

LA GESTIÓN PÚBLICA DE LOS “ERTE” (REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO) Y DE LOS “ERE” (REGULACIÓN EXTINTIVA) EN EL AUTOGOBIERNO ANDALUZ: BALANCE Y PERSPECTIVAS POSPANDEMIA

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén

Con su ritual de acero/sus grandes chimeneas/sus sabios clandestinos/su canto de sirenas/ (...)
con sus llaves del reino/el norte es el que ordena
Pero aquí abajo abajo/el hambre disponible/recurre al fruto amargo/ de lo que otros deciden/
mientras el tiempo pasa/... y se hacen otras cosas/que el norte no prohíbe/ con su esperanza dura/el
sur también existe (...)"
Benedetti, Mario. El Sur también existe

EXTRACTO

Palabras clave: regulación temporal de empleo, despidos colectivos, recolocación, comunidades autónomas

El recurso masivo a los “ERTE” (regulación temporal de empleo), en detrimento, incluso con “prohibición” de los “ERE” (regulación extintiva de empleo), para afrontar la crisis derivada de la pandemia (covid19) ha sido un éxito. No solo ha permitido sostener el empleo ante el cierre, y luego restricciones, de actividad, sino que también ha facilitado la recuperación. Si se compara con el modelo de EEUU, que ha preferido sostener rentas de las personas más afectadas, no el empleo, la ventaja es indudable.

Esta experiencia, que implica un modelo de regulación de empleo fuertemente intervenido públicamente, tanto porque precisa de la autorización administrativa, estatal o autonómica, según el ámbito de los centros de trabajo y empresas afectados, cuanto por el enorme coste financiero que conllevan (exoneraciones, prestaciones por desempleo que no consumen tiempo de protección, etc.), pretende convertirse en el modelo de referencia para el modelo de regulación de empleo ante futuras crisis en tiempos de “normalidad”. El problema es que esos futuros mecanismos de sostenibilidad del empleo no podrán ser tan “generosos”, sino que deberán ser más “austeros”, para que puedan ser sostenibles. Además, como apunta el Real Decreto-ley 18/2021, 28 de septiembre, deberá darse más importancia a la formación para la recolocación de las personas en regulación de empleo.

ABSTRACT

Key words: temporary regulation of employment, collective dismissals, outplacement, autonomous communities, active

In Spain, as in the other countries of the European Union, the employment crisis created by the covid 19 pandemic has been faced with the massive use of “ERTE” (temporary employment regulation), to the detriment, even with “Prohibition” of “ERE” (extinctive employment regulation). The legal-labor solution has been successful. Not only has it allowed employment to be sustained in the face of the closure, and then restrictions, of economic activity, but it has also facilitated recovery. If it is compared with the US model, which has preferred to support the income of the most affected people, not employment, the advantage is unquestionable. This study analyzes the experience of temporary and definitive regulation of employment from the perspective of management of the autonomous communities. A more specific balance is made for the practice followed in Andalusia.

ÍNDICE

1. INTROITO: DE LOS “ERES MALDITOS” A LOS “ERTES SALVÍFICOS PANDÉMICOS”
2. GESTIÓN AUTONÓMICA DE LOS “ERTES” DURANTE Y TRAS LA COVID19: ¿ENSAYO DE MODELOS SOCIAL Y FINANCIERAMENTE SOSTENIBLES DE REGULACIÓN DE EMPLEO?
 - 2.1. Autogobierno y estabilidad en el empleo: los ERTE, paradigma de gestión social sostenible del empleo y sus reestructuraciones
 - 2.2. “Normas” y “políticas” autonómicas en la gestión del ERTE (pandémico): desde la autorización (FM) al sistema de incentivos (financiación)
 - 2.2.1. Autorización de ERTES-FM y garantía de corrección de ERTES-CETOP: ¿qué margen normativo para “políticas autonómicas propias”?
 - 2.2.2. El sistema autonómico de incentivos a la conservación de empleo en tiempos de crisis: las ayudas complementarias a los ERTE-covid19
 - 2.3. Formación a cambio de exoneración de cuotas sociales en ERTE-covid19: ¿frívola experiencia piloto para el futuro modelo de ERTE-normalidad?
3. TRANSICIÓN DESDE EL “ERTE” AL “ERE” EN LA ERA POSCOVID19: LA GESTIÓN AUTONÓMICA DE LAS REESTRUCTURACIONES
 - 3.1. De “autorizar” a “advertir-requerir” como garantía clave de corrección de la consulta: ¿papel menor para la autoridad laboral?
 - 3.2. ¿Cooperación público-privado para una gestión “socialmente responsable”: políticas públicas y planes privados de formación/recolocación
 - 3.2.1. La garantía de un programa de oportunidades serias de recolocación, estándar social internacional del derecho a la protección frente al despido
 - 3.2.2. Pero ni el marco normativo ni su práctica, tampoco judicial, en España han tomado en serio, hasta ahora, el derecho a la recolocación
 - 3.3. Una condición para la nueva vida de los planes de recolocación en el marco de un modelo de cooperación público-privado: la sostenibilidad financiera
4. CONCLUSIONES: ¿EN LA ANTESALA DE UN CAMBIO CULTURAL, NO SOLO NORMATIVO PARA LA REGULACIÓN DE EMPLEO?

1. INTROITO: DE LOS “ERES MALDITOS” A LOS “ERTES SALVÍFICOS PANDÉMICOS”

Tanto la “regulación temporal de empleo” (medidas de flexibilidad interna basadas en la suspensión de los contratos de trabajo o en la reducción de jornada) como la “regulación extintiva de empleo” (medidas de flexibilidad externa o despidos por razones de reestructuración empresarial de dimensión colectiva -en claro, despidos colectivos-) vienen manteniendo, en su marco de regulación normativa, competencia del Estado (art. 149.1 7ª CE), una notable intervención de la administración pública. De ahí que, como es conocido, pese a los notables cambios en su regulación y gestión, especialmente para los despidos colectivos (fin del modelo de autorización administrativa con la reforma laboral de 2012), estas instituciones jurídico-laborales han seguido conociéndose con las siglas que reflejan ese arraigado protagonismo de lo público: ERTE (“expedientes” de regulación temporal) y “ERE” (“expedientes” de regulación de empleo). En este marco, el principio de autogobierno del Estado autonómico de Derecho determina

que se trate de competencias de ejecución, en principio no normativa, salvo en la dimensión promocional que luego se analizará (faceta de política de fomento de empleo) y, en consecuencia, tal intervención gestora en la regulación (interna y externa) se abra a actuaciones y políticas de las autoridades laborales (y no solo de ellas) de cada Comunidad Autónoma (CA)¹.

Podría pensarse -no con total razón, por los motivos que después se comentarán- que, antes del excepcional y trágico tiempo pandémico (covid19) que hemos sufrido -y todavía perdura-, la derogación del régimen de la autorización administrativa para los despidos colectivos (nuevo art. 51 ET), lo extraordinario, por lo tanto muy escasa práctica, de los “ERTE” por fuerza mayor (FM) y la limitada confianza de las empresas españolas en los ERTE por causas económicas, tecnológicas, organizativas y productivas (ETOP) llevaría a palidecer el rol de la autoridad pública en estos aspectos -determinantes- de la gestión del trabajo en las empresas. En su lugar, emergería el papel protagonista de la gestión colectiva, el verdadero contrapunto a la gestión unilateral. En Andalucía incluso podría verse -para un sector político y social- con cierto “alivio”, por razones muy específicas.

En efecto, apenas se haga el experimento de introducir en los diversos servidores de información digital la locución “ERE en Andalucía” aparecerán ingentes noticias sobre el “caso de los ERE de Andalucía”², identificado con infinidad interminable de causas penales a raíz de la gestión fraudulenta de algunos, que afectan tanto a responsables de la gestión política y pública cuanto a ciertos interlocutores sociales. Nada de ello interesa en este análisis, por cuanto se trata de temas penales y aquí conciernen los estrictamente jurídico-laborales, de un lado, con mirada plena, además, de presente y de futuro, no de pasado, de otro. La referencia viene a cuento para ilustrar la imagen de cierta desconfianza que, en el ámbito andaluz, se había vertido sobre este intervencionismo público en cuestiones de gestión típicamente empresarial y, claro está, de gobernanza colectiva (principio de participación colectiva en la gestión de la regulación, interna o externa, de empleo). El fin del modelo autorizador para los ERE, objeto de fuertes polémicas, en sus inicios (2012), desarrollos judiciales (2014-2018) y hoy (en la antesala de la contrarreforma laboral), podría verse con cierto escepticismo en nuestra Comunidad Autónoma, al menos desde diversos sectores de opinión y acción.

¹ Si bien es cierto que no todos los Estatutos de Autonomía hacen una previsión específica. Por ejemplo, el art. 170.1 f) del Estatuto de Autonomía de Cataluña los incluye en la competencia de “trabajo y relaciones laborales”. En cambio, ni en el art. 169 (políticas de empleo) ni el art. 173 (relaciones laborales) del paralelo Estatuto de Autonomía andaluz hacen referencia expresa. Pero esa “política propia” se deriva de la asunción de las políticas de empleo desde el enfoque de fomento de la “estabilidad” y el favor por la inserción, en especial de las personas vulnerables (art. 169). De especial interés resultará, para comprender parte del alcance de esta competencia, la relectura de la polémica STC 31/2010, 28 de junio (Estatuto de Cataluña)

² Ej. <https://elpais.com/noticias/caso-ere-andalucia/>

Pero, más allá de las dimensiones política y socioeconómica, así como cuantitativa (estadística), que podrían merecer esta importante cuestión, en tales cuitas llego la crisis pandémica. Según es ahora sobradamente conocido, y por lo que aquí más nos interesa, mientras que la figura de los “ERE” caería en la marginación, incluso en la proscripción, ante la “prohibición legal” (real o pretendida) del art. 2 del Real Decreto-ley (RDL) 9/2020, 27 de marzo³, los “ERTE” adquirieron un “aura” o un “halo salvífico” tanto para el empleo como para las empresas. Tanto es así que los ERTE se proponen como el principal instrumento de regulación de empleo, no solo para la crisis pandémica (dominio de los ERTE-FM-covid19 sobre los ERTE-ETOP), sino más allá, en la era poscovid19. Con él se pretende ofrecer, mediante la debida reforma estatutaria (art. 47 ET) preferencia a la gestión de flexibilidad interna (conserva el empleo en condiciones novadas y coexiste con una situación legal de desempleo-: conforme al conocido, y polémico, paradigma de la “fle-seguridad”) sobre la externa (extintiva). ¿Se avista, así, un retorno, para la nueva normalidad, del protagonismo público perdido con la reforma de 2012 y recuperado -incluso intensificado- en el estado de alarma pandémica?

Cierto, de futuro próximo, el papel de lo público no puede ser tan determinante como ha sido en el marco de la legislación-políticas sociales excepcionales y la reinención, e incluso su desnaturalización, de la figura del “ERTE por fuerza mayor covid-19” (ERTE-FM). En esta situación, la necesaria autorización administrativa (art. 51.7 ET; art. 22 RDL 8/2020) tenía (tiene aún hoy, si bien modulados a la baja en cada prórroga-renegociación⁴) como contrapartida beneficios sociales extraordinarios (art. 24 RDL 8/2020: exenciones de cuota social a las empresas; tutela reforzada desempleo para las personas empleadas), con lo que se ha desplazado (socializado) parte del coste hacia el erario (sobre todo estatal -hipertrofia de la rama de desempleo-, también autonómico, si bien en menor medida, como en breve comentaremos). Asimismo, los ERTE-ETOP vinculados a la covid19, en los que sí media proceso de negociación-consulta con la representación laboral (art. 23 RDL 8/2020), sin necesidad de autorización⁵, han gozado de una cobertura financiera pública significativa (art. 25 RDL 8/2020), aun menor que la de los ERTE-FM. En la “nueva normalidad post-covid19” ni el

³ Para una delimitación de su ámbito, vinculándolo a causas estrictamente coyunturales, ligadas de forma directa a la covid19, no si son estructurales, de interés resulta la reciente SAN 170/2021, 14 de julio. Muy sugerente también la STSJ Galicia 21 de junio de 2021, rec. 2007/2021.

⁴ La “última” (cronológicamente, quizás también ya en su sentido de punto y final) ha tenido lugar con el Real Decreto-ley RDL 18/2021, 28 de septiembre (prevé una prórroga máxima para el 28 de febrero -día de Andalucía- de 2022).

⁵ Para algunas cuestiones de interés en la gestión de esta tipología de ERTE, incluidas cuestiones de legitimación de los sindicatos más representativos, estatales y autonómicos, vid. la STS, 4ª, 15 de julio del 2021, rec. 8/2021. Asimismo, estos instrumentos de gestión novadora son muy flexibles y permiten acumular, sobre todo previo acuerdo, medidas intensas, como el descuelgue (SAN 47/2021, 18 de marzo).

concepto jurídico expansivo (desnaturalizado) de fuerza mayor ni el coste público tan ingente (30.000 millones €) parecen sostenibles (lo ilustra el que desapareciera una versión análoga en 2009, al inicio de la crisis precedente).

Ahora bien, no menos verdad es que la nueva regulación anunciada de los “ERTE post-covid19” augura un cambio notable de modelo regulador, con un sentido genuino de contrarreforma. La intervención público-administrativa quiere parecerse más al modelo sostenido en el “estado de excepción-alarma” (la inconstitucionalidad de esta técnica para una pandemia se ha declarado por la STC 148/2021, 14 de julio) que al modelo para las situaciones estructurales de regulación de empleo. El primero obediente a un paradigma de “orden público social”, favorable a las garantías públicas del valor de la estabilidad (una gestión colectiva con sostenimiento de la intervención de autoridad), el segundo adherente a un paradigma de “orden público económico”, favorable a la liberación de las facultades de gestión empresarial (la gestión negociada no se refuerza con el de sostenimiento público). En este caso, la autoridad laboral se limitaría -luego veremos que no es siempre así (caso ALCOA)- al papel de garante de la corrección del procedimiento.

