspirado en regulación existente en Alemania, se constata cuando la empresa queda obligada a justificar, cuando acuda a un despido colectivo y no a este mecanismo, de manera suficiente que este “es inviable para resolver de modo proporcionado y razonable la situación en la que se encuentra la empresa”. Fernando Lujan también reveló que se trató de privilegiar esa respuesta a través de la imposición al empresario de la carga de probar que no había posibilidad de acudir a la suspensión reducción, entiendo que de forma similar a los previsto para los accidentes de trabajo en el artículo 96.2 de la L.R.J.S. lo que no deja de ofrecer problemas y se abona a respuestas subjetivas de diferente sesgo. A juicio de la Sra. de la Puebla, el designio del legislador es que ante situaciones de dificultad coyuntural necesariamente se debe acudir a los ERTES y no cabe hacer uso de los despidos. La desaparición formal de la prohibición de despedir que se contenía en la regulación anterior a buen seguro que no significará la eliminación de los conflictos interpretativos, como parece anticipar la opinión de estos autores, si bien durante el ERTE (comprendiendo en esta figura también el MECANISMO RED al que se le aplica la misma norma) la prohibición se condicionará a las causas que han justificado su vigencia. Esa prohibición de despedir aparecía expresada en el artículo 2 del Real Decreto Ley 9/2020 de 27 de marzo que dispone que *la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido,* texto que en su Disposición Adicional Sexta bajo el título de la Salvaguarda del Empleo, establece *que las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad.* Sobre el alcance de este compromiso y obligación me he pronunciado en más de una ocasión, entendiendo que más que una prohibición de despedir o de implicar la nulidad de los despidos lo que supone es un encarecimiento de esta decisión, al impedir el recurso a la extinción por causas objetivas, con una indemnización menor, perdiendo también los beneficios obtenidos en materia de cotización, que la norma refiere como medidas extraordinarias en el ámbito laboral. Se trata a mi entender y como ya expresé tras su primera lectura, de un brindis al sol, de unas normas con finalidad plausible, pero que pueden ofrecer un factor de rigidez, contraria a la flexibilidad antes apuntada, en supuestos en los que efectivamente los gastos laborales quedan cubiertos con la intervención del Estado, pero no aquellos como los que afectan al inmueble, alquiler o mantenimiento, que vienen a suponer, ante la falta de ingresos, un aumento paulatino de las pérdidas que conducirán, a falta de otro remedio, a la desaparición de la empresa.

 Es necesario por otro lado diferenciar estas dos disposiciones que aun relacionadas, abordan supuestos diferentes, pareciendo oportuno en este momento hacer una pequeña valoración sobre algunos pronunciamientos judiciales que se han ocupado de esta materia y que a bien seguro podrá ofrecer algo de luz sobre las dudas que la nueva norma suscita, pues no en vano y como se recoge en su Exposición de Motivos, se ha aprovechado la experiencia de estos instrumentos para su configuración permanente en el E.T. En primer lugar y a la hora de interpretar el artículo 2 del Real Decreto ley 9/2020, la Dirección de Trabajo en oficio de 11 de abril de 2020 tiene claro tanto su alcance objetivo como el temporal, afirmando que las causas descritas en los artículos 22- la fuerza mayor temporal por causa del COVID- 19- y 23- las causas económicas, productivas, técnicas y organizativas relacionadas con el COVID-19- en ningún caso pueden justificar una extinción o un despido durante dicho periodo respecto de los contratos suspendidos y en base a las mismas causas. Queda así protegido el empleo de manera excepcional en base a la misma circunstancia que determina la adopción de medidas excepcionales, de manera que nada impide que desplieguen sus efectos aquellas otras causas de extinción válidas que ninguna relación guarden con el coronavirus y el estado de alarma.

 No es de esta opinión el T.S.J. de Galicia que en sentencia de 11 de marzo de 2021 afirma *que tal precepto restringe las causas justificativas del despido y de la extinción del contrato, excluyendo de las mismas las recogidas en los artículos mencionados, siendo necesario para que juegue la restricción de la justificación del despido que las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -que es el caso que nos ocupa- que en circunstancias normales podrían justificar un despido objetivo estén vinculadas mediante causalidad directa o al menos “relacionadas” con el Covid-19*. Rechaza la Sala la interpretación ofrecida por la empresa de que el régimen jurídico excepcional del artículo 2 no puede ser extendido a todas las empresas, sino sólo a las empresas o entidades que apliquen un ERTE basado en la causa del artículo 23 se hayan sometido a dicho régimen excepcional, con cita la D.A. 6º. Al parecer de la Sala tal argumento no tiene suficiente sustento normativo *en primer lugar, dado que el artículo 2 no supedita la restricción de la justificación de los despidos por determinadas causas objetivas a que se hayan seguido los procedimientos y adoptado las decisiones de los artículos 22 y 23. Lo que hace ese artículo 2, y su tenor literal es meridiano, es establecer que las causas en que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada de tales artículos 22 y 23 no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido. Es decir, las causas previstas en tales preceptos pueden ser, en su caso, justificativas de las medidas que tales artículos 22 y 23 recogen, pero no de una extinción del contrato de trabajo ni de un despido.* Continúa diciendo que, *en este orden de cosas, el Preámbulo del Real Decreto Ley señala, entre otros aspectos, que, en concreto, las medidas adoptadas en este real decreto-ley están orientadas a un triple objetivo. Primero, reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; segundo, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y tercero, reforzar la lucha contra la enfermedad. En efecto, más allá de las medidas específicas de apoyo a los ciudadanos y familias afectadas por la presente situación excepcional, es preciso adoptar medidas que proporcionen la necesaria flexibilidad para el ajuste temporal de las empresas con el fin de favorecer el mantenimiento del empleo y reforzar la protección de los trabajadores directamente afectados. Las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTEs) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. A la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos. Por otro lado, y de modo más rotundo, el Preámbulo del Real Decreto Ley 9/2020 señala que se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el Real Decreto Ley 8/2020, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo. En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto Ley 8/2020, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual.* Es decir, concluye, la voluntad del legislador fue, por un lado, un objetivo general de mantenimiento del empleo en las actuales circunstancias de crisis sanitaria. Y, en concreto en relación a lo que nos ocupa, que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales. Por tanto, la voluntad del legislador fue -sin perjuicio de mantener en general las causas de despido y extinción previstas en nuestro ordenamiento jurídico- que en concreto las causas contempladas en los artículos 22 y 23 citados no se empleasen para despedir o extinguir contratos de trabajo sino, en su caso, para adoptar las medidas recogidas en tales preceptos, las cuales resultan menos traumáticas para el empleo. Añade que una interpretación como la de la parte impugnante, podría suponer un desincentivo a la adopción de las medidas de los artículos citados, en tanto que sólo una vez adoptadas las mismas se restringiría la posibilidad de despido al amparo de la norma citada, apuntando que la Disposición adicional sexta “Salvaguarda del empleo” sí se refiere a la situación de las empresas que hayan tenido ERTES al amparo de la normativa citada, incidiendo tal disposición en los eventuales despidos o extinciones de quienes han sido previamente afectados por tales ERTES. Rebate igualmente el planteamiento de la magistrada de instancia que lleva a la desestimación de la demanda de que “no está tan claro que conforme a lo previsto en el artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020 la empresa pudiera acogerse a las medidas que allí se regulan”, lo que nos sitúa en la difícil coyuntura en que se encuentran las empresas y a la que antes hice alusión, remitiéndose a una Nota sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por Covid-19 de la Dirección General de Trabajo, que interpreta los requisitos establecidos en el citado artículo 22 así como el Criterio 811 bis de la Dirección General de Trabajo, que establece que el ERTE debe corresponder a la afectación temporal y subjetiva que padece la empresa, entendiendo la Sala que, por un lado, tales criterios no tienen carácter normativo. Y, por otro lado, tampoco constan en los hechos probados elementos fácticos que puedan llevar a concluir que la empresa demandada no podría acogerse a las medidas de los artículos 22 o 23 citados.

 Tal interpretación de la norma y en términos tan rigurosos, puede conducir a resultados desproporcionados, primero, porque esa desconexión entre compromiso de mantenimiento de empleo y la prohibición de despedir no está tan clara, posicionándome más cerca de la interpretación que da la demandada o la sentencia de instancia, de forma que solo si te acoges a esas ayudas por reunir los requisitos establecidos, podrás beneficiarte de las mismas y como contrapartida, no recurrir al despido durante su vigencia o en los seis meses posteriores; y en segundo lugar, pensemos que las causas COVID conducen a un cierre de la empresa por ausencia total de actividad o que coincide la pandemia con unos resultados que no permiten otra solución. En este sentido la “flexibilidad” a la que alude el Real Decreto Ley mencionado estaría enormemente condicionada, entendiendo este juzgador que esa disposición afectaría solo a las empresas que hubiesen accedido a los ERTE en justa compensación de los beneficios que ello les supone, habiendo manifestado la demandada que no ha tenido bonificaciones de ningún tipo. Así parece desprenderse de la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 8/20 en el que se dice que “con el objetivo de aligerar los costes en los que incurren las empresas, en los casos de fuerza mayor regulados en este real decreto-ley, otra de las novedades incorporadas, es la exoneración a las empresas del pago del 75% de la aportación empresarial a la Seguridad Social alcanzando dicha exoneración el 100% de la cuota cuando se trate de empresas de menos de 50 trabajadores, siempre que éstas se comprometan a mantener el empleo”, por lo que parece vincular expediente, prohibición de despedir cuando el contrato esté suspendido y compromiso de mantenimiento del empleo en los seis meses posteriores en los términos de la Disposición Adicional Sexta, exención de cuotas que se viene aplicando no solo para los casos de fuerza mayor sino para el resto de casusas consignadas en el artículo 23.En cualquier caso, este articulo 2, contenga bien una prohibición o solo una limitación, debe de ser objeto de una interpretación restrictiva.

 Por otro lado, y en cuanto a la elección de una medida de flexibilidad interna o su alternativa, en una primera aproximación, el T.S.J. de Madrid en sentencia de 30 de noviembre de 2020 simplificando la distinción, mantiene que los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, señalando que no son de aplicación el artículo 2 y la disposición final 3ª del 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, que solo afectan a aquellas situaciones que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID19, por lo que el despido colectivo si se apoya en causas estructurales es el procedimiento adecuado a los fines de extinguir las relaciones laborales por causas económicas anteriores al estado de alarma. Estamos ciertamente ante una diferenciación que no siempre resulta nítida y que requiere de una valoración individualizada, manteniendo el T.S.J. de Galicia en sentencia de 22 de marzo de 2021 que *lo que no puede reprocharse a la empresa es que teniendo el origen de su crisis en una situación previa a la de pandemia por coronavirus, se acogiera a un ERTE por causas productivas en aras de mantener el empleo y que ahora despida por las mismas causas, cuando estas ya existían antes del ERTE, al ser de tipo estructural, pero agravadas por la causa coyuntural que justificó la medida de suspensión de los contratos, pues insistimos la suspensión de contratos estuvo claramente conectada con una situación temporal de paralización de proyectos por las limitaciones de movilidad y la extinción está basada en la disminución continuada de facturación desde el ejercicio 2018, la que se agrava con la situación de la pandemia. Recodemos en este punto cuanto manifiesta la sentencia del T.S. de 17 de julio de 2014 “el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas o meramente suspensivas; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de “oportunidad” que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba”.*

Estas consideraciones, deben a mi entender, completarse con la doctrina relativa a la aplicación del principio *rebus sic stantibus* por la razón anteriormente apuntada de atender al contexto vigente en el momento del acuerdo, si es que se llegó al mismo y el que puede existir con posterioridad durante el periodo de compromiso de mantenimiento del empleo, que en cierta media entraña igualmente una prohibición de despedir, siendo fácil advertir la presencia de multitud de factores que pueden incidir de forma negativa en el resultado de la explotación una vez finalizado el periodo de protección; lo contrario supondría admitir, con cierta ingenuidad, que desaparecida la pandemia y agotado ese plazo, el estado de las cosas volvería a ser, como por arte de magia, el anterior.