Así se deduciría de los borradores de reforma presentados mediáticamente, y que el propio RDL 18/2021 ya anuncia⁶. En la versión de garantismo más fuerte e interventor, junto al principio de causalidad reforzada para la regulación extintiva de empleo, resurge el principio de control público de la decisión final: la empresa deberá justificar da la autoridad por qué se excluye, en su caso, la opción por un ERTE, valorándolo como inviable económicamente, y se adopta un ERE para resolver razonablemente la causa de dificultad en la que se halla la empresa a efectos de regulación de empleo. En otro caso, y salvo que medie acuerdo colectivo y este no sea calificado como abusivo o fraudulento, no se autorizará. La mayor legitimidad de este modelo, sin duda fuertemente criticado, incluso contestado por la patronal -hasta forzar su corrección parcial⁷-, buscaría armarse sobre la contribución financiera pública (excedentes de cotización por desempleo y fondos europeos: ej. SURE⁸, Transformación y Resiliencia -*Next Generation Europe*-, futuro seguro-reaseguro de desempleo que la UE tiene proyectado a tal fin).

⁶ Vid. Valverde, M. Las empresas tendrán que dar prioridad al ERTE frente al despido colectivo de los trabajadores. <https://www.expansion.com/economia/2021/07/03/60df60b7468aeb66578b46d0.html>

⁷ Hasta el punto de que, para intentar no añadir más “leña al fuego” del diálogo social, encendido con el desacuerdo por la subida del SMI, los últimos borradores de reforma han abandonado un modelo de preferencia tan rígida. “El Gobierno rectifica y suprime la prioridad del ERTE sobre el despido colectivo en las empresas” <https://www.expansion.com/economia/2021/07/16/60f15bc4e5fdea593b8b4635.html>

⁸ Formalmente se denomina “Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia” (instrumento SURE, por sus siglas en inglés).

Finalmente, también en la dirección de reforzar un modelo de cooperación público-privada en la gestión de políticas de regulación de empleo, los “nuevos ERTE” (que se denominará “Mecanismos de Sostenibilidad del Empleo” -MSE-) apostarán -nos dicen- por un “modelo de suspensión-reducción de empleo activa”. En él la formación tendrá un papel mayor, superior incluso al que acaba de asumir en los ERTE-Covid19 prorrogados por el citado Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre. Sin perjuicio de un mayor comentario, breve, que se hará posteriormente sobre los aspectos más significativos de esta “novedad”, conviene recordar que la previsión de obligaciones formativas lleva en el art. 47.4 ET desde hace décadas, aunque no adquiriera la dimensión de obligación legal en sentido estricto sino de recomendación, hasta hoy no incentivada. En consecuencia, más que una innovación estaríamos ante la recuperación -no demasiado seriamente regulado- de una olvidada previsión de la norma estatutaria

Pero no es mi pretensión aquí hablar solo de futuro próximo, siempre incierto, más cuando no contamos con una propuesta reformadora al tiempo de escribir este estudio, sino también, sobre todo, de presente, e incluso, del pasado más inmediato, en relación con el papel de la intervención pública en la gestión de los procedimientos de regulación de empleo, sea temporal (flexibilidad interna) sea definitiva (flexibilidad extintiva, externa). El objetivo es hacer un sumario balance, así como apuntar algunas ideas de futuro, de las actuaciones que la vigente regulación deja (o abre) al poder público en la gestión de los ERTE y los ERE, con una mirada autonómica en general, y andaluza en particular. Centrado en una vertiente práctica, dos son básicamente las líneas de análisis.

A saber:

- a) Cuáles son y cómo se han ejercido en la práctica las competencias autonómicas en el vigente marco (estatal) de regulación temporal de empleo (ERTE), de forma especial en relación con los ERTE-covid19, por ser los más intensivos en este tiempo, aunque no exclusivos (ej. prácticas específicas de autorización de ERTE-FM; medidas de financiación a empresas y personas en estas situaciones de regulación de empleo covid-19 en el marco de las políticas de fomento propias de los autogobiernos, como el andaluz, etc.). En última instancia, debe tenerse en cuenta que una de las CCAA donde más incidencia han tenido los ERTE-FM por covid19 ha sido Andalucía, en la medida en que parte de los sectores de mayor afectación por la pandemia tienen una especial relevancia en nuestra comunidad (ej. sector turístico, restauración y hostelería, etc.).

Para obtener información sobre su evolución financiera por países: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy-coordination/financial-assistance-eu/funding-mechanisms-and-facilities/sure_es. Son ayudas temporales y tienen naturaleza de préstamos concedidos en condiciones favorables por la UE a los Estados

- b) Los ámbitos y márgenes de actuación que ofrece el actual marco legal (estatal) a los poderes públicos, en especial autonómicos, concretamente en el ejercicio del autogobierno andaluz, para diseñar y poner en práctica efectiva “políticas propias” en relación con la regulación extintiva de empleo (ERE), naturalmente, aquí, con relación a los desvinculados de la covid19, ante la “prohibición” de los debidos a causas no estructurales⁹.

Al respecto, tiende a creerse que, desaparecida la técnica de la autorización del ERE, el papel de la autoridad laboral en cada autogobierno, cuando el autonómico sea el ámbito del despido colectivo, pierde protagonismo y termina siendo mero garante procedimental, una vez se le comunica y se abre el periodo de consulta-negociación (eje esencial del nuevo modelo de regulación-gestión). La norma, sin embargo, muestra un abanico de actuaciones variado, y la práctica confirma que algunas de esas intervenciones pueden ser muy incisivas, de modo que persiste un espacio para “políticas autonómicas propias” (ej. Caso Alcoa, en Galicia; o caso Nissan, en Cataluña)

2. GESTIÓN AUTONÓMICA DE LOS “ERTES” DURANTE Y TRAS LA COVID19: ¿ENSAYO DE MODELOS SOCIAL Y FINANCIERAMENTE SOSTENIBLES DE REGULACIÓN DE EMPLEO?

2.1. Autogobierno y estabilidad en el empleo: los ERTE, paradigma de gestión social sostenible del empleo y sus reestructuraciones

Aunque regulados en el ET (art. 47) desde hace décadas, conociéndose incluso versiones de fuerte sostenimiento financiero público, como se anticipó, si bien algo menor y más limitado en el tiempo (2009-2010), pareciera que la institución de los “ERTE” hubiese nacido con la pandemia, como una pieza esencial en el levantamiento del célebre “escudo socio-laboral” para mantener el mayor nivel de empleo posible en los diferentes sectores económicos y territorios aún con una actividad económica muy limitada, a fin de evitar o reducir al mínimo los contagios de covid19. De este modo, los ERTE no solo habrían “alumbrado”, sino incluso “deslumbrado”, socioeconómica e institucionalmente, durante este largo

⁹ No es nuestro objetivo entrar en la polémica sobre la “prohibición legal” ex art. 2 RDL 9/2020. No nos resistiremos, a dejar constancia de alguna sentencia favorable a la configuración del -deliberadamente muy defectuoso técnicamente- artículo 2 RDL 9/2020 como una auténtica prohibición y por tanto sancionando con nulidad los despidos. Cfr. STSJ PV 331/2021, 23 de febrero (con un fundado voto particular). Por supuesto, también cederé a la tentación de recordar que, por ahora, es una posición claramente minoritaria. Para una síntesis del debate doctrinal y judicial vid. Rojo Torrecilla, E. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, nueva época, número extraordinario “Estado de alarma, crisis económica y mantenimiento del empleo en la legislación laboral”, 149, 2021.

y atormentado tiempo en el que el virus ha estado campando por sus fueros. Por doquier han venido siendo –acríticamente- reclamados e incentivados más en las CCAA en las que, como Andalucía, golpearon más los estados de alarma decretados (ahora sabemos que, al menos para la mayoría del TC, constitucionalmente inadecuados) y las medidas de duro confinamiento asociado a las primeras fases de aquel, al depender sus economías más de sectores basados en el contacto social y en la movilidad (ej. turismo y restauración).

No por casualidad, Andalucía es la tercera comunidad autónoma en la que más personas trabajadoras quedan aún en ERTE (algo más de un 12 por cien del total en España), después de las de Cataluña (que tiene un potente sector hostelero) y Canarias. Por lo mismo, Málaga es la provincia andaluza con mayor prevalencia de ERTE¹⁰. Al cierre del estudio (primeros de octubre), apenas persisten en esa situación un 5 por cien del máximo que se llegó a alcanzar en abril de 2020 (se estima que persisten en torno a algo más de 25.000 personas en ERTE en Andalucía, del medio millón que llegaron a ser en su pico máximo). El dato evidencia una cierta vuelta a la “normalidad” económica, ocupacional y laboral de este instrumento de estabilidad en el empleo. Pero ¿significa eso que retornará a la marginalidad del tipo precedente a la crisis pandémica?

No parece, como también se anunciaba en la introducción, aunque a día de hoy no conozcamos el nuevo régimen jurídico que tendrán en la etapa post-covid19. En principio, según se desprende de las exposiciones de motivos de los RRDDL 8 y 9/2020 (y los que conforman la legión de los que después le han venido sucediendo, introduciendo cambios de diversa consideración, que aquí no procede analizar¹¹), el favor por los ERTE hallaba una intrínseca coherencia al sistema jurídico-laboral vigente con el estallido pandémico, en la medida en que nació para dar respuesta a situaciones coyunturales, temporales, pese a que su duración fuera extremadamente incierta –como luego se ha demostrado-. De ahí, el conjunto de garantías –de configuración técnica verdaderamente confusa e incierta, un carácter de improvisación que se puede comprender al inicio del estado de alarma, por la gran perentoriedad y la elevada imprevisibilidad, pero no más de año y medio después y decenas de oportunidades para su corrección-dirigidas a restringir, sino obstaculizar, las extinciones (incluidos los ERE) basadas en causas de fuerza mayor (FM) y causas ETOP en favor de la suspensión de los contratos y/o la reducción de jornada (también por FM o por CETOP). Máxime teniendo en cuenta la importante socialización de sus costes de gestión decretada

¹⁰ Según los datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social, que los medios de comunicación autonómica y provincial vienen desgranando localmente. Ej. vid. https://sevilla.abc.es/economia/sevi-andalucia-salieron-erte-5790-trabajadores-agosto-202109021122_noticia.html#

¹¹ Una visión de síntesis, crítica y propositiva, por Cabeza Pereiro, Jaime. “ERTE y garantía de ocupación: incertidumbre y certezas”. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, 456, 2021, pp. 11-34.

(exoneraciones de cuotas –dependiendo de cada fase de la pandemia y del tipo de ERTE que también se ha ido sucediendo en el tiempo: FM impeditivos, limitativos; de rebrote- y beneficios extraordinarios para las personas en ERTE)¹².

Ahora bien, el favor por los ERTE en detrimento de los ERE no respondería solo a una razón de coherencia técnico-jurídica y conceptual (por más que el concepto esencial durante este estado de excepción, también socio-laboral, el de fuerza mayor pandémica se haya querido presentar como una total reinención legislativa, e incluso gubernativa), sino que obedece también a una razón de política jurídica: reinstaurar el principio jurídico y social de conservación del empleo (en última instancia no sería sino trasunto del vetusto principio civil de conservación del negocio jurídico) como expresión de un nuevo modelo de gestión de empleo “socialmente responsable” y “sostenible”. En otros términos, en el fondo, hay un modelo diferente de (re)composición de los equilibrios entre los diversos (opuestos, unos, convergentes, otros) intereses en juego, primando lo social.

De esta manera, se pone en práctica un modelo de regulación de empleo augurado desde hace tiempo por las instituciones comunitarias, tanto en el marco promocional que viene diseñando para impulsar la “responsabilidad social de empresa” en general cuanto el análogo marco en relación con las “reestructuraciones empresariales” y su anhelo de una lógica de gestión lo más anticipada (por tanto, preventiva y socialmente responsable) posible de los cambios, máxime en un ecosistema productivo constantemente incierto. Como se sabe -aunque se practica poco-, este paradigma de gestión se concreta en exigir un típico equilibrio transaccional entre las razones e intereses legítimos, pero divergentes, en juego: “reestructurar desde un punto de vista socialmente responsable significa equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones” (apartado 36). A mi juicio, convertido en términos de estándar de regulación, este modelo formaliza un genuino principio de diligencia socioambiental debida en la gestión empresarial de la entera cadena de valor. Sin duda, este principio debe vincular tanto a empresas e interlocutores sociales (adecuación social de su gestión del empleo en situaciones de cambio, dificultades y crisis) como a las Administraciones Públicas en su ámbito propio de competencias, por tanto, también de aquellas que están más cerca (principio de proximidad) de la unidad-mercado local de empleo afectado¹³.

¹² vid. RDL 11/2021, de 27 de mayo (hasta 31/9/2021). Hasta el 31/1/2002 vid. RDL /2021, 29 de septiembre. Clara en este sentido se muestra la SAN 12/2021, de 5 de febrero. Otra cosa es si de tal configuración se deriva una prohibición en sentido estricto, implicando su violación nulidad. Así lo prueba el que, sobre una análoga comprensión de la razón de ser de este sistema, en la STSJPV 3 de febrero 2021, rec. 57/2021, la mayoría se incline por la nulidad del despido y el voto particular la rechace.

¹³ Vid. *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM (2001) 366 final] y *Libro Verde. Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué*

Y así se contempla tanto para las situaciones de dificultad y cambio normalizadas, cuanto para aquellas situaciones más excepcionales (pandemias, crisis ambientales), a fin de hacer más “resilientes” (la palabra de moda) a las empresas y sus empleos. El mandato constitucional y estatutario (ej. arts. 168 y 173 Estatuto andaluz) de estabilidad en el empleo, adaptado a la sociedad de nuevos riesgos sociales) implica marcos normativos (comunitarios, estatales y autonómicos) y políticas de mercados de trabajo consistentes con esta evolución. De este modo, además, se busca promover una lógica de gestión del empleo convergente para situaciones no extintivas y para las extintivas¹⁴

¿Pero es financieramente sostenible de forma estructural o normalizada, fuera de las situaciones de crisis excepcional, como la pandémica actual -o futuras ambientales-, por más que estas resulten cada vez más previsibles ante su conexión con fenómenos en los que incide la acción humana -cambio climático-? Hasta ahora, el reequilibrio de los desnivelados (reforma laboral de 2012) fieles de la “balanza de sacrificios-concesiones” típicos de los procesos de reestructuración, extintivos o no, se ha hecho depender de la asunción social (pública) de buena parte de su coste (beneficios sociales extraordinarios), con un coste tan ingente que es difícilmente sostenible económicamente para un tiempo de “normalidad”. Las actuales insuficiencias de la norma estatutaria laboral han venido siendo corregidas o integradas con los complementos que están suponiendo las normas y política (activas y pasivas) de empleo de escudo sociolaboral frente a la crisis, esto es, con un fuerte sistema de incentivos (estatales y autonómicos) para primar la garantía de continuidad del empleo sobre su extinción (ajustes por el volumen, no por su calidad o condiciones de empleo y trabajo). ¿Y para la época de poscovid19 qué?

lecciones sacar de la experiencia reciente?, COM (2012) 7 final, 17 de enero de 2012]. Tendrá continuidad, con carácter más general, en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones intitulada “Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas”, de 25 de octubre de 2011, COM (2011) 681 final, así como en el ámbito de la Directiva 2014/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, relativa al marco normativo de transparencia no financiera (e información sobre la diversidad) a cargo de determinados grandes empresas y grupos (por sus grandes dimensiones) sus decisiones de gestión tienen un impacto social y público de especial alcance, tanto en lo social como en lo ambiental).

¹⁴ Cfr. Terradillos Ormaetxea, Edurne. “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”. En AAVV. Reestructuraciones Empresariales. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, p. 330.

2.2. “Normas” y “políticas” autonómicas en la gestión del ERTE (pandémico): desde la autorización (FM) al sistema de incentivos (financiación)

2.2.1. Autorización de ERTE-FM y garantía de corrección de ERTE-CETOP: ¿qué margen normativo para “políticas autonómicas propias”?

Como es archiconocido, la marginalidad que, antes del tiempo pandémico, presentaba el ERTE-FM (una fuerza mayor temporal -acaecimiento extraordinario ajeno al círculo de gestión imputable a la empresa-, no definitiva ex art. 51.7 ET-: STS, 4, 969/2018, 20 de noviembre), que precisa autorización administrativa, respecto de los ERTE-CETOP, que no la requiere, solo comunicación del trámite de consulta-negociación obligatorio establecido a tal fin (art. 47 ET)¹⁵, ha venido determinando un papel muy reducido de las autoridades laborales en relación a la gestión de la flexibilidad interna. Ya se trate de “fuerza mayor propia” (catástrofes naturales, incendios -aún provocados-, etc.) o “fuerza mayor impropia” (decisiones de la autoridad que imposibilitan de una forma temporal la actividad), el procedimiento ha venido siendo el mismo durante largo tiempo y situaba la técnica de la autorización administrativa, conforme al reparto de las competencias (art. 25 RD 1483/2012-). En consecuencia, en este ámbito su actuación tenía principalmente como objetivo la garantía de corrección de la consulta con la representación laboral

La pandemia cambió drásticamente la situación, como también es muy sabido -no es mi intención añadir más papel a un tema tan tratado en la comunidad laboralista-, y fueron los ERTE-FM asociados a la covid19 los que se situaron en el ojo del huracán, poniendo la gestión público-administrativa no solo en el centro sino en un formidable desafío. En muy escaso tiempo debían tramitarse miles y miles de “expedientes”, que afectaban de forma importante a centenares de miles de personas trabajadoras en todas las CCAA -con especial incidencia en Andalucía como se ha dicho, dada la concentración sectorial y, en parte geográfica¹⁶-, y con buena parte de las “ventanillas” administrativas cerradas. Los

¹⁵ Vid. art. 45.1 i) ET y arts. 31-33 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. Para un ERTE-ETOP no vinculado a la covid-19 vid. STSJ Andalucía/Granada, 2818/2020, 18 de diciembre (ABENGOA). En el sector de la restauración, entre los más afectados, vid. STSJ Andalucía/Sevilla 3301/2020, 29 de octubre

¹⁶ Así se refleja la Exposición de Motivos del Decreto-ley 4/2021, de 23 de marzo, por el que se adoptan en Andalucía diversas medidas, con carácter urgente y extraordinario, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19), y se modifican otras disposiciones normativas. Para el seguimiento estadístico -cuestión interesante, pero que aquí no merece la pena analizar- desagregado para Andalucía es de gran utilidad la información del Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (IECA). Con carácter general, a partir de la EPA (INE), el IECA hace una explotación específica. En 2021 se adaptó la EPA al Reglamento (UE) 2019/1700 del Parlamento y del Consejo, 10 de octubre.: <https://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/badea/informe/anual?idNode=5412>

niveles administrativos afectados no serán solo estatales (SEPE -para la gestión prestacional del desempleo-), sino los autonómicos (direcciones provinciales y dirección general de trabajo), así como las instrumentales compartidas (ITSS).

Cierto, la ley trata de facilitar esa gestión autonómica -la mayoría-atribuyendo un sentido positivo al silencio, conforme al art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (la regulación hasta 31 de enero 2022 de los ERTE parece virará 180° el tratamiento de favor -tendrá sentido negativo-¹⁷). Asimismo, algunas administraciones autonómicas buscaron cierto nivel de autotutela (o autoayuda), adoptando normas que les permitiera ampliar -hasta doblarlos-, conforme a la ley administrativa común (art. 23.1 Ley 39/2015), los muy perentorios plazos (5 días -art. 22 RDL 8/2020-) de resolución. No fue el camino seguido por la autoridad laboral de la Junta de Andalucía (sí otras -Asturias, Murcia, Galicia, Islas Baleares, Valencia, etc.-). Con todo, el reto fue mayúsculo, las dificultades máximas y el resultado muy razonable.

Cierta prueba de ello es que la ITSS (un actor público fundamental en todos estos procesos, no solo por su papel de informador preceptivo -entre sus intervenciones previas a favor de evitar fraudes ha sido muy destacada la tenida con *Rynair*, ilustrativa, pese a tratarse de una actuación en el ámbito estatal, al afectar al grupo matriz en España¹⁸; otras de impacto han sido los rechazos del ERTE de Burger King, con impacto en toda España, no solo en Andalucía, lógicamente-) ha detectado, hasta el momento, apenas 1 de cada 6 ERTE investigado como fraudulento (unos 5.460 ERTE -con importe de 26 millones de euros en sanciones y 1 millón de € en reclamación de exenciones de cuotas indebidamente causadas- de los más de 33.500 ERTE revisados). Aunque este 16% supone el doble de

¹⁷ Ej. ERTE de suspensión de la plantilla del Real Jaén CF, SAD (33 trabajadores de un total de 35) estimado por silencio administrativo positivo (STSJ Andalucía/Granada, 1169/2021, 27 de mayo). Como se conoce, todo acto presunto es revisable por lesividad con amparo en el 47.1 f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. vid. STS, 4ª, 83/2021, 25 de enero: "...debe entenderse constatada la existencia de fuerza mayor por silencio administrativo positivo, aunque...recayó resolución expresa en el ERTE por fuerza mayor, que constata su existencia, reforzando la calificación y efectos del silencio». Para la STSJ Madrid 901/2020, 24 de noviembre no había caducado el plazo de 5 días para dictar resolución expresa, no pudo jugar el silencio.

¹⁸ Para la ITSS el ERTE de Ryanair debió ser denegado porque se trataba de un intento de Ryanair de ahorrarse los salarios (de tramitación) que debía abonar a las personas trabajadoras despedidas y cuyo despido fue anulado por el TS. El Ministerio revocó el ERTE, que, precisamente, se había beneficiado del silencio administrativo, llegando el asunto, tras la impugnación por la empresa, a la Audiencia Nacional (AN). Como era de esperar, la AN convalidó la decisión desestimatoria administrativa y confirmó el fraude: "La actora acudiendo a los denominados ERTES por fuerza mayor derivada del COVID 19 del art. 22 del RD Ley 8/2.020 intenta eludir el abono de unos salarios de tramitación". SAN 88/2020, 29 de septiembre. Lo mismo ha sucedido con sus "agencias temporales de empleo": se rechazó la inclusión en dos ERTE-FM de 18 personas trabajadoras de Crewlink y de 22 de Workforce, también despedidos ilegalmente.

prevalencia infractora (ratio de fraude) en relación con las demás actuaciones de naturaleza sancionadora (8,4% en 2019), y el proceso no está cerrado, el propio Ministerio de Trabajo hace un balance razonable y mayoritariamente positivo¹⁹.

En cualquier caso, sabido es que, a la autoridad laboral, también a la autonómica, incumbe, con la ayuda de la ITSS (que depende funcionalmente de las direcciones territoriales autonómicas), el despliegue de una gestión diligente en su actuar para evitar prácticas, incluso acordadas (ERTE-CETOP), abusivas o fraudulentas (así lo prevé el art. 47.1 ET y sus normas de desarrollo reglamentario -equivalentes a las previstas para los ERE-)

En este complejo, convulso y traumático escenario, a tales problemas operativos de gestión, en especial de los ERTE-FM-covid19 cabría añadir otro tipo de problemas, para mí más interesantes. Son los relacionados con el eventual margen de discrecionalidad que pudiera dejar, o no, el marco normativo a las autoridades laborales para autorizar o no el ERTE-FM-covid19. A resultados de la respuesta se abre la posibilidad no ya solo de criterios diferentes (siempre presente y aquí actualizada), sino incluso para desplegar, en su caso, políticas autonómicas propias, más estrictas o menos, en su autorización.

El riesgo de disparidad de criterios se actualizó, se insiste, en diversos aspectos (incluyendo los propios criterios de la ITSS en cada unidad territorial a la hora de llevar a cabo los informes, motivando la adopción de criterios que uniformaran en lo posible sus actuaciones), pero podía ser más trascendente atendiendo al mayor o menor rigor puesto por cada autoridad laboral al aprobar los ERTE-FM-covid19. El peligro de que tuviera su actualización tal posibilidad deriva, tanto de la indeterminación acusada característica de la definición legislativa del concepto de fuerza mayor, total o parcial, renovando de una forma notable, también más conflictiva, el concepto jurisprudencialmente acotado de FM en los términos del art. 47 ET, cuanto de la necesidad de que cada autoridad laboral, según su interpretación, “constate” la concurrencia o no de tal presupuesto²⁰. Recuérdese que la constatación no implica autorización en sí, sino verificación o comprobación del hecho constitutivo de la FM, total o parcial, por lo que dependerá de la valoración en cada caso del carácter concluyente o no del impacto de la covid19

¹⁹ Más de 1 millón de empresas y más de 3 millones de personas trabajadoras pudieron beneficiarse de este mecanismo dirigido a mantener el empleo, aun sin actividad económica, acompañando el proceso de gradual recuperación de esta y, por tanto, del volumen de empleo y completitud de jornada que le es propia. Vid. La Inspección de Trabajo multa a 5.500 empresas por fraude en los ERTE con 26 millones de euros. https://www.eldiario.es/economia/inspeccion-trabajo-multa-5-500-empresas-fraude-erte-26-millones-euros_1_8195767.html

²⁰ Vid. Cavas Martínez, F. «El despido por fuerza mayor». En *Estudios sobre el despido. Homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense*. Madrid, 1996.

para imposibilitar u obstaculizar de forma significativa, aún parcial, la actividad (art. 22 RDL 8/2020).

Como la doctrina más solvente en este ámbito evidenciará en su día, agudizado en el marco de la pandemia, la regulación legal, tampoco la jurisprudencia²¹, dejaban claro si estábamos ante una actividad puramente reglada (constatar los presupuestos) o dejaba cierto margen de discrecionalidad a la autoridad laboral, sin perjuicio, claro está, del control jurisdiccional último. Prueba de estas incertidumbres fue la “necesidad”, o así lo creyó la Dirección General de Trabajo (DT), de publicar varios «criterios interpretativos», para aclarar el sentido del controvertido -y evolutivo a lo largo de las numerosas normas de coyuntura que se vienen sucediendo- concepto. Ni los criterios establecidos funcionan con la automaticidad pretendida por las empresas en los diferentes momentos por los que atravesó la gestión pandémica (confinamiento-desescalada-rebrotes) ni, sin embargo, se descartaba un notable margen de autonomía de las empresas para determinar la intensidad de ciertas decisiones relevantes, como la reincorporación de personas (afectación-desafectación). A lo que hay que añadir el sesgo sectorial que fue adquiriendo

Es cierto, como cuida de expresar o advertir siempre la DGT, que su «criterio no es vinculante, sino meramente informativo, al carecer la Administración de competencia para efectuar interpretaciones legales de aquel carácter, que está atribuida en exclusiva a los órganos jurisdiccionales»²². Ahora bien, no menos constatable es su influencia, desde luego en el ámbito administrativo (también para los ámbitos autonómicos), pero incluso en el jurisdiccional. No existe, aún,

²¹ Pese a su carácter consolidado y la vinculación de la doctrina más reciente a la más tradicional. Así, por ejemplo, la STS, 4, 969/2018, 20 de noviembre, en el marco del art. 23.2 LISOS y de una prolongada situación de impago puntual de las cuotas a la Seguridad Social, sigue el criterio de la STS 22 de julio 2015, rec. 4/2012: «acontecimiento externo al círculo de la empresa, absolutamente independiente de la voluntad de ésta que sea imprevisible o, siendo previsible, sea inevitable».