 A esta circunstancia ser refiere la sentencia del T.S.J. de Asturias de 26 de octubre de 2020, expresando que *una vez levantado el estado de alarma debe tenerse en cuenta la jurisprudencia sobre la suspensión de los contratos y el despido posterior, como la sentencia de 17 de julio de 2014 que razona: “ello exigirá, que concurra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión”. Y en la misma línea hemos indicado que el pacto colectivo sobre la suspensión de contratos impide su desconocimiento, revisando el acuerdo suspensivo por aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, si no se ha producido un cambio radical y la gravedad de la crisis, así como su carácter estructural, eran notorias. Abundando en la misma línea, en el caso de que el ERTE haya traído causa en acuerdo con la representación legal de los trabajadores, no ofrece duda que la excepción al principio “pacta sunt servanda” se limitaría a supuestos extraordinarios en los que por virtud de acontecimientos posteriores, trascendentes e imprevistos resultase extremadamente oneroso para una de las partes mantener el negocio -acuerdo- en su inicial contexto. Y aún para el supuesto de que el ERTE hubiese obedecido a exclusiva decisión empresarial, ese negocio jurídico unilateral tiene plena eficacia [artículo 1258 del C.C.] y no puede ser dejado sin efecto de forma unilateral, por expresa disposición del artículo 1256 del C.C., a no ser que también mediase aquella grave alteración de las circunstancias concurrentes o de la base del negocio; e incluso a mayor abundamiento podría sostenerse -al margen del citado artículo 1256 del C.C. - que frente a ese cambio de criterio en último término siempre resultaría invocable la doctrina de los actos propios, que impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad -de significación jurídica inequívoca- al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquella.*

 Reiterada jurisprudencia entiende que cuando la medida supone este cierre de la empresa no está obligado el demandado a acreditar que la decisión adoptada tiende a hacerla viable, sino el mismo cierre por circunstancias económicas, en el sentido de que no exista otra alternativa o probable viabilidad de la empleadora, considerando que el cese en la actividad no impide que se entienda que se trata de superar la situación económica negativa acreditada de pérdidas, porque éstas dejan de producirse con el cierre, no siendo exigible al empresario que mantenga en marcha un negocio no rentable. Tal decisión conduce sin lugar a dudas a aumentar aún más las consecuencias gravosas para la empresa y por qué no, a aventurar una nueva responsabilidad para el FOGASA. Esta lectura, que impone a todas las empresas la prohibición de despedir por causas relacionadas con el COVID y a las que se acojan a las ayudas, la obligación de mantener el empleo, además de tener en gran medida un componente ilusorio, es poco respetuosa con el principio de libertad de empresa al sujetar a los agentes económicos a unas obligaciones difíciles de asumir, siendo el futuro el que nos de respuestas a la bondad de los instrumentos utilizados y la aplicación que de los mismos estamos haciendo Juzgados y Tribunales. Esta situación puede constatarse con la lectura de la sentencia del T.S.J. de Asturias de 30 de marzo de 2021 que confirma la resolución de instancia en la que se examina la decisión de una empresa del sector de la hostelería que, tras obtener autorización para la suspensión de los contratos de trabajo por causa de fuerza mayor, desistió y procedió al despido objetivo de la trabajadora, declarándose el mismo nulo y a su vez extinguida la relación laboral por imposibilidad de readmisión, lo que supone para la empleadora la elevación de los costes del cierre y de las extinciones de los contratos, frustrando con ello la finalidad de la norma que le sirve de criterio de interpretación como es la “salvaguarda del empleo”. Expresa la Sala que *el cumplimiento de la finalidad pretendida expresamente por la normativa en la cual se integra como medida esencial, criterio interpretativo fundamental a tenor del artículo 3.1 del C.Ci. y determinante de la utilidad de la norma para afrontar la crisis, hace que la nulidad del despido sea la consecuencia natural*. Añade que *el engarce entre el mantenimiento del empleo y la resolución irregular del contrato de trabajo por un acto unilateral del empresario nos conduce a la restitución ad integrum del vínculo laboral. Y ello por estas razones: primera, por la indisponibilidad de la norma excepcional por parte de cualquiera de los sujetos participantes en las relaciones laborales, tanto en la esfera de la voluntad general como en la particular de un contrato de trabajo (empresa y sindicatos), en cuanto que el tercer sujeto de las relaciones laborales, el público, es el que se ha atribuido las funciones de delimitar los parámetros funcionales y de reacción ante la pandemia y sus consecuencias; la segunda, porque solamente se acomoda a esa previsión de mantener el empleo y la situación previa a la generada con el R.D. 463/20 la reposición de la situación previa del trabajador al acto ilícito de su despido; tercera, porque la vis atractiva de la imposición a los empresarios y trabajadores de un sistema concreto de atender la crisis les ha privado de la disponibilidad de la extinción de los contratos de trabajo, y les obliga a asumir un instrumento concreto fuera del cual, en los supuestos del artículo 22 del Real Decreto Ley 8/20 (completado por el 2 del Real Decreto Ley 9/20, para nuestro caso, y posteriormente el 30/2020), no hay alternativa: es ope legis. Fuera de los contornos legislativos no hay discrecionalidad; y, cuarto, porque esa no disposición de la facultad de despedir que establece el artículo 2 del Real Decreto Ley 9/20 conduce a que no sea posible que por la declaración de despido improcedente se produzca lo que no ha querido la norma, y que a la postre se opte por la extinción del contrato mediante una indemnización, que es la posible consecuencia del despido improcedente. Si se admite ello se admitiría una quiebra de la misma norma, dejándola sin contenido eficaz.*

Olvida este pronunciamiento que, como ya se ha reiterado, la extinción fue la conclusión de todo este proceso y finaliza con un argumento que trata de reforzar su postura, afirmando que *la nulidad del despido no es una calificación reservada en nuestro ordenamiento jurídico a proteger a los trabajadores frente a vulneraciones de sus derechos fundamentales,* manifestación con la que estamos de acuerdo pero que debe de completarse con que esa calificación es en cualquier caso, una previsión legal, lo que no sucede en el caso examinado.