²² El carácter evolutivo, y variado, se comprueba apenas se repare en el artículo 22 RDL 8/2020, para la primera y más dura fase de la crisis pandémica (confinamiento), y en el operativo de FM vinculada a la covid19 durante la fase de desescalada (RDL 18/2020). Para la DGT, en este último caso, la FM parcial «tiene como elemento nuclear la reincorporación de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE autorizado, en la medida necesaria y conforme lo permita la recuperación parcial de la actividad». De este modo: «La fuerza mayor parcial no actúa u opera de forma automática en aquellas actividades económicas que pueden reiniciarse de acuerdo con las órdenes ministeriales referentes al proceso de desescalada, sino que las empresas accederán a aquélla cuando las causas del art. 22 del Real Decreto-ley, les permitan ‘parcialmente’ el inicio de su actividad y las personas trabajadoras afectadas por las medidas de regulación de empleo se incorporen cualquiera que sea la forma o el porcentaje de jornada en que lo hagan». Vid. Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. ERTE y fuerza mayor parcial: valoración crítica de los criterios interpretativos de la Dirección General de Trabajo <https://ignasibeltran.com/2020/06/01/erte-y-fuerza-mayor-parcial-valoracion-critica-de-los-criterios-interpretativos-de-la-direccion-general-de-trabajo/>

una doctrina jurisprudencial consolidada sobre este concepto de fuerza mayor pandémico, sino diferentes criterios de suplicación social en los que se puede apreciar una cierta diversidad interpretativa por parte de las diferentes autoridades laborales en situaciones relativamente análogas.

Con todo, la mayor parte de los pronunciamientos afrontan cuestiones de gestión administrativa y procesales (ej. SAN 39/2020, 16 de junio), o se vinculan al ámbito de cobertura del ERTE (ej. personas trabajadoras fijas discontinuas -que han dado lugar a una enorme conflictividad, también disparidad inicial de criterios autonómicos, después uniformado a través de los sucesivos cambios normativos estatales; personas empleadas a tiempo parcial, etc.), pero sin entrar a fondo en el concepto de fuerza mayor pandémica, total y/o parcial²³. De ahí que se impida, o dificulte, realizar una valoración más precisa sea de la comprensión jurisdiccional más seguida sea de los diversos criterios de fondo en las diferentes autoridades laborales territoriales y su mayor o menor favor por los ERTE-FM o por dar más facilidades al tránsito hacia los ERTE-ETOP (tampoco entra en las causas, al debatirse una cuestión de composición de la comisión negociadora, la citada STS, 4, 790/2021, 15 de julio).

2.2.2. El sistema autonómico de incentivos a la conservación de empleo en tiempos de crisis: las ayudas complementarias a los ERTE-covid19

Acabamos de ver que en el ámbito del ejercicio de competencias de ejecución laboral en materia de ERTE ya hemos visto que el campo para “políticas propias diferenciadas” es bastante limitado, sin perjuicio de asistir a un notable casuismo en la práctica ante la ingente actividad desplegada por las diversas autoridades laborales, en relación con los ERTE-FM-Covid19. Sin embargo, algo muy diferente podría decirse en el ámbito de los sistemas de incentivo (políticas de fomento) a disposición de los autogobiernos, de forma unilateral o en especial tras los correspondientes procesos de diálogo-concertación social, para dejar una huella específica propia a la hora de levantar “escudos sociolaborales” complementarios al estatal, reforzándolo y cubriendo sus “deficiencias”. Así se derivaría tanto en atención a los títulos relativos a las competencias en materia económica cuanto los relativos a empleo, incluso a la acción social, abren un campo especialmente abonado para trazar una cierta diferencia de autogobierno en la gestión social -y financieramente- responsable de la regulación temporal de empleo.

²³ Ej. la SAN 171/2021, 15 de julio, reconoce el derecho de las personas empleadas a tiempo parcial (tripulantes de cabina por la modalidad denominada de jornada concentrada: la actividad se presta en determinados días al año, pero la cotización al sistema de Seguridad Social se prorratea en las doce mensualidades) a ser incorporados al ERTE que concurre en el periodo en que se encuentran sin prestar trabajo efectivo. A tal fin declara la nulidad de la decisión empresarial de excluir a tal colectivo del ERTE FM autorizado por la DGT.

En la práctica así ha sucedido, si bien aquí encontraremos notables divergencias, más que en los instrumentos (técnicas de ayuda) seguidos, en sus cuantías. No por casualidad serán las CCAA vasca y catalana las que gozan de un mayor nivel de protección, a través de esas ayudas sociolaborales complementarias para las personas en ERTE-covid19, si bien la totalidad de los autogobiernos han desplegado una significativa política de incentivo o promocional a tal fin. Desde luego, así ha sucedido en la Comunidad andaluza, en especial a través del -polémico- Decreto-ley 4/2021, de 23 de marzo, por el que se adoptan diversas medidas, con carácter urgente y extraordinario, como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus, y se modifican otras disposiciones normativas. Sus Capítulo II (arts. 25-46) y III (47-55) establece medidas para el mantenimiento del empleo asalariado en empresas (excluidas las del sector público -que no se benefician de este tipo de dispositivos- en ERTE. Se aprueba así una política de subvenciones (para las empresas) y ayudas sociolaborales (para personas trabajadoras -también discontinuas-) en los supuestos de afección por ERTE.

Esta segunda medida (Capítulo II), que es una de las ayudas sociolaborales incluidas en el acuerdo de diálogo social que se alcanzó con los agentes sociales para reactivar la economía andaluza (expresión de una regulación de diálogo social autonómico²⁴ -en línea con lo que se viene buscando para el ámbito estatal-), pretende compensar la pérdida de rentas que sufre quienes son incluidos en un ERTE. Recuérdese que se percibe el 70 por cien de la base reguladora, conservando esa cantidad aún superado el sexto mes, por la reforma a tal fin incluida excepcionalmente para los ERTE pandémicos. La ayuda se concreta en una cuantía de 210 euros en un pago único, lo que evidencia, valorada individualmente, su débil cobertura²⁵, si bien, dado el mucho mayor ámbito subjetivo de afectación (unas 345.000 personas trabajadoras²⁶ hasta julio de 2021 -75 millones €-).

²⁴ Acuerdo Andaluz de Medidas Extraordinarias en el Marco de la Reactivación Económica y Social, típico acuerdo de (meso)concertación social autonómico, de 22 de marzo de 2021 entre la Junta de Andalucía y agentes económicos y sociales

²⁵ La Resolución de 14 de julio de 2021, Lanbide, prevé, para la misma situación, 150 euros/mes, o 100 euros/mes, para quienes tienen una base de cotización inferior a 20.000 € y una jornada de más o menos el 50%, respectivamente. Ayuda complementaria a la prestación por desempleo (asistencial). También se prevé en Cataluña. <https://web.gencat.cat/es/actualitat/detall/Nou-ajut-per-a-persones-afectades-per-un-ERTO-o-amb-contracte-fix-discontinu>. En este caso, las personas beneficiarias se sitúan en torno a 100.000. Esta ayuda, un pago único (prestación a tanto alzado) y no repetible en el tiempo, de 600 (si llevan 90 días o menos en ERTE), o 700 euros (si llevan más de 90 días en ERTE). Su coste es de 66,8 millones € <https://www.elperiodico.com/es/economia/20210729/generalitat-empezara-pagar-ayudas-erte-viernes-11951713>

²⁶ El art. 47.1 distingue dos tipos de ayudas, para las personas asalariadas en general, de un lado, y para las beneficiarias de la prestación por desempleo reconocida por el Servicio Público de Empleo Estatal o el Instituto Social de la Marina, debido a la suspensión temporal de forma total del contrato de trabajo, como consecuencia de un ERTE-covid10. Se incluyen las personas fijas

En Andalucía *se ha promovido una gestión de oficio* (art. 51.3), esto es, sin necesidad de inicial solicitud por las personas potencialmente beneficiarias (un modelo ensayado para el Ingreso Mínimo Vital -IMV-, cuya competencia puramente estatal acaba de ser confirmada por STC 17 de septiembre de 2021 -con voto particular sugerente-). Al tiempo que se ha habilitado una página web con buscadores para poder seguir al día la situación, tratando de primar la gestión digitalizada. En otras CCAA se ha hecho una apuesta de gestión telemática análoga. No obstante, en algunos casos, como en el caso catalán, sí se pide una primera solicitud de parte (tanto en la primera como en la segunda convocatoria), informándose del fracaso inicial -concretado en los retrasos en la percepción-, al faltar coordinación entre el SEPE y el servicio catalán, lo que se ha corregido en la segunda.

A estas ayudas no le es aplicable la normativa sobre subvenciones públicas (Ley 38/2003, de 17 de noviembre y Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía), si están sujetas a límites de disponibilidad presupuestaria. La competencia no es ejercida por el SAE, sino por la persona titular de la Secretaría General de Empleo y Trabajo Autónomo. La segunda convocatoria regulación análoga.

La norma autonómica promocional incluye una línea de subvención ahora directa a las empresas²⁷ que han estado afectadas por ERTE a fin de promover el mantenimiento del empleo en sus plantillas. El régimen jurídico de estas subvenciones es más complejo y queda sometido intenso y extenso marco comunitario (listado en el art. 26.1), incluido el Reglamento (UE) 2020/558, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, por el que se modifican los Reglamentos (UE) núm. 1301/2013 y (UE) núm. 1303/2013 en lo que respecta a medidas específicas para ofrecer una flexibilidad excepcional en el uso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos en respuesta al brote de COVID-19²⁸. Aunque también queda condicionada a la disponibilidad de los presupuestos se prevé eventuales aumentos (crédito ampliable) de los 270 millones € previstos.

Esta línea de subvenciones (gestionada por el SAE-) beneficia a las empresas. La forma jurídica es indiferente, salvo para el sector público, que se excluye. Se

discontinuas, abonándose (art. 48) a las beneficiarias de la prestación extraordinaria prevista en el Real Decreto Ley 30/2020 de 29 de septiembre, reconocida por el SEPE o el ISM entre el 1 de octubre de 2020 y el 31 de enero de 2021.

²⁷ Se suma a las ayudas previstas, para ciertos sectores, en el Decreto-ley 6/2021, de 20 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19) (hoteles y sector turístico)

²⁸ Asimismo, las subvenciones quedarán sometidas a la Decisión de la Comisión Europea, de 2 de abril de 2020, relativa a la ayuda SA 56851 (N/2020) relativa al marco Nacional español adoptada de conformidad con la Comunicación de la Comisión sobre el Marco Temporal relativo a

incluye a las empresas sin ánimo de lucro y a personas trabajadoras autónomas. No se trata de una política de fomento indiscriminada, sino para pequeñas empresas: un requisito es tener una plantilla *media de hasta 20 personas trabajadoras* (art. 29) y con uno o varios centros en Andalucía, que se hayan acogido, para el total o parte, a un ERTE (aprobado -ERTE por FM- o comunicado -ERTE por ETOP-).

La cuantía de la ayuda se fija de forma compleja. Así, la subvención o incentivo para el mantenimiento del empleo a través de la vía de los ERTE consistirá en una cuantía a tanto alzado, resultado de multiplicar 2.020 euros por un porcentaje del “Factor de actividad inicial” (FA0) de la entidad, atendiendo a diferentes criterios fijados en la norma. El Factor de actividad (FA) representa el número equivalente de personas trabajadoras en alta a jornada completa en la entidad y se obtiene de la suma del total de personas trabajadoras a jornada completa y las personas trabajadoras a jornada parcial, multiplicando en este caso, por su correspondiente jornada. El Servicio Andaluz de Empleo determinará el Factor de actividad final (FAf) a efectos de verificar el mantenimiento del porcentaje subvencionado del FAi (inicial), y con ello, el cumplimiento de la obligación exigida en el artículo 31.1.a). El Factor de actividad final será calculado a los cuatro meses del Factor de actividad inicial. En todo caso, se exige que la subvención se destine a sufragar los costes laborales de las personas trabajadoras, incluido el salario y la Seguridad Social, a cargo de la empres (art. 30).

En la renovada promoción de estas medidas de política de fomento de empleo, y de protección socio-económica complementaria (desde títulos autonómicos, y sin que se haya suscitado conflicto competencial alguno, a diferencia de lo que ha sucedido con el IMV), se introducen nuevas condiciones, en línea con la visión del Banco de España y su preocupación por la situación que se generará una vez finalice la extensión de los ERTE vinculados a la covid19 (prevista a 31 de enero 2022), transitando de ERTE a ERTE. En este sentido, conscientes de que las personas que permanezcan en ERTE tras el proceso de consolidación de la recuperación tendrán problemas notables de reincorporación al mercado de trabajo. De ahí que se predique una renovación profunda de las medidas y políticas de mercado de trabajo, que mejore el “capital profesional” de las personas con más dificultades de inserción.

Y es en este ámbito donde emerge la nueva concienciación sobre lo fundamental de las políticas de capacitación y/o recapacitación, tanto para los que queden en ERTE (planes de formación profesional), o se incluyan posteriormente, como para las personas afectadas por ERE, con “planes de reincorporación” específicos y renovados. Estos planes se realizarán con la fórmula -siempre preconizada, pero con cuestionables prácticas hasta hoy- de “*colaboración público-privada*”, así

las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 (2020/C 91 I/01).

como el desarrollo de proyectos integrales dirigidos a la inserción de las personas paradas más vulnerables. Una dimensión que nos sitúa, sin duda, más allá de la regulación temporal de empleo. En realidad, conduce hacia un modelo más general y renovado de regulación-gestión de empleo en los procesos de reestructuración empresarial ante dificultades económicas o imperativos organizativo-productivos, también para las situaciones de normalidad y en aras de una gestión anticipatoria, preventiva, proactiva y socialmente responsable²⁹.

2.3. Formación a cambio de exoneración de cuotas sociales en ERTE-covid19: ¿frívola experiencia piloto para el futuro modelo de ERTE-normalidad?

Sin embargo, el Gobierno de España parece que ha preferido anticipar, si bien de una forma muy limitada, incluso improvisada, ese futuro, y ha introducido una novedad, en realidad menor de lo que pareciera inicialmente, en la “última” prórroga efectuada para los ERTE-Covid19 que, en realidad, apunta a un modelo de regulación de empleo que se proyectará más y con más intensidad en el tiempo: la formación profesional continuada, aquí realmente más bien de “recualificación-reconversión profesional” (el “reciclaje” es un término tan extendido aquí como desafortunado, porque debe quedar para las cosas en el marco de la economía circular y su sector de “reciclaje de residuos” o excedentes en el consumo doméstico e industrial) a cambio de beneficios sociales en forma de exenciones o exoneraciones de una parte notable de las cuotas sociales (cuota patronal). Por tanto, en el inmediato futuro las cosas parecen que se pretende que cambien de una manera notable.

Aunque no es el objeto de este estudio, por cuanto pertenece al ámbito normativo y, por lo tanto, es competencia del Estado, no de las CCAA, es evidente que tendrá notables impactos en la acción autonómica, no solo de autorización sino de políticas formativas en el marco de sus servicios públicos de empleo. De ahí la atención, breve, que le dedicamos.

Dos son, básicamente, las novedades que introduce el RDL 18/2021. La primera tiene que ver con el modo de gestión administrativa. En vez de un modelo orientado de forma general a facilitar transiciones entre unos ERTE y otros vinculados siempre a la Covid19, en sus diferentes fases de restricciones (ahora ya en muchos municipios de Andalucía se está en nivel 0 de emergencia, por lo que no hay ninguna restricción, estando los demás en nivel 1, que implica escasas restricciones), en virtud de prórrogas automáticas, o casi, se introduce el modelo de

²⁹ Por lo tanto, también sostenible financieramente, con aportación de relevantes fondos públicos, “viejos” (Fondos estructurales) y de nuevo cuño (en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España, en cumplimiento del Reglamento 2021/241/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero).

prórroga a solicitud de las empresas. Una opción legislativa que, sin duda, generará complicaciones, porque se extienden los trámites de gestión administrativa del ERTE, aunque no sean ni de lejos semejantes a las iniciadas al principio del modelo, por cuanto el volumen de ERTE-covid19 se ha reducido notabilísimamente, como se comentó. De todos modos, por claras razones presupuestarias (contener el elevado coste público que esta gestión está teniendo en los casi dos años de pandemia), la regulación introduce una regulación alambicada en lo que hace a la tramitación administrativa que, a mi juicio, podría haberse ahorrado, con la consiguiente simplificación de cargas para las empresas y seguridad para las personas trabajadoras, también con el efecto prevención de errores-fraudes.

Al respecto, la nueva regulación, asumiendo una vigencia general máxima hasta el 28 de febrero de 2022, introduce una distinción por razón del tiempo:

- a) La técnica de gestión basada en la prórroga automática de la ordenación previa desde el 1 hasta el 31 de octubre –en este caso no se precisa trámite alguno-, con necesidad de solicitud de la misma, lógicamente.

La prórroga puede afectar, pues, a toda la tipología de ERTE-Covid19 conocida: FM, impedimento o limitación y ETOP prorrogados o solicitados desde RDL 11/2021. Tal prórroga no es de oficio, claro, sino que requiere solicitud a la autoridad competente entre el 1 y el 15 de octubre. En defecto de solicitud, decae automáticamente desde 1/11/2021. La solicitud deberá ir acompañada de la documentación correspondiente que acredite los efectos de ese ERTE (número de personas trabajadoras afectadas y cómo). No obstante, si bien la norma no es clara, parece que no se admite discrecionalidad valorativa alguna por la autoridad laboral, si concurre la documentación exigida, la resolución será de signo positivo o estimativa. Pese a las dudas habidas en el debate previo, y en el proceso para su negociación, se mantiene el silencio positivo.

- b) Una técnica de gestión combinada (opción): una parte de prórroga de los previos, otra de nuevos ERTE por limitación o impedimento, a partir del 1 de noviembre

Entre el 1 de noviembre de 2021 y el 28 de febrero de 2022 se podrá solicitar un nuevo ERTE-Covid19 por impedimento o limitaciones a la actividad normalizada (conforme al artículo 2 del Real Decreto-ley 30/2020). Por lo tanto, el acceso a los beneficios propios de las exoneraciones deberá cumplir y acreditar los requisitos documentales exigidos en la norma, especialmente la relación de las personas trabajadoras afectadas, en los términos de la DA 4ª. Asimismo, se prevé un eventual proceso de tránsito entre la limitación y el impedimento y viceversa). Para ello debe remitir comunicación a la autoridad laboral y a representación legal de las personas trabajadoras, así como la conocida Declaración responsable a la TGSS (vid. Art. 2.3 RDL 30/2020).

La segunda novedad, aquí más relevante, tiene que ver con la previsión del deber de realizar acciones formativas como condición (contrapartida en forma de obligaciones de capacitación) para gozar de los beneficios sociales extraordinarios (exoneraciones de las cuotas de seguridad social). De este modo, llevando a la práctica la previsión que tiene el art. 47.4 ET desde hace décadas, la nueva regulación de urgencia fija esta garantía legal de acciones empresariales formativas como contrapartida al beneficio de exoneraciones. Sin embargo, paradójicamente, ilustrando que la previsión es altamente improvisada y que se piensa más en el futuro que en el presente, las acciones formativas no se vinculan al ERTE en su conjunto, conviene precisarlo, sino a los beneficios más elevados del art. 4.1 a) 2º y b) 2º (nuevos ERTE por limitaciones, si bien, la norma hace extensivas a los ERTE prorrogados), de manera que puede haber ERTE-covid19 con exoneraciones y sin actividad formativa (que además puede presentarse hasta 30 de junio de 2022)³⁰. A mi juicio supone un contrasentido, por más que la diferencia de la exoneración de mediar o no formación es notable (doble o mitad) que implica que estamos más bien ante una experiencia piloto, poco confiable, de lo que será el futuro “ERTE-nueva normalidad”

Las acciones formativas (realmente expresión de un deber general de protección empresarial concretado en la obligación de diligencia en la capacitación profesional de las personas empleadas, conforme al art. 4 ET en relación con el art. 27 y 40 CE) están dirigidas, expresamente, a la mejora de las competencias profesionales y la empleabilidad de las personas trabajadoras afectadas. Se trata con ello, de un lado, más confesado, de ofrecer respuestas a las necesidades formativas de las personas y empresas, sobre todo en materia de competencias digitales (reeducación digital), de otro, menos confesado, pero más real, de facilitar la recualificación para el tránsito a empleos en otra empresa-sector.

Que la norma no tiene una idea muy clara de cómo organizar ahora este nuevo modelo se refleja en el amplio abanico de tipos de acción formativa que contempla (art.3 RDL 18/2021). Realmente abarca todo el extenso abanico recogido en la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. Aquí se abre un amplísimo juego para la intervención autonómica, por cuanto, salvo las acciones

³⁰ Conforme al artículo 4 RDL 18/2021, el esquema queda como sigue:

ERTE limitativos o prorrogados:

10 o más personas a 29/02/2020

Sin acción formativa: – 40%

Con acción formativa: – 80%

Menos de 10 personas a 29/02/2020:

Sin acción formativa: – 50 %

Con acción formativa: – 80%

ERTE de Impedimento: 100% desde noviembre (o cierre) y como máximo hasta 28/02/2022

formativas programadas libremente por las empresas para sus personas empleadas, la mayor parte de las posibilidades pasan por la intervención pública y, por lo tanto, tratándose de una cuestión de gestión, competencia autonómica (oferta formativa de las administraciones competentes para la formación continua para personas empleadas -ej. programas de formación sectoriales y los programas de formación transversales, así como los programas de cualificación y reconocimiento profesional-)³¹. La duración mínima está fijada en la norma según dimensión de la empresa: 30 horas para las empresas de 10 a 49 y 40 horas para las de 50 o más personas empleadas. Como puede verse, las empresas que tienen menos de 10 personas empleadas están exentas de este tipo de acciones formativas (art. 3.3)³²

3. TRANSICIÓN DESDE EL “ERTE” AL “ERE” EN LA ERA POSCOVID19: LA GESTIÓN AUTONÓMICA DE LAS REESTRUCTURACIONES

3.1. De “autorizar” a “advertir-requerir” como garantía clave de corrección de la consulta: ¿papel menor para la autoridad laboral?

Fuera de las causas covid19, los despidos colectivos por reestructuraciones realizadas por las empresas son perfectamente posibles y legítimos, en el marco del art. 51 ET, también por causas ETOP, no solo por FM (art. 51.7 ET). De ahí que se hayan sucedido un buen número de “ERE” en este tiempo pandémico, más en los últimos meses, al tiempo que se anuncian otros, también en Andalucía. Por lo tanto, igualmente la conflictividad judicial ligada a ellos ha continuado,

³¹ El marco reglamentario estatal está constituido por el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, por el que se desarrolla 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 (financiación, procedimiento...). Para el marco autonómico andaluz, se puede acceder a la información de todos estos programadas, en su concreción autonómica en la página:

<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoformacionytrabajoautonomo/areas/formacion-empleo/quiero-formarme/paginas/oferta-formativa-fpe.html>

³² El apartado 8 del art. 3 RDL 18/20021 sí prevé, en cambio, para las empresas pequeñas otro beneficio, la concesión del derecho al “incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada”. Así

De 1 a 9 personas trabajadoras: 425 euros por persona

De 10 a 49 personas trabajadoras trabajadores: 400 euros por persona

De 50 o más personas: 320 euros por persona.

Este incremento de crédito será financiado a través de una aportación extraordinaria al presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE). Asimismo, para el seguimiento de esta formación, el Servicio Público de Empleo Estatal será reforzado en sus unidades provinciales de gestión.

dictándose interesantes pronunciamientos, sin que haya posiciones completamente convergentes y, en consecuencia, exigirán una posición unificadora por parte del TS.

En todo caso, y por lo que a la posición del TSJ Andalucía atañe, al menos en su sede en Sevilla, parece que hay una interpretación proclive a facilitar ese tránsito, que muchas empresas y consultoras auguran cuando termine el blindaje final del escudo sociolaboral pandémico (no solo la prohibición ex art. 2 RDL 9/2020, sino también la cláusula de salvaguarda de empleo de la DA 6ª RDL 8/2020 -retocada varias veces en sucesivas normas de coyuntura-), desde los ERTE a los ERE³³. Cobra actualidad, así, pues, la gran novedad reguladora, a raíz de la reforma laboral de 2012, de los despidos colectivos respecto del pasado, el fin del modelo basado en la autorización administrativa, a cargo de la autoridad laboral competente conforme a los criterios de establecimiento territorial ya comentados en relación con los ERTE.

Frente al sector más radicalmente crítico con el cambio de modelo regulador y de gestión, creemos que, ni el modelo de ausencia de autorización en sí (coherente con la evolución seguida en todos los países de la UE, incluida Grecia tras la STJUE 21 de diciembre de 2016, C-201/15 -invalidó su modelo de autorización por discrecionalidad, no por ser en sí contrario a las libertades económicas), ni en la práctica (la autorización se daba si mediaba acuerdo³⁴) avalan concluir que el papel de los poderes públicos en los despidos colectivos es marginal o de escaso valor. Muy especialmente en lo que concierne, no al control de la causa, ciertamente, sino en relación con la existencia, eficacia y efectividad de las medidas de gestión socialmente sostenible (plan social en general, y de recolocación, interna y externa -sobre todo ésta-, pese a que en nuestro sistema y experiencia tenga más una dimensión de control formal o documental que de fondo. En todo caso, parece claro que este debate ha adquirido una renovada actualidad (y conflictividad) en los últimos meses, por varios motivos, que terminan convergiendo.

³³ Ej. la STSJ Andalucía/Sevilla 29 de octubre 2020 (rec. 21/2020). Si bien su fallo es anulatorio del despido colectivo, por incumplimiento del período de consultas de una empresa en ERTE/FM, asume que su existencia no impide el ERE si este tiene “causa esencial y directa en la grave situación económica de la empresa, con unas muy notables pérdidas desde el inicio de la actividad en el ejercicio de 2018, que se incrementaron notablemente en el ejercicio de 2019 y aún más en el primer trimestre de 2020”. Una misma línea que se asume por la STSJ Aragón 27 de octubre 2020 (rec. 395/2020) o en la STSJ Asturias 26 de octubre 2020 (rec. 27/2020). En cambio, mucho más restrictivas es la posición de la sala de duplicación social vasca, por tanto más garantista con la estabilidad, sea en relación al ámbito aplicativo del art. 2 del RDL 9/2020, cuanto en relación a la cláusula de salvaguarda (ej. STSJ País Vasco 7 de septiembre 2021; agota sus efectos en el reintegro de los beneficios indebidamente percibidos, no en la relación laboral, la STSJ Navarra 24 de junio 2021, rec. 198/2021.

³⁴ Lo que hoy sigue sucediendo en el 90 por cien de los casos; incluso sin acuerdo colectivo podían contarse con los dedos de las manos los expedientes no autorizados por la autoridad; su alcance mayor es elevar el “coste indemnizatorio” -tutela monetaria del empleo-

Primero en el plano social, porque la “nueva ola” (son periódicas en el sector desde hace décadas) de reestructuraciones de entidades financieras y, por tanto, de su volumen de empleo, ha vuelto a sacudir de forma intensa la conciencia social, e incluso la posición política, en torno al sentido de despidos “masivos” por parte de empresas que mantienen elevados porcentajes de beneficios. No son ni las únicas empresas ni los únicos sectores en actuar de este modo. Dado el creciente pensó que en la actualidad se da al valor reputacional, estas entidades han decidido apostar por una vía de relativización del “daño socio-ocupacional” que crean a través de prometer planes de recolocación, interna y, sobre todo, externa en niveles de eficacia muy superior al presupuesto por la norma legal (art. 51.10 ET). En algunos casos, como Caixabank, incluso han comprometido, en el marco de su responsabilidad social, al no ser obligatorio y ante el escepticismo sindical, un 100 por 100 de recolocación en otras empresas.