Finalmente haremos referencia a recientes sentencias del T.S. la primera de ellas -otra vez- la de 9 de septiembre de 2020, que avala la decisión de la Audiencia Nacional que estimala demanda de conflicto colectivo promovida por un sindicato y anula las medidas colectivas de suspensión y reducción de jornada promovidas por la empresa a la que condena a reponer a los trabajadores afectados en las mismas condiciones anteriores a su aplicación y a abonar los salarios y retribuciones dejados de percibir durante el tiempo que la empresa ha aplicado la medida y a reintegrar el importe de las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores por el Servicio Público de empleo Estatal durante este periodo.Ambos tribunales entienden que ante causas estructurales la empresa debió de acudir, no a la suspensión de los contratos, sino a la extinción de los mismos pues las causas son de tal intensidad que impiden la continuidad de la empresa, por lo que parece invertir esa tendencia de adoptar una solución menos intensa, subrayando además, que con la doctrina expuesta, esa facultad empresarial o el “juicio de oportunidad” de acudir a uno u otro remedio es ilusorio cuando permite a los tribunales revisar su decisión y como es el caso, revocarla, provocando mayores gastos a una empresa que la propia resolución califica como “insostenible”. En este sentido, expresa que, *si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa “idoneidad” de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su “oportunidad” en términos de gestión empresarial sí de excluirse en todo caso, como carentes de “razonabilidad” y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores.*

 Nos movemos de nuevo en el ámbito de la subjetividad y la empresa recurrente alega la vulneración del artículo 47 del E.T. en relación con el artículo 38 de la Constitución, considerando que la sentencia ha realizado un juicio de oportunidad que no le corresponde y que se refiere a la consideración de problemas estructurales y no coyunturales, sustituyendo la valoración del propio empresario sobre qué procede hacer en tal situación. La Sala dedica el motivo SEXTO a rechazar este planteamiento y tras citar la doctrina sobre la extinción de los contratos y el control de su razonabilidad, acaba concluyendo que *el motivo de recurso no puede prosperar porque reprocha a la Sala de instancia que haya realizado el control de razonabilidad, proporcionalidad o funcionalidad que, precisamente, nuestro ordenamiento considera imprescindible. Ese examen, exigido por nuestra Constitución, al tiempo que presupuesto por las propias normas cuya vulneración alega la recurrente, es inherente a la regulación de las facultades empresariales de reestructuración y a las consecuencias que de ello derivan (inclusive las que implican movilización de recursos de Seguridad Social, del Fondo de Garantía Salarial o de otros organismos públicos).* *Negar este control atribuiría a la empresa una facultad inmune a la revisión jurisdiccional, con grave quebranto de los derechos de la plantilla y difícil encaje con nuestro entramado institucional, comenzando por la propia Ley Fundamental. La SAN recurrida, se comparta o no su criterio, expone detalladamente los hechos a partir de los cuales considera que no es adecuada, ni proporcional, la decisión empresarial impugnada.*Debe de recordarse que la empresa adoptó no la extinción, sino la suspensión de los contratos, entendiendo que con este tipo de reflexiones, habida cuenta de la dificultad de deslindar los conceptos de “idoneidad” y “razonabilidad” el espacio que queda al empresario para decidir qué medida utilizar, es muy escaso.

 En la de 16 de diciembre de 2021 por su parte confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que rechaza la petición de nulidad del despido colectivo entender que la decisión tomada dentro del periodo de suspensión de los contratos de trabajo sin causa suficiente implica el ejercicio de un derecho de forma contraria a la buena fe que lleva aparejada esa calificación. Después de identificar ERTE con causas de carácter coyuntural y ERE con las de carácter estructural, define los escenarios de uno y otro con la incertidumbre del primero y la situación definitiva del segundo, parámetros de interpretación que pueden ser utilizados en esta materia, habiéndose, según el T.S. producido cambios sustanciales y circunstancias diferentes relevantes en relación con las que determinaron el acuerdo de suspensión de contratos justificadoras de la decisión extintiva adoptada. Alega igualmente uno de los recurrentes la infracción del artículo 2 del R.D. 9/2020 por utilizar sus palabras, *habida cuenta de esa nítida voluntad del legislador de priorizar el mantenimiento del empleo a través de la utilización de las medidas de flexibilidad interna que se favorece, frente a la extinción de los contratos,* voluntad que para la sentencia anterior no parece ser tan “nítida”, rechazando el motivo por tratarse de una cuestión nueva. Sin embargo, en el fundamento anterior afirma que *no desconoce la Sala las denominadas "medidas extraordinarias para la protección del empleo", recogidas en el artículo 2 del R.D. 9/2020 para concluir que no obstante, teniendo en cuenta las particulares circunstancias concurrentes en el supuesto debatido, que han quedado expuestas y razonadas en el apartado 4 de este Fundamento de Derecho, la Sala entiende que este motivo de recurso ha de ser desestimado.*

 En parecidos términos se pronuncia la sentencia de 22 de febrero de 2022 que en este caso, desestima el recurso de casación interpuesto por la empresa frente a la sentencia del T.S.J. del País Vasco de 4 de mayo de 2021 que declara la nulidad del despido colectivo por vulnerar la garantía de indemnidad, interesando destacar la afirmación de queen cumplimiento de los citados preceptos-cita el artículo 2 del real Decreto Ley 8/2020 o prohibición de despedir y su artículo 5 sobre el carácter preferente del trabajo a distancia, así como su Exposición de Motivos- *no cabe aducir como causa de despido aquélla que deriva de la pandemia y es esencialmente temporal, en cuyo caso el empresario debe proceder a las suspensiones o reducciones de jornada de carácter temporal. Sin embargo, aunque las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción estén relacionadas con el COVID-19, si se acredita que son objetivamente definitivas y que han adquirido una sustantividad propia incompatible con la temporalidad propia de los ERTE, en tal caso la empresa sí que podrá acordar el despido colectivo (u objetivo).* *La cláusula de salvaguarda de empleo establecida en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley inicialmente aplicable a los ERTE por fuerza mayor del artículo 22 de esa norma y posteriormente extendida a los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020 que se han beneficiado de las exoneraciones de cuota; revela que si la empresa acredita que las causas son estructurales y no meramente coyunturales, los ERTE no constituyen una medida idónea para afrontarlas.* *En caso contrario, al finalizar las prórrogas del artículo 2 de la Ley 3/2021, la empresa se encontraría con un exceso de plantilla estructural y con una cláusula de salvaguarda de empleo que supondría que debería mantener el empleo durante seis meses desde la reanudación de la actividad.* *En aquellos supuestos en que los efectos económicos de la pandemia tengan consecuencias tan negativas que impidan la pervivencia de toda o parte de la actividad anterior, el acceso a un ERTE resultaría una medida paliativa insuficiente. No puede exigirse a una empresa que sufra esas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTE durante un prolongado lapso temporal, lo que podría afectar al mantenimiento definitivo del empleo.* *Por ello, no compartimos la afirmación de la sentencia recurrida de que "con la legislación sobre la pandemia [...] todas las situaciones van a ser coyunturales, salvo las que se producen en una tesitura independiente de la pandemia".*

 Continúa diciendo que *es importante clarificar la carga de la prueba. El ordenamiento ha priorizado la adopción de medidas de flexibilidad interna bajo el presupuesto de que nos encontramos ante una situación coyuntural y no estructural que exija medidas más traumáticas para el empleo. El legislador de excepción solamente permite la adopción de medidas de flexibilidad de salida cuando no sea posible afrontar la crisis empresarial mediante las citadas medidas de flexibilidad interna.* *Por tanto, en los despidos colectivos realizados durante la vigencia de la pandemia que estén relacionados con el COVID-19, incumbe a la empresa acreditar, con arreglo a las reglas de carga de la prueba del artículo 217 de la L.E.Ci. y, en particular, la facilidad y disponibilidad probatoria, que las circunstancias que motivaron el despido colectivo son estructurales y no meramente coyunturales: que las medidas de flexibilidad interna de los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 son realmente insuficientes para paliar su situación crítica. Si así lo hace, cumpliendo con el resto de requisitos legales, la calificación del despido no podrá ser otra que la de ajustado a derecho. Dicho abiertamente: lo que, de ordinario, constituye un deber empresarial aquí aparece reforzado con especial énfasis, precisamente, por la necesidad de acreditar que no están subsumiéndose en el despido supuestos que concuerdan con las exigencias de una mera suspensión.* *En resumen, si concurren las causas coyunturales previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 no se considerará justificado el despido o la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que dichas circunstancias facultan, en su caso, para proceder a la suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor (artículo 22) o para la suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 23). Por el contrario, si la empresa acredita la existencia de una situación estructural, sí que puede acordar el despido colectivo.* En definitiva, concluye, *incumbía a la empresa acreditar que las causas económicas y productivas justificativas del despido eran estructurales, lo que no ha hecho. Se trata de causas que están relacionadas con la pandemia por COVID-19: a comienzos del año 2020 la empresa PCB no se encontraba en una situación económica negativa, ni concurrían causas productivas que justificaran una reducción de su plantilla, la cual no estaba prevista. El despido colectivo tiene su origen en el impacto de la pandemia en su actividad principal, en particular en las expectativas futuras hasta que finalicen los efectos de la crisis sanitaria. Al no haberse acreditado su naturaleza estructural, dicha situación excepcional debió afrontarse mediante la adopción de medidas de flexibilidad interna y no con despidos colectivos.*

Continuando con la nueva regulación, merece destacarse la posibilidad de mantener vivo o activo el ERTE durante el periodo en que este resulta aplicable, pero afectando y desafectando sucesivamente a las personas trabajadoras en función del cambio de circunstancias y de las necesidades de la empresa. De este modo, se incorpora un sistema dinámico, que ya acreditó su eficacia durante los ERTE COVID, en la medida en que permite a las empresas adoptar las medidas de forma escalonada o progresiva, adaptándose a las variaciones y oscilaciones que experimenta la actividad empresarial durante la crisis. La falta de prohibición expresa, en palabras de la Catedrática de la Puebla Pinilla permitirá además que, si las circunstancias lo justifican, se produzcan desafectaciones totales del ERTE de modo que este puede mantenerse vivo hasta el plazo máximo previsto aunque, durante su vigencia, se dé la circunstancia de que todas las personas trabajadoras han sido reincorporadas a su actividad laboral. Esta fórmula, en la que está patente el interés empresarial, dota de una gran flexibilidad a los instrumentos de regulación temporal de empleo permitiendo que actúen como un mecanismo ágil para adaptar las necesidades de plantillas a las circunstancias cambiantes. Ello obliga igualmente a la representación de los trabajadores, Inspección de Trabajo y a la autoridad laboral a extremar el control y vigilar para que esta flexibilidad no se transforme en un abuso o fraude en la utilización de estos instrumentos y las ventajas que les supone.