Segundo, en el plano más estrictamente jurídico, incluso jurisdiccional, hemos podido comprobar cómo, cuando las autoridades públicas (no solo la laboral) se toman especialmente en serio la intervención en los procesos de regulación de empleo privados, aportando soluciones razonablemente viables y compromisos, de diversa índole, no solo de regulación (crear condiciones favorables a la competitividad de las empresas afectadas en el mercado en el que compite -sin llegar a ser ayuda de estado-), también financieros, la resistencia empresarial a seguir esa senda encuentra notabilísimos obstáculos, de modo que incluso se paralizan. Sería el caso, entre otros emblemáticos, de los despidos llevados a cabo por el Grupo Alcoa, especialmente en A Coruña, pero no solo. Es evidente que la STSJ Galicia 17 de diciembre de 2020 (rec. 48/2020) sería otra muy diferente de no haber mediado una práctica de “advertencia-requerimiento” por la autoridad laboral gallega tan seria e intensa que parecía más una “recomendación apremiante”, al indicarle cuál sería la posición más razonable de la empresa en el periodo de consultas, no solo respecto de las medidas sociales, sino del contenido del acuerdo mismo (venta de la empresa), so pena de nulidad. La empresa se resistió y la decisión final fue la nulidad por inexistencia de buena fe negociadora. No parece que meramente formal, menos banal, el control público del buen fin del procedimiento de negociación, ni meramente medial su papel en defensa de los intereses generales (no solo del interés público a la racionalidad de las prestaciones por desempleo³⁵), sino determinante, o incisivo, y claramente proactivo.

Finalmente, en el plano de política legislativa, debe recordarse que estamos dentro de la fase final del proceso de contrarreforma laboral abierto desde hace varios

³⁵ Se trata, como se sabe, de un papel eminentemente reactivo, a través de la impugnación de oficio de los despidos colectivos (ex art. 148 LRJS), ejercida con mayor o menor celo en cada ámbito territorial (ej. STS 19 de marzo 2014, rec. 226/13, en relación con el uso del procedimiento para alcanzar pactos de modalización del pago de las indemnizaciones -la sentencia rechazará tal calificación-. O la SAN 72/2018, 7 de mayo, relativa al carácter fraudulento de las propuestas

años. Y queda claro que, en estos escenarios socioeconómicos contradictorios, equívocos y de déficit de gestión socialmente responsable, el Gobierno se plantea volver a un mayor nivel de intervención pública en la regulación de empleo. Las propias lecciones de la pandemia, en relación con los ERTE, según acabamos de ver, también apuntarían en esta dirección.

No es mi pretensión volver sobre todos estos temas, demasiado conocidos, porque han sido objeto de numerosos, profundos y reiterados análisis, algunos muy recientes³⁶. Aquí he pretendido dejar constancia, ilustrándolo con algunos ejemplos recientes, en un ámbito autonómico concreto, pero que ilustra una problemática y un marco de acción que se extiende al resto de los autogobiernos, de la propia ambivalencia de la normativa reguladora que permite una pluralidad de opciones. Por tanto, dejando fuera los modelos más extremos (autorización administrativa, indiferencia pública a favor de un modelo puramente de control procedimental colectivo), los gobiernos autonómicos, no tan solo las Administraciones territoriales competentes (autoridad laboral), tienen a su disposición un amplio catálogo de actuaciones y grados de intervención. Las facultades y opciones de ejercicio van desde las más pasivas ³⁷ (registro documental), o formalista y reactivas (garantía de corrección del procedimiento; guardián frente a las prácticas abusivas o fraudulentas) hasta las más activas y proactivas (inducción seria de una solución acordada basada en medidas socialmente responsables; contribución financiera, colaboración en los planes de recapitación, incluso de recolocación).

despido colectivo claramente infladas en el número de personas afectadas para presionar al banco social para aceptar medidas de flexibilidad interna. En ocasiones los acuerdos incluyen medidas incoherentes, como contratar temporalmente simultáneamente al despido (ej. SSTs, 4ª, 121/2019, 14 y 229/2018, 28 de febrero -despedir por causas económicas cuando se realizan contrataciones temporales -mediante ETT- contradice el estándar de buen empresario-). En la misma línea la STSJ Andalucía/Sevilla, 1780/2021, 30 de junio. También serían fraudulentos los acuerdos de promoción de empleo autónomo cuando se trata de encubrir “falsos autónomos”

³⁶ Vid. De la Puebla Pinilla, Ana. “El despido por causas empresariales”. AAVV. *Reestructuraciones empresariales*. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Informes y Estudios Empleo. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 177-224. De gran interés también, igualmente con enfoques propositivos de reforma, Sala Franco, Tomás -Esteve Segarra, A. “La regulación de la extinción del contrato de trabajo”. AAVV. *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, Madrid. 2018.

³⁷ Con algo de exceso, se ha llegado a calificar el modelo normativo español actual, como reflejo de un papel de “convocado de piedra, incluso en el momento estelar de su intervención, en el periodo de consultas”. Cfr. Terradillos Ormaetxea, E. “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”. En AAVV. *Reestructuraciones Empresariales*. Ob. cit. p. 318. No obstante, concluye que “otro rol de la autoridad laboral es posible”. Si así es porque la ley lo permite.

En suma, sin cambios relevantes en el marco normativo, diferentes papeles de la autoridad laboral son posibles a fin de hacer realidad el paradigma comunitario de regulación de empleo bajo la responsabilidad social y la sostenibilidad financiera. Desde luego, la actualización de las intervenciones (marcos y políticas) autonómicas preventivas y proactivas será mayor, a más en serio se tomen las vías abiertas en el sistema regulador, tanto comunitario (incluso internacional) como estatal, para planes y prácticas fiables de recolocación, aunque implique previa recualificación, como principales medidas dentro de los “planes sociales” o de “acompañamiento social”. La experiencia más efectiva de otros países a tal fin, dentro del mismo marco comunitario, pueden servir de ayuda, sin que se predique la pura emulación, por supuesto, generalmente poco útil³⁸.

3.2. ¿Cooperación público-privado para una gestión “socialmente responsable”: políticas públicas y planes privados de formación/recolocación

3.2.1. La garantía de un programa de oportunidades serias de recolocación, estándar social internacional del derecho a la protección frente al despido

Si el modelo de regulación comunitario de los despidos colectivos se centra en el procedimiento de consulta-negociación (paradigma de derecho reflexivo), sin atender al control de las causas (lo recordaba recientemente el TJUE), la tradición legal en España ha venido poniendo el acento en el control público de las causas de reestructuración empresarial extintiva. Primero a través de la autorización administrativa previa (y el control posterior jurisdiccional a partir de la demanda -más probable- de la empresa), luego en virtud del control jurisdiccional solo, una vez desaparecida la autorización. Aunque la voluntad de la reforma de 2012 fue claramente la de liberar, o flexibilizar hasta el extremo, este control causal, depurándolo de juicios de razonabilidad (finalistas), la jurisprudencia social, con el aval, aquí sí, del TC, reintrodujo -como es suficientemente conocido-, aplicando la normativa internacional (Convenio 158 OIT -trasunto del art. 24 Carta Social Europea revisada, recientemente ratificada), esa lógica de razonabilidad, sumada al mero control de legalidad.

En cambio, menor interés ha mostrado nuestra regulación por el contenido concreto de ese proceso de negociación-consulta y su efectividad, dejándolo a la autonomía colectiva, a la interlocución social, sin perjuicio de la referida atribución de una competencia de control de la efectividad del desarrollo del procedimiento negociador bajo el parámetro de la buena fe y mínimos de legalidad. Entre estos mínimos estaría el de negociar algún tipo de medida social, incluida en un plan de

³⁸ En una perspectiva más amplia, vid. De la Torre, C. et alii. *Reestructuraciones de empresas y responsabilidad social*. Ediciones Cinca, Madrid, 2010.

acompañamiento de esta guisa (planes sociales) que reduzca bien el número de despidos bien los efectos negativos de los ceses. De ahí que, en desarrollo de los marcos normativos multinivel (sobre todo comunitario, pero no solo), la norma reglamentaria española tienda a limitarse a abrir un abanico amplísimo de medidas de gestión socialmente responsable de la regulación extintiva de empleo, con una suerte de normativización de las medidas más normalizadas en nuestra experiencia, en especial en los convulsos tiempos de las reconversiones industriales.

Así se refleja en el art. 8 del RD 1483/2012, de 29 de octubre. Solo en determinados casos (para despidos colectivos de dimensiones más extensas -debe afectar a un mínimo de 51 personas trabajadoras-) requiere añadir un “plan de recolocación”³⁹. Esta obligación de ofrecer oportunidades de recolocación forma parte, como un imperativo mínimo y preferente, de un modelo de *gestión socialmente adecuada de la libertad de empresa en su dimensión extintiva contractual*, por imperativo no solo constitucional, también multinivel, sea comunitario (art. 2.2 de la Directiva 98/59/CE⁴⁰) sea internacional (art. 13.1 b Convenio 158 OIT y Recomendación 166, en su apartado 19.2; art. 29 de la CSER). Y vincula al conjunto de autoridades, que deberá contribuir a su diseño y puesta en práctica por parte de los sujetos colectivos. Por supuesto, no solo es misión de la política de empleo, sino también de una adecuada política de inversión y reindustrialización territorialmente vertebrada (digital, verde y social). El art. 29 CSER, hoy de especial relieve interpretativo tras su ratificación por España, es claro, al atribuir a este modelo de gestión preventiva o proactiva de la regulación de empleo un ámbito particular: “...promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados”.

3.2.2. Pero ni el marco normativo ni su práctica, tampoco judicial, en España han tomado en serio, hasta ahora, el derecho a la recolocación

Aunque, en realidad, las medidas del plan de acompañamiento social (una suerte de “plan social” simplificado), entre las que pueden incluirse -o no- las recolocaciones, aunque sea externas, constituyen un contenido mínimo necesario del proceso consultivo para que sea de buena fe, condición a su vez de validez

³⁹ El artículo 9 del RD 1483/2012, desarrolla el contenido de este “Plan de recolocación externa”, el art. 10 las actuaciones de la autoridad laboral al respecto y el art. 11 los informes de la ITSS, entre los que se incluyen, conforme a su apartado 7: “informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se hayan podido prever y, en especial, comprobará que las empresas obligadas...han presentado el plan de recolocación externa...”.

⁴⁰ Para el paradigma de gestión socializada del cambio (reestructuraciones), desde un enfoque preventivo y proactivo, en la normativa “*hard*” y “*soft*” comunitarias vid. Terradillos Ormaetxea, E. “Las medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuraciones de empresas”. En AAVV. *Reestructuraciones Empresariales*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, pp. 309 y ss.

del procedimiento, la experiencia demuestra que ni han venido siendo tomadas realmente en serio ni tampoco los programas de recolocación externa, allí donde son exigibles como obligación (art. 51.10 ET), han venido siendo muy fiables. A la actitud escéptica del banco social se suma el garantismo débil judicial. Su eficacia también ha brillado por su ausencia, no obstante llevarse a cabo por empresas especializadas (empresas de recolocación), que vienen realizando intensos esfuerzos de marketing para poner de relieve su rotundo éxito.

En cambio, sería central, como se ha indicado, en la concepción europea de las reestructuraciones como una técnica “normalizada de gestión anticipada” de la incertidumbre de los mercados, cambiantes y globales, no como una última ratio (con causa excepcional -primado de la estabilidad en el puesto de trabajo-), asumiendo como contrapartida de la permisividad causal mayor compromiso social en la gestión de sus efectos⁴¹. Paradójicamente, aún en un escenario de política jurídica contradictorio y tenso en el seno del mismo Gobierno de España (una parte del cual pugna por un mayor control de la causa mediante el retorno a la autorización), la propuesta parece ser la de poner énfasis, además de en los planes de formación y recualificación durante el tiempo de ERTE -RDL 18/2021-, en los incentivos para la recolocación cuando se trate de ERE. O mejor, se busca en la creación del sistema de incentivos a la recolocación una suerte de forma de gestión preventiva de los despidos colectivos, creando una pasarela o transición entre ellos. Así, se anuncian -no hay norma vigente aún- compromete ayudas a las empresas que contraten a personas trabajadoras en el ERTE de otra empresa. Además, para el sostenimiento público de una parte de los costes de gestión socialmente responsable, se cargaría (socializaría) en el FOGASA el coste de la antigüedad laboral⁴².

Sea como fuera en la futura regulación -en la actual no se ha contemplado de forma expresa-, ¿si la recolocación es a través de entidades privadas -empresas de recolocación- y la socialización, de nuevo, a cargo del Estado, dónde queda la intervención autonómica y el margen para sus marcos y políticas propias de gestión socialmente responsable de las reestructuraciones en general, particularmente a través de la actualización de un sistema de garantías de efectividad del nuevo derecho social a garantías de empleabilidad fiables u oportunidades de recolocación serias⁴³? De un lado, conviene recordar que la intervención de esas empresas de recolocación no es libre, sino que deben ser autorizadas, y tal autorización

⁴¹ Vid. Martín Valverde, A. *Derecho del trabajo y mercado de trabajo*. Tecnos, Madrid, 2021, p. 197.