**MECANISMO RED DE FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO. Una novedad tristemente anticipatoria.**

Se introduce un nuevo artículo 47 bis, que regula el mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo a cuyo contenido me remito. Llama en primer lugar la atención la utilización de mayúsculas para identificar este instrumento, cuando como apunta el profesor Gimeno, no estamos ante un acrónimo, sino que parece evocar a la “red” como herramienta de pesca o mejor aún, como elemento de protección o salvaguarda ante caídas, representándoseme el grafico que acompañaba a un artículo periodístico con este título de “trabajar sin red” en el que el trabajador se precipitaba con la esperanza de quedar atrapado en la red, de forma que quedaría inmovilizado, pero sano y salvo, metáfora que bien puede servir para escenificar la finalidad de este instrumento, de aplicación para situaciones realmente graves.

 El hecho de tratarse de un mecanismo totalmente nuevo lleva al legislador a la introducción de una disposición adicional en la que se prevé un examen de su aplicación tras un año desde que se produzca su activación, con una redacción que deja las puertas totalmente abiertas a cualquier decisión que pueda adoptarse en el marco del diálogo social tripartito, ya que deberá analizarse la oportunidad de adoptar medidas “tendentes a favorecer la transición profesional de las personas trabajadoras que se vean afectadas por el Mecanismo RED en el futuro”.

 El Mecanismo RED se diseña, pues, para la resolución de situaciones de dificultad estructural, en todo el ámbito económico o en concretos sectores productivos, sin perjuicio, tal como subraya el profesor Cruz, de que las medidas que se adopten para dar respuesta a tal situación tengan carácter temporal que enfatiza su utilidad en estos términos: “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”, una de las cuales puede ser la puesta en marcha de políticas formativas que no traten solo de solventar los problemas existentes en una empresa, sino que permitan la adaptación de las personas trabajadoras a nuevas actividades en nuevas empresas y en nuevos sectores.

 Estas dos modalidades tienen, en palabras de algunos de los participantes en las jornadas, una traducción practica visible en dos situaciones: la letra a) pensada para supuestos en los que por desgracia estamos actualmente inmersos, como es la guerra en Ucrania, con los efectos que ello puede suponer en el tejido productivo de los países europeos, con el incremento de los costes de producción que de manera general, pueden afectar a la economía a la supervivencia misma de las empresas y la letra b), en la que está visible una mayor localización, en un contexto como el vivido con la reconversión industrial de los años 80 en sectores como la minería o el naval en el norte de España, lo que tendría una justificación en las constantes transformaciones exigidas por las nuevas tecnologías y porque no, por los requerimientos medio ambientales que también se vienen imponiendo como consecuencia de una mayor sensibilidad sobre esta materia. La nueva regulación del Mecanismo RED tienen indudable impacto sobre normativa en materia de Seguridad Social, de formación para el empleo, y de infracciones y sanciones, con respecto a la primera, la L.G.S.S. incorpora un nuevo artículo 153 bis, que regula la cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato; una nueva disposición adicional trigésimo primera, que versa sobre los “beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y a los mecanismos RED”; y una nueva disposición adicional cuadragésima primera, sobre “medidas de protección de las personas trabajadoras afectadas por el Mecanismo RED. Sobre el ámbito formativo, hay que prestar atención a la nueva disposición adicional vigésimo sexta del E.T. que versa sobre las acciones formativas en los ERTES regulados tanto en los dos preceptos, y a la modificación del artículo 9 de la Ley 30/2015 de 9 de septiembre, por la que se regula el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, con la adición de un apartado 7 que dispone un incremento de crédito para las acciones formativas que se lleven a cabo a personas afectadas por ERTES. Por fin, con respecto a la LISOS, cabe destacar la importancia de la modificación del artículo 8.3 que califica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales “proceder al despido colectivo de trabajadores o a la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor o del Mecanismo RED en cualquiera de sus modalidades, sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51, 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo el nuevo apartado 20 como infracción muy grave “Establecer nuevas externalizaciones de actividad incumpliendo la prohibición establecida en el artículo 47.7.d) del Estatuto de los Trabajadores”. Realmente hay que calibrar el alcance de estas infracciones, primero, porque se está dotando a infracciones procedimentales de un alcance muy superior a la nulidad prevista para el primer supuesto y por otro lado, introduce un factor de inseguridad pues esa prohibición tiene también sus excepciones.

 Respecto a la aplicación de las normas comunes del apartado 7 del artículo 47, al profesor Pablo Gimeno Diaz de Atari, le sorprende que el legislador haya mantenido un criterio tan vinculado al mantenimiento del puesto de trabajo por encima del mantenimiento del empleo, especialmente cuando toda la configuración de los ERTES del mecanismo RED sectorial parecen reconocer la posibilidad de que el empleo ya no sea viable en los mismos niveles: los cambios en el sector son permanentes y la formación puede dirigirse a la reorientación profesional, y específicamente se indica, como ya se ha señalado, que no tiene por qué estar necesariamente vinculada a la prestación de servicios en la empresa. En este sentido, tal vez habría sido razonable aceptar el compromiso de mantenimiento del empleo si la persona trabajadora es reubicada en otra empresa de otro sector con un contrato indefinido. No obstante, según su impresión, la vinculación de las indemnizaciones extintivas con el tiempo de servicio en la empresa hizo imposible alcanzar un acuerdo en esta materia.