⁴² Vid. “Escrivá quiere incentivar a las empresas que contraten a trabajadores que están en ERTE en otras compañías” <https://news.freeads.world/es/escriva-quiere-incentivar-a-las-empresas-que-contraten-a-trabajadores-que-estan-en-erte-en-otras-companias>

⁴³ Para una concepción flexible, si bien muy cuestionada, vid. STS, 4, 19 de marzo de 2014, rec. 226/13 (asume la validez de las formas pactadas de recolocación diferida a empleo estable).

corresponde a cada comunidad en la que quieran establecerse. No todas las CCAA han mostrado el mismo favor hacia esta liberalización. Así, Andalucía ha experimentado un cambio, con posición bien diferente atendiendo al color del Gobierno: excluyente cuando gobernaba el partido socialista, liberal en la época del Gobierno de coalición PP-Cs.

De otro, es evidente que la actualización de este modelo de gestión socialmente responsable de las reestructuraciones empresariales requiere fortalecer los instrumentos de garantía en el mercado de trabajo, tratando de corregir sus endémicas deficiencias que se vienen arrastrando en nuestro país (ej. servicios públicos de empleo, políticas de capacitación y recualificación profesional, protección social, etc.), a diferencia de los modelos escandinavos (eso sí, la mayoría de ellos no han ratificado el Convenio 158 OIT). Y es evidente que, en lo que concierne al complemento de la regulación laboral por un conjunto de políticas de mercado de trabajo renovadas y eficaces, los autogobiernos han de tener un protagonismo más decidido. En última instancia, bien sabido es que en este tipo de regulaciones de empleo no solo hay que gestionar de forma socialmente adecuada (preventiva, proactiva) el “daño individual de cese” (pérdida de empleo, descapitalización profesional), sino el “daño social y territorial”, pues en juego está (como ha acreditado, una vez más, el caso Alcoa), la supervivencia de un tejido productivo local (pérdida de empleo, descapitalización social, riesgo de despoblación, etc.). La jurisprudencia social así lo viene exponiendo con claridad (STS, 4ª, 771/2017, 10 de octubre⁴⁴).

Esta necesidad de implicación pública en la gestión socialmente responsable de las reestructuraciones, no solo en tiempos de excepción (crisis pandémicas o financieras) sino de normalidad (porque la gestión del cambio es constante), es mayor en España, y dentro de ella de CCAA como Andalucía, en la medida en que su tejido productivo se conforma mayoritariamente por pequeñas empresas, por lo tanto, con umbrales menores de los exigidos para la obligación de recolocar (aun externamente). De ahí los límites de la regulación laboral actual, pese a que la ITSS tiene la obligación de informar sobre las diversas medidas de acompañamiento social que se establezcan durante la consulta (art. 11 RD)⁴⁵. Sin embargo, en el

⁴⁴ FJ Cuarto. Para la fundamentación científica. Vid. Pedrazzoli, M. “Licenziamenti in comparazione. La “flessibilità in uscita” nei paesi europei e la recente riforma italiana”. En ID. (Dir.). *La discipline dei licenziamenti in Europa*, Franco Angeli, Milan, 2014. Análogamente (constitucionalismo social flexible), vid. Caruso, B- Del Punta, R.-Treu, T. *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, Centre for the Studi of European Labour Law “Massimo D’antona”, 2020, p. 45: http://csdle.lex.unict.it/Archive/AC/Webliography/Blogs/20200521-032536_Manifesto_Caruso_Del_Punta_Treupdf.pdf

⁴⁵ Vid. Castellano Burguillo, Emilia. (2017). “Planes de recolocación y personas de edad avanzada”. AAVV. (Dir.: Juan Carlos Álvarez). *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*. Ediciones Laborum, Murcia, pp. 53 y ss. Para la intervención verificadora de

marco de las políticas activas de empleo o de mercado de trabajo a cargo de las comunidades autónomas y sus servicios públicos de empleo se puede avanzar notablemente, incluso antes, o al margen, de la reforma comprometida.

Justamente, en la crisis presente, la Comisión valoró muy positivamente el que ciertos Estados crearan organismos específicos de recolocación, gestionados a través de una gestión participada entre múltiples actores, tanto públicos (estatales, autonómicos y locales) como sociales⁴⁶. No dudó en defender su “eficiencia —por su especialización en las labores de recolocación— y el alto nivel de confianza que ofrece esta gestión multilateral hacen de ellos una herramienta valiosa para afrontar los efectos de la recesión”. Desde esta perspectiva, recomienda que, cuando los despidos sean inevitables, las autoridades locales, las empresas y las representaciones de las personas trabajadoras debían “*colaborar para adoptar medidas a fin de que los trabajadores afectados mejoren su empleabilidad y se reintegren en el mercado laboral lo antes posible*”. En suma, en el objetivo de los planes de recolocación convergerían los acuerdos sociales y las políticas públicas, a fin de facilitar los cambios exigidos por la adaptación a las necesidades de los mercados con el menor impacto social y territorial posible.

Como es sabido, este modelo de cooperación público-privado ya se ensayó respecto de la colocación, en un Acuerdo marco estatal del que inicialmente quedó fuera el SAE, por decisión expresa del autogobierno andaluz precedente, pero del que ahora sí forma parte, a través de un contrato de colaboración con las agencias (privadas) de colocación (participaron 80 autorizadas)⁴⁷, licitado por el SAE el año pasado⁴⁸. Sus objetivos fueron los de fomentar la inserción laboral de las personas desempleadas (por un importe de 1.920.043,96 euros y un periodo de 24

la ITSS de la presentación del PRE y de que cumple los requisitos -mínimos- vid. STSJ Asturias 4/2018, 26 de marzo.

⁴⁶ Vid. Libro Verde. *Reestructuraciones y previsión del camino: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?*, Bruselas 17 de enero de 2012, Documento COM (2012), 7 final, p. 9. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0007:FIN:ES:PDF>

⁴⁷ Andalucía: 132 agencias de colocación, de cuya tramitación es competencia del Servicio Andaluz de Empleo <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoformacionytrabajoautonomo/servicios/actualidad/noticias/detalle/228505.html>

⁴⁸ https://asempleo.com/servicio/informes/Informe_CPP.pdf. También García Solana, María José (2018). *La colaboración público-privada en la gestión de los servicios de intermediación laboral: el servicio público de empleo estatal y las agencias de colocación (2010-2016)*. INAP, Tirant Lo Blanch. De un lado critica que, la ausencia de una estrategia común y continuada, la inexistencia de un liderazgo público claro y reforzado en la estructura del SEPE, el desconocimiento del mercado o sector privado con el que se va a opera, haya provocado “que estemos ante un modelo de externalización con ciertos matices colaborativos, pero no ante un modelo de colaboración público-privada como tal”. De otro, teniendo en cuenta la situación política actual, su viabilidad depende de la adhesión autonómica. “En caso contrario, no se le augura un buen futuro a este modelo”. p. 273. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=152732>

meses; beneficiaron a 4000 personas desempleadas de diferentes colectivos, pero sobre todo jóvenes de entre 18-29 años y personas paradas de larga duración) y se predica un modelo “absolutamente garantista” (basados en unos procesos de acompañamiento intensivo -todos los días de la semana- y duradero -incluido el periodo en el ya han encontrado una ocupación-)

En cambio, apenas existen experiencias de cooperación público-privado respecto de los programas de recolocación, correspondiendo prácticamente en exclusiva al deber de las empresas de cumplir (mayoritariamente refleja una cultura de cumplimiento formal o documental -recolocación de papel-) con el mandato del art. 51.10 ET a través de las empresas de recolocación autorizadas o empresas de “*outplacement*”⁴⁹. Precisamente, el sector de las empresas de recolocación, que suelen formar parte de grupos empresariales más amplios dedicados al conjunto de los servicios de empleo (selección, ETT, empresas multiservicios, consultoras, etc.; Randstad, Adecco, etc.), llevan años “vendiendo” su mayor eficacia. Aseveran, así, que 8 de cada 10 personas que participarían en esos programas de recolocación hallarían nuevos empleos en menos de un año (6,3 meses mientras que las personas desempleadas no acogidas a estos programas tardarían más de 12 meses). Eso sí, la mayoría sufren significativas reducciones retributivas⁵⁰.

Asimismo, los informes estadísticos al respecto (siempre de parte), indican una fuerte concentración territorial, lo que obedece a que se trata principalmente de grandes empresas, mayoritarias en Madrid (ha pasado del 54 por cien al 38 por cien) y Cataluña (ha pasado del 16 por cien al 26 por cien). Los casos más recientes y conflictivos en el sector financiero lo evidencian⁵¹. No obstante, comienza a producirse una progresiva desconcentración. Andalucía es la tercera CA con mayor presencia (en torno al 10 por cien de las personas candidatas, 4 puntos más que dos años antes). Sus evidentes bondades como una vía para mejorar la reinserción laboral, sobre todo en mercados locales (reflejan una mayor responsabilidad social de empresa, mejorando su reputación social; mejoraría el clima laboral, facilita la “captación de talento” -no solo evitar la descapitalización de la persona, sino aprovechar oportunidades de captación de ese talento por parte de otra empresa-; son una herramienta -baza- de negociación colectiva) deben contemporizarse con sus deficiencias (no hay transparencia, la evaluación la realizan las propias empresas

⁴⁹ Entre las muchas empresas que anuncian tales servicios vid. <https://www.arsoutplacement.com/ertes/>

⁵⁰ <https://www.lhh.com/es/es/organizaciones/sala-de-prensa/ocho-de-cada-diez-participantes-en-programas-de-recolocacion>

⁵¹ Ej. Banco Sabadell, CAIXABANK, etc. <https://www.economiadigital.es/empresas/caixabank-ficha-a-mckinsey-y-lee-hecht-harrison-para-recolocar-a-los-afectados-por-el-ere.html>. Para una visión crítica vid. Informe sobre planes de recolocación ESADE (IEL)-LHH. *Los servicios de recolocación en la práctica: ¿cómo mejorar su efectividad?* <https://www.adecogroup.es/wp-content/uploads/notas-de-prensa/668.pdf>

interesadas; los empleos nuevos suponen importantes pérdidas retributivas; “guerras de precios” por conseguir ser las contratadas por las empresas, etc.)⁵².

La ausencia de experiencias suficientes de cooperación público-privada en la recolocación contrasta con algunas prácticas relevantes en el marco de ERE públicos, como, para Andalucía, los ejemplos de varios ayuntamientos importante. Así sucedió con los de Jerez (sabido es que resultó ser uno de los más conflictivos, como prueba la intensa litigiosidad judicial que generó) o Estepona. El Ayuntamiento de Estepona (Málaga) aprobó el expediente para sacar a concurso público la adjudicación del servicio de ejecución del plan de recolocación externa para las personas afectadas por la reducción de plantilla municipal tras el Expediente de Regulación de Empleo (ERE)⁵³.

En consecuencia, parece que hay un notable margen de crecimiento, de modo que un diseño más coherente y sistemático en el marco de los servicios públicos de empleo autonómicos, como el SAE, podría dar impulso a una “segunda vida de los planes de recolocación”, mucho más eficaz y brillante, por encima de los estándares no solo de la norma legal sino de mercado, desbordando la reactivación actual en el sector financiero -algunos comprometen el 100 por cien en sus recolocaciones-, o de grandes superficies -como El Corte Inglés-⁵⁴. De este modo, quizás en espera de un cambio regulador, podría corregirse el modelo de débil garantismo instaurado, lo que seguramente ha propiciado un arraigado y persistente déficit de cultura negociadora de estos planes sociales, de forma que la negociación se centra en la tutela económica (prejubilaciones de oro, donde se puedan; indemnizaciones superiores a las legales; ej. STS, 4ª, 25 de septiembre de 2013, rec. 3/13). El que no haya un refuerzo jurisprudencial a través de la eventual nulidad por asociación con

⁵² Para la “guerra de precios” que normalmente significa la introducción de estos mecanismos de gestión de mercado competitivo en la prestación de un servicio que debe ser público-social, a través de contratos privados o públicos (si lo promueven las AAPP), vid. <https://www.salvemostelemadrid.es/recolocaciones-falta-ortografia/>. Una crítica concreta para el caso de Telemadrid y en relación con un reportaje periodístico. ¿Solo se regula la obligación de presentar un plan por un tiempo mínimo (6 meses), sin verificar la calidad de su ejecución, en términos de intensidad de acompañamiento y resultados? https://elpais.com/economia/2013/02/15/actualidad/1360949892_377406.html. Es crítico también, <http://www.imanolchasco.es/entrada-de-ejemplo-1/>: “No es oro todo lo que reluce”.

⁵³ <https://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20130218/54365507157/sale-a-concurso-el-plan-de-recolocacion-externa-dirigido-a-los-afectados-por-el-ere-del.html>

⁵⁴ El escenario que predicaba una notable pérdida de relevancia, y de eficacia -si alguna vez la tuvo- parece haber revivido con el impulso de los programas de recolocación “fuertes” del sector financiero. <https://elpais.com/economia/2021-06-21/la-segunda-vida-de-los-planes-de-recolocacion.html>. Un tipo de garantismo socialmente responsable fuerte que muchos ponen en duda. La difícil recolocación de los 15.000 trabajadores en ERE en grandes empresas. https://www.niusdiario.es/economia/empleo/ere-banca-como-son-planes-recolocacion-outplacement-grandes-empresas-caixabank-bbva-el-corte-ingles_18_3130320323.html

la buena fe negocial, en paralelo a un control administrativo efectivo, de calidad y eficacia de estas medidas, no ayuda, para corregir ese déficit⁵⁵.

3.3. Una condición para la nueva vida de los planes de recolocación en el marco de un modelo de cooperación público-privado: la sostenibilidad financiera

Sin duda, hasta ahora, no ha sido esta la visión exhibida por los autogobiernos. Desde luego no en Andalucía si bien, desde el cambio al Gobierno de coalición la visión sobre este modelo público-privado es bien diversa. Junto a las notables insuficiencias legales, las resistencias prácticas y la crítica ideológica, habría que se sumar la cuestión relativa a la financiación de estos programas

Esto último -básico- no deja de plantear tanto los problemas jurídicos (justificación, para que no resulten ayudas de Estado prohibidas) cuanto los de sostenibilidad, dado el compromiso continuo con la estabilidad presupuestaria, cuyo marco comunitario y estatal están en suspenso, pero no ha desaparecido. Justamente, también aquí la Unión Europea ha mostrado una visión mucho más favorable y proactiva, priorizando desde hace tiempo, ya a fin de hacer frente a la crisis financiera precedente a la pandémica, que hubiese una línea de política de fomento (financiación) de estos modelos de regulación de empleo socialmente responsable adecuados, también financieramente sostenidos y sostenibles.