 Recientemente y como ya se apuntó, la situación mundial y las incidencias que ello provoca en nuestra economía ha llevado ya a una primera polémica sobre la utilización de estos instrumentos y así puede constatarse en diferentes medios periodísticos: así el jueves 24 de marzo, la Ministra tras afirmar que no es momento de despedir, ha recordado que el nuevo esquema para los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), el mecanismo Red, ya está vigente y puede usarse en cualquier momento, si bien requiere la activación previa del Consejo de Ministros. Por ahora, sólo está permitido que lo utilicen las agencias de viajes, pero el Gobierno podría ampliarlo a otros sectores afectados por la inflación, el desabastecimiento, el encarecimiento de la energía y la huelga de transportes, como le piden los sindicatos. Según recoge la COPE, a pesar de que una parte del Gobierno mantiene que no se notan los efectos de la guerra, la vicepresidenta Calviño decía que “es demasiado pronto para hacer una estimación de los efectos macroeconómicos de la guerra” y el ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones José Luis Escrivá aseguraba hace unos días que “no se ve nada”; en el Ministerio de Trabajo reconocen un gran aumento en las dos últimas semanas de los ERTE. De hecho, hoy martes, 29 de marzo, el ejecutivo planteará un paquete de reformas entre las que se encuentra esta prohibición de despedir, si bien según las fuentes con distinto alcance, insistiendo la vicepresidenta primera y ministra de Asuntos Económicos, Nadia Calviño, en que esta prohibición solo se aplicará a las empresas que reciban ayudas, “porque no pueden usar ese dinero para despedir”. Fuentes empresariales, aseguraron ayer que, nuevamente, habrían existido diferencias entre Díaz y Calviño a la hora de adoptar esta iniciativa debido a las fuertes reticencias de la vicepresidenta primera. Finalmente, la plasmación positiva de esta divergencia ha llegado con la redacción del artículo 44 del R.D.Ley publicado hoy 30 de marzo de 2022 con una especie de solución de compromiso al vetar el despido solo a las empresas que acudan a las ayudas que proporciona el ERTE o aquellas cuyos problemas deriven del aumento del gasto energético, señalando el citado precepto bajo el título de MEDIDAS EN EL AMBITO LABORAL lo siguiente: *En aquellas empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio 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.*

**LA NUEVA CONTRATACIÓN: ¿REALIDAD O DESEO?**

La eficacia de la anterior regulación, si bien contaba con la elaboración de una doctrina ya asentada sobre los requisitos para la validez de la contratación temporal, ya estaba en cierto modo tocada o “herida” por algunas resoluciones judiciales; en particular y para el contrato de obra o servicio determinado la sentencia del T.S. de 29 de diciembre de 2020 en la que modifica su doctrina sobre la limitación temporal de los contratos de trabajo en atención a los contratos mercantiles de las empresas, abandonando así una vieja jurisprudencia que había venido admitiendo que el contrato por obra o servicio determinado pudiera ajustar su duración al de la contrata. Rechaza así que un contrato pueda continuar siendo considerado temporal cuando la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota dado el mantenimiento inusual y particularmente largo de la adscripción del trabajador a la atención de las mismas funciones que se van adscribiendo a sucesivas modificaciones de la misma contrata inicial. Añade la Sala que quienes ofrecen servicios a terceros desarrollan su actividad esencial a través de la contratación con éstos y, por tanto, resulta ilógico sostener que el grueso de aquella actividad tiene el carácter excepcional al que el contrato para obra o servicio debe atender. La mayor o menor duración del encargo del cliente no puede seguir vinculándose a la nota de temporalidad de este tipo de contrato de trabajo, pues la duración determinada del mismo está justificada por la particularidad de la obra o servicio, en la medida en que ésta pueda claramente definirse y delimitarse respecto del volumen ordinario o habitual de la actividad de la empresa, lo que no se da si dicha actividad empresarial consiste, precisamente, en desarrollar servicios para terceros.

Las nuevas reglas sobre la contratación pueden resumirse de la siguiente forma: el contrato se presume concertado por tiempo indefinido, a diferencia de la situación anterior que ofrecía la alternativa indefinido/temporal, evocando para el Profesor Francisco Javier Gómez el título de *Regreso al futuro* al volver al redactado original de 1980, misma película que cabe identificar en la regulación de la ultraactividad de los convenios. La supresión del contrato de obra o servicio determinado obliga a ubicar la conceptuación anterior en alguna de las modalidades actuales, en particular, el fijo discontinuo y para el sector de la construcción, el nuevo indefinido adscrito a obra, pudiendo igualmente recurrir a las empresas de trabajo temporal. La profesora Cristina Aragón ha catalogado este último contrato “indefinido adscrito a obra” como un cambio meramente estético a efectos estadísticos, enmarcándose en la línea de atribuir a la reforma una novedad, salvo casos puntuales, más que relativa. Esta modalidad de contrato fijo de obra viene contemplada en el convenio sectorial de ámbito estatal, cuyo artículo 24 fue objeto de reproche por el T.J.U.E. en sentencia de 24 de junio de 2021 al decir que entraña un riesgo real de provocar una utilización abusiva de este tipo de contratos, que llamándose “fijos” realmente son temporales y en repuesta a esta resolución el Real Decreto Ley 32/21 de una nueva redacción a la Disposición Adicional de la Ley 32/2006 reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción.

Se elimina así la posibilidad de estipular un contrato temporal con una duración superior a 6 meses, con algunas excepciones, por lo que la existencia de un proyecto definido con duración por ejemplo de 18 meses obliga a la contratación indefinida, con la eventual, conviene repetirlo, adopción de medidas suspensivas, modificativas o extintivas cuando el mismo termine.

Ahora los contratos de duración determinada son la excepción, reconduciéndose a los siguientes:

CONTRATOS POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN:

Incremento ocasional e imprevisible; vacaciones.

Oscilaciones.

Situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida.

El concepto de previsibilidad es en sí mismo ambiguo y abonado a la interpretación, fuente por ello de debates y conflictos de diverso tipo.

CONTRATOS POR SUSTITUCION

Para sustituir a persona trabajadora con reserva de puesto de trabajo.

Para completar la jornada reducida de otra persona trabajadora.

Para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción.

Se requiere especificación de la causa, como antes y además, una justificación reforzada y una descripción de las circunstancias que justifiquen la causa habilitante y su conexión con la duración del contrato, provocando el incumplimiento de estas formalidades la indefinición. No obstante, el artículo 8 sigue limitando la forma escrita a los de duración superior a cuatro semanas.