Desde esta perspectiva, planteaba la conveniencia de recurrir a los Fondos europeos a este fin de políticas de recolocación en contextos de reestructuraciones de plantillas. Sería el caso de los Fondos de Política de Cohesión (Fondo Social Europeo -aunque se focalice bastante más en las políticas de formación y contratación, incluso de emprendimiento-; Fondo Europeo de Desarrollo Regional -orientado a fomentar empleos que impliquen innovación, para mejorar la competitividad de las PYMES, así como su transición verde-)⁵⁶. Hoy destaca el

⁵⁵ Vis. STS, 4ª, 26 de marzo de 2014, rec. 158/13 (despido de Telemadrid). Aunque para la SAN 33/2020, 17 de abril (nulidad del despido colectivo en RYANAIR): “tal circunstancia no es óbice para que la Sala pueda valorar el plan inicialmente adoptado y su posterior concreción en el periodo de consultas a la hora de determinar la existencia una verdadera voluntad negociadora por parte de la empresa, en orden a paliar las consecuencias de la decisión extintiva a través del plan ofertado y, nuevamente, nuestra respuesta ha de ser negativa, porque... se patentiza que la demandada afronta el periodo de consultas como un mero trámite (...)”. (FJ Quinto). Esta crítica en Molina Hermosilla, Olimpia. *La conformación del nuevo sector para la prestación de servicios de recolocación*, Aranzadi, 2014.

⁵⁶ “18. Los Estados miembros deben hacer un uso pleno del apoyo disponible a escala de la Unión procedente de los Fondos Estructurales, en particular el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), del Fondo de Transición Justa, el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG), la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión

Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (FEAG). Este último contempla expresamente el uso de fondos para la gestión de los procesos de reestructuración mediante cofinanciación de la recualificación⁵⁷.

Más recientemente lo ha reafirmado en la Recomendación (UE) 2021/402 de la Comisión de 4 de marzo de 2021 sobre un apoyo activo eficaz para el empleo tras la crisis de la COVID-19 (EASE)], que apela al modelo de cooperación público-privado para estas políticas de gestión proactiva de las reestructuraciones de empleo, incluyendo no solo los programas de recapitación o “recapitalización” profesional, sino igualmente “planes de reempleo”, a fin de favorecer la “colocación en otras empresas, junto con la facilitación de la movilidad transfronteriza y la promoción del reconocimiento o la validación de las capacidades”. En esta dirección, recomienda que:

“16. Los Estados miembros deben garantizar que los servicios públicos de empleo disponen de las capacidades operativas necesarias para prestar directamente, o contribuir de otro modo, a la prestación de las distintas formas de apoyo mencionadas...”⁵⁸.

No se trataría, pues, de ayudas de Estado en sentido propio. Y ello pese al concepto amplio que exhiben la Comisión y el TJUE al respecto, que bien pudieran englobar la reducción de las cargas sociales mediante subvenciones al empleo para medidas sociales en los despidos colectivos. El TJUE entendió contrarias al art. 107.1 TFUE de tales medidas, en la medida en que esta norma no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales (STJCE 26 de septiembre de 1996, C-241/94, asunto República Francesa v. Comisión⁵⁹).

y los Territorios de Europa (REACT-EU), la Reserva de Adaptación al Brexit y el Instrumento de Apoyo Técnico, para diseñar y ejecutar las medidas EASE”.

⁵⁷ Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, de 18 de abril de 2012: “Hacia una recuperación generadora de empleo”. Documento COM (2012), 173 final, p.8, así como la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, 13 de diciembre: “Marco de calidad de la UE para la anticipación del cambio y la reestructuración, Documento COM (2013), 882 final, pp. 6-7.

⁵⁸ De gran interés el Reglamento (UE) 2021/691 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de abril de 2021, sobre el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para los trabajadores despedidos (FEAG) y por el que se deroga el Reglamento (UE) no 1309/2013 <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=326&langId=es>

⁵⁹ En el caso, el Fondo Nacional de Empleo francés asumía la financiación de ciertos planes sociales de empresas en situación de reestructuración de plantilla mediante despidos colectivos, lo que se considera ayuda de Estado prohibida por el art. 107.1 TFUE al liberar de ciertas cargas a las empresas en relación con sus competidoras, aunque quienes se beneficien directamente sean las personas afectadas por el despido (para el Gobierno francés no mejora directamente la situación competitiva de la empresa, sino la empleabilidad de las personas empleadas). En el mismo sentido la STJUE 15 de noviembre de 2015, C-352 y 353/14 (asunto Bankia). No obstante, aquí se aceptó,

Un entendimiento expansivo de la prohibición de ayudas significaría una vida muy limitada para estas posibilidades de contribución pública (estatales y autonómicas) en la financiación de tales programas de recolocación.

Ahora bien, una cosa debe ser las ayudas para reducir los costes laborales y los planes de viabilidad empresarial (que se tienen directamente por inversiones de índole económica, asuman la forma que asuman en el plano técnico-jurídico), y otra cofinanciar planes sociales en reestructuraciones empresariales. En este caso, las personas que se benefician directamente serían las personas no tanto las empresas, además de que, al final, los efectos sobre el empleo de tales medidas implicarían una restricción proporcionada a la libre competencia, pues estamos ante objetivos legítimos de política social. No puede haber una fractura radical entre las libertades económicas y los objetivos sociales de la UE, como parece ahora ya asumirse no solo por las instituciones comunitarias de la gobernanza económica, sino también por el TJUE. De ahí la posición general de favor, al menos en línea de principio⁶⁰.

4. CONCLUSIONES: ¿EN LA ANTESALA DE UN CAMBIO CULTURAL, NO SOLO NORMATIVO PARA LA REGULACIÓN DE EMPLEO?

La pandemia no ha marcado solo el pasado inmediato y el presente (desde marzo de 2020 hasta marzo de 2022) del modelo de regulación de empleo, sino que marcará un “antes” y un “después” muy claro. Esta nueva normalidad se parecerá, en lo que al tipo más extendido de gestión de empleo ante dificultades económicas y técnico-productivas y organizativas se trata, más al modelo ensayado durante este tiempo que al que hoy se refleja normativamente y sigue en vigor, para situaciones desvinculadas de la covid19. Así se reflejará, sin duda, en la contrarreforma laboral que se prepara. No necesariamente se trata de auspiciar un retorno al -obsoleto- modelo de autorización administrativa de los despidos colectivos, sino de introducir un papel más relevante del poder público, a fin de propiciar un paradigma de gestión socialmente responsable, y sostenible, del volumen de empleo de las empresas.

por ser aprobada por la Comisión en condiciones que la hacen compatible con el mercado interior. Los arts. 107 y 108 TFUE no se opondrían a la aplicación de una normativa nacional vinculada a un plan de reestructuración empresarial financiado por el Estado.

⁶⁰ Vid. Comunicación de la Comisión relativa a las *Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis*, Documento 2014/C 249/01, 31 de julio, y Comunicación de la Comisión relativa a la prórroga y las modificaciones de las *Directrices sobre las ayudas estatales de diversa índole* (2020/C 224/02). Vid. Solà I Monels, X. “La intervención pública en el marco de normativas creadas “ad hoc” para determinados supuestos de reestructuración empresarial”. En AAVV. (Dir.: Pérez Amorós, A. -Rojo Torrecilla, E.). *La intervención pública en los procesos de modificación y reestructuración empresarial*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 277 y ss.

Predicar un papel más activo de la Administración significa más bien no ya solo su implicación financiera, que será más importante en el futuro, si bien no con la entidad del tiempo de excepción pandémica -pues sería insostenible en el plano financiero-, sino un control más serio tanto de la calidad como del cumplimiento efectivo de los *planes de gestión socialmente sostenible de las regulaciones de empleo*.

Cuando la regulación sea estrictamente temporal, esa responsabilidad social tendrá, como contrapartida a la reducción de jornada, no solo los beneficios sociales (prestación por desempleo e, incluso, exoneraciones, según los casos), también programas coherentes de formación profesional. En los casos de regulación extintiva, la responsabilidad social se dirigirá básicamente, además de a evitar el número de personas finalmente afectadas por los ceses, así como por la promoción de salidas voluntarias (sistemas incentivados), a la intensificación de las políticas de recolocación externa, si bien tomada en serio, esto es, basada en un sistema de capacitación para obtener colocaciones reales, confiables, en otras empresas (incluso distintas del mismo grupo empresarial). Frente al más tradicional modelo normativo defensivo del mismo puesto de trabajo se irá imponiendo, de forma progresiva, e incentivada, también con fondos europeos -estructurales-, un modelo más proactivo y flexible, pero garantista, en el que la protección de la seguridad en el empleo se concrete en programas de recolocación, interna o externa, y, mientras tanto, seguridad económica (protección por desempleo). Así se desprende igualmente de la necesidad de conformar el modelo normativo al estándar europeo e internacional de protección frente a la terminación de las relaciones de trabajo⁶¹.

Pero los cambios tienen que ir más allá de la norma, aunque sin esta actualización no sería confiable, ni posible realmente. De un lado, debe instaurarse una coordinación más eficaz entre la gestión laboral y los servicios públicos de empleo, y entre estos y los agentes privados, a fin de diseñar y poner en práctica medias coherentes de capacitación y recolocación. Y esta sí es una cuestión netamente autonómica, al igual que también lo es la implicación de acciones de financiación e inversión que ayuden a retejer el sistema o el ecosistema de infraestructuras y equipamiento que necesitan las empresas. Pero de otra, el cambio debe ser también más amplio, cultural. Por ejemplo, cambiar la cultura del control solo documental, de papel (“prevención de papel”, “recolocación de papel”) hasta hoy dominante respecto de estas materias. Basta recordar el olvido de la obligación formativa en

⁶¹ Esta lógica proactiva está inscrita en modelos normativos europeos muy conocidos, y de eficacia dudosa, cierto, pero de indudable referencialidad. vid. Ray, J.M. *Droit du Travail. Droit Vivant. La relation individuelle de travail*. W. Kluwer, 2019, pp. 389 y ss. En este modelo, los servicios públicos de empleo, claramente orientados por el modelo de cooperación público-privado (“*Pôle de Emploi*”, tienen un papel básico <https://www.pole-emploi.org/poleemploi/>. Para Alemania vid. Daubler, W. “Lincenziamenti per motivi economici, piano sociale e cambiamenti nel diritto del lavoro in Germani”, *Lavoro e Diritto*, n. 3, 1999, p. 444-446.

los ERTE, pese a la neta previsión normativa (art. 47.4 y 16.5 RD 1483/12) y a ser inherente al modelo originario del que procede (“*kurzarbeit*”)⁶².

También los sujetos negociadores deberán valorar de forma diferente el papel de las medidas sociales, de modo que la cultura presente de negociación monetaria (cómo aumentar la indemnización legal hasta equipararla a la de despido improcedente; mejores condiciones de prejubilación, en los sectores más pudientes, etc.), cambie o se enriquezca con la negociación de medidas sociales realmente confiables, a fin de dar concreción al derecho a la recolocación tomado en serio, hoy marginales. En este sentido, las reformas legales necesarias a tal fin volverían a verse frustradas sin el compromiso de buena fe de los sujetos negociadores, así como, por supuesto, de una participación más eficaz, y en una lógica proactiva, de las Administraciones públicas, desde una coordinación leal entre los diferentes niveles implicados, también en su financiación (comunitarios, estatales, autonómicos y locales). Se abrirá una nueva etapa de cooperación público-privado digna de incentivarse, sin devaluarse a mera financiación pública de una obligación privada.

Sin duda, la experiencia forzada de los ERTE-covid19 deberían hacernos aprender las lecciones debidas, sin autoengaños, claro, pues las formidables ayudas financieras que aquellos han mantenido no pueden ya pretenderse en situaciones de normalidad, ante el elevado coste que supone, por más que el dinero que se invierta en el mantenimiento del empleo (también económicamente viable) sea un modo de ahorrar gasto social (prestación por desempleo). La gestión preventiva, anticipatoria, y proactiva (no reactiva o defensiva) del empleo ante los procesos ahora continuos de reestructuración requiere, como auspician las instituciones comunitarias, si bien no siempre han seguido coherentes (ej. las políticas de austeridad y productivismo, basado en la eficiencia y la rentabilidad económicas inmediatas, más que en las garantías de empleo, aún en otras empresas y sectores), requiere dar efectividad al plan de medidas sociales que prevé la actual normativa (art. 8 RD 1483/12) y que no se queden en mero papel mojado, ignoradas o infravaloradas tanto por la autoridad laboral como por parte de los sujetos colectivos⁶³. No creo que el retorno a modelos basados en un intervencionismo fuerte (autorización) y en una fiscalización rígida de la causalidad (control de oportunidad económica del cese) sean soluciones hoy coherentes, incluso eficaces, sino que, en línea con la evolución de los países más desarrollados y conforme al estándar internacional europeo en materia, el eje de la regulación debe ponerse en una negociación de buena fe basada en las medidas sociales, entre ellas la recolocación, tomadas en serio y la garantía pública para ser fiables.

⁶² Rara avis, la SAN 30 de mayo de 2014, rec. 13/14 anuló el despido por falta de buena fe negociadora al no constatarse un plan de formación a las personas trabajadoras en el proceso de consultas.

⁶³ Vid. Terradillos Ormaetxea, E. “Las medidas de acompañamiento social...”. Ob. cit. p. 331.