La adquisición de fijeza puede también venir condicionada al encadenamiento contractual previsto en el artículo 15.5 del E.T. que rebaja los periodos de cómputo, potenciándose esta misma cualidad a través de las presunciones previstas en su apartado 4, que a diferencia de la anterior norma, no admite prueba en contrario; si en caso de incumplimiento de la forma escrita en los términos del artículo 8.2.

Se trata de potenciar el recurso a la contratación indefinida o al menos de una duración relativa a través del artículo 151 de la L.G.S.S. que contempla una cotización adicional para los contratos de duración determinada inferior a 30 días, a lo que contribuye también un endurecimiento del régimen sancionador en la materia, considerándose una infracción por cada una de las personas trabajadoras afectadas.

Esta potenciación de la indefinición pasa por examinar las posibilidades de adaptación a las situaciones cambiantes de la empresa, ofreciéndose como solución el recurso a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o en su caso, la utilización de los mecanismos de flexibilidad interna. En este mismo contexto y aspiración se enmarca la nueva regulación del contrato fijo discontinuo en el artículo 16 del E.T. que se ha visto ampliado en su definición, incluyendo los anteriores contratos fijos periódicos y da cabida a otras necesidades que difícilmente encajan en su función tradicional, como los relacionados con la descentralización, dejando por otro lado un amplio espacio regulador a la negociación colectiva, como la duración máxima del periodo de inactividad en este último supuesto o la de establecer un periodo mínimo de llamamiento anual. El catedrático de derecho del trabajo Don José María Goerlich afirma que con esa nueva redacción y en ese contexto de consenso, permite dar salida a determinadas necesidades de flexibilidad en la entrada que existen en la empresa y que hasta ahora se cubrían mediante contratos más precarios, calificándolo como una suerte de “válvula de escape” que compensa algunos de los márgenes de flexibilidad empresarial que la reforma ha sacrificado, permitiéndose también la celebración de este tipo de contratos a tiempo parcial.

 En su segundo párrafo abre la posibilidad de que se concierte para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas, que siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa, lo que se relaciona con el “golpe mortal” que la sentencia del T.S. de 29 de diciembre de 2020 asestó a la contratación temporal en este sector, introduciendo en su párrafo tercero la novedad de permitir a las ETT formalizar contratos de esta naturaleza para su posterior cesión a las empresas usuarias.

Particular atención merece la regulación del llamamiento, una de las cuestiones más controvertidas de esta modalidad, debiendo de consignar por escrito las indicaciones precisas de las condiciones de su reincorporación y la antelación oportuna, regulación que se remite a la negociación colectiva o individual del contrato de trabajo, contemplándose la posibilidad de fijar un calendario con las previsiones de llamamiento. En una primera aproximación, al tratarse de contratos indefinidos, es posible que ante la falta de llamamiento ya no se recurra a la acción de despido como en los casos de contratación temporal sucesiva, lo que trasladara el problema a identificar cuando esa ausencia de llamada se configura como un despido, con la consiguiente inseguridad jurídica. En este sentido, la norma remite al ejercicio de las acciones que procedan, entre ellas, la reclamación de cantidad derivada de la falta de prestación de las horas previstas; sigue no obstante sin dar respuesta a la posible formalización por parte de la empresa de esta falta de llamamiento. Contiene por último una previsión sobre el computo de antigüedad, que parece acoger la diferencia de construcción jurisprudencial entre trienios -duración de la relación laboral- e indemnización por despido -días de prestación efectiva- si bien esta última afirmación no deja de ser dudosa para algunos autores, que ven en esta redacción un cambio en el sistema, buscando la proporcionalidad a través del salario.

**NEGOCIACIÓN COLECTIVA. VUELTA A LOS ORIGENES.**

Sobre este particular, ciertamente los efectos que pueden suponer la Reforma en relación a conflictos individuales son a mi entender escasos, puesto que el protagonismo real corresponde al plano colectivo, asociaciones de empresarios y representantes de los trabajadore. Desde esta perspectiva, si bien el cambio afecta solo a solo dos artículos, el 84.2 y el 86 del E.T. sin embargo, su trascendencia es enorme, hasta el punto de que el Profesor Don Luis Gordo González, afirmó en un reciente trabajo que el retorno a la ultraactividad ilimitada supone una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012. Esta pérdida de vigencia del convenio, una vez denunciado y salvo pacto de las partes, provocó no pocos conflictos en relación con que ocurría con determinadas materias dependiendo de que hubiera o no un convenio colectivo de ámbito superior o incluso definir cuando podría ser o no aplicable, con la consiguiente inseguridad jurídica y la necesidad de acudir a los tribunales. Igualmente ha suprimido la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto al sectorial únicamente en lo que se refiere a las condiciones retributivas en el actual artículo 84.2 del E.T.

 Un breve apunte que también tiene que ver con este aspecto de la negociación colectiva es la nueva regulación del artículo 42 del E.T. para la contrata o subcontrata de obra o servicios, actualización necesaria y esperada por varias razones a las que el legislador, en principio, parece haberle dado respuesta. Aparte de cuestiones terminológicas para adaptar la redacción al uno no sexista del lenguaje, la novedad más importante es la de fijar como convenio colectivo aplicable pasa las contratas el del sector de la actividad desarrollada, con independencia a de su objeto social, regla general que cuenta con dos excepciones: salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el titulo III del E.T. o que la empresa cuente con convenio propio, que se aplicará en los términos del artículo 84, contemplándose otre en la Disposición Adicional 27 del E.T.

 El precepto genera varias dudas que paso simplemente a exponer: ¿se aplica a todas las contratas o solo a las de la propia actividad? ¿Cuál es el alcance de las excepciones en relación con las empresas multiservicios o la prioridad aplicativa del artículo señalado?

 Como reflexión final y al hilo de esta última expresión de dudas quisiera volver al título de esta intervención y la calificación de la Reforma como “gatopardiana”, pues solo el tiempo y la voluntad de los negociadores así como la interpretación judicial nos dirá si estamos ante un nuevo modelo o solo se ha procedido a cambiar todo para que nada cambie.