

LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2010 Y A LA LUZ DE LA FUTURA REFORMA DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN DE EMPLEO¹

Dr. Xavier Solà Monells

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UAB

1. Introducción
2. El reconocimiento expreso y regulación de la reducción de jornada
3. La promoción de acciones formativas
4. La prohibición de horas extraordinarias
5. Los cambios en materia de protección por desempleo
 - 5.1. La redefinición del desempleo total y del desempleo parcial
 - 5.2. La nueva regla sobre consumo de prestaciones en desempleo parcial
6. La Intensificación de los incentivos previstos en la Ley 27/2009
 - 6.1. Los cambios relativos a la bonificación de la cotización empresarial
 - 6.2. La ampliación de la reposición de la prestación por desempleo
7. Las novedades indirectas, derivadas de la reforma del despido por causas empresariales
 - 7.1 La nueva formulación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción
 - 7.2. La modificación del procedimiento de despido colectivo
8. Las deficiencias de la reforma laboral de 2010: principales cuestiones pendientes
 - 8.1. La diversificación del procedimiento
 - 8.2. La garantía de la temporalidad
9. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Uno de las principales pretensiones de los cambios normativos operados a través del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante Real Decreto-ley 10/2010) y de la Ley 35/2010 de idéntico título (en adelante Ley 35/2010), que materializan la denominada Reforma Laboral de 2010, es la potenciación de los instrumentos de flexibilidad interna de la relación laboral. En el Preámbulo de esta última norma legal, concretamente en su punto II, se afirma expresamente que tal potenciación es uno de sus “*objetivos fundamentales*” y que se apuesta por los instrumentos de flexibilidad interna porque permiten “*el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas*”. En coherencia con ello se modifican las regulaciones del

¹ El presente estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D “La reconfiguración de la intervención administrativa en los procesos de reestructuración empresarial: situación actual y retos de futuro” (SEJ2007-61746), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Una primera versión del mismo fue presentada en la sesión de 17 de diciembre de 2010 del Aula Iuslaboralista de la Universidad Autónoma de Barcelona.

traslado colectivo (artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo –en adelante TRLET–), de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41 del TRLET), de la inaplicación salarial (artículo 82.3 del TRLET) y de la suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales (artículo 47 del TRLET). Desde un primer momento queda clara la relevancia que el legislador quiere otorgar a los cambios introducidos en este último ámbito, dado que se utilizan reiteradamente como ejemplo e incluso se incorporan al título del Capítulo II de aquella norma legal.

La suspensión por causas empresariales es sin duda una pieza clave dentro de los instrumentos de flexibilidad interna, porque desarrolla una función esencial de enorme importancia en cualquier momento y más en el actual contexto de crisis económica: la gestión cuantitativa del volumen de trabajo inicialmente contratado o, más exactamente, el ajuste temporal y a la baja de dicho “*quantum*” para responder a las necesidades coyunturales de la empresa². Su correcta configuración resulta, por tanto, esencial para posibilitar el mantenimiento del empleo en las empresas que afrontan problemas de carácter transitorio. La coincidencia sobre esta importancia junto con el general convencimiento de que el régimen jurídico del artículo 47 del TRLET presentaba deficiencias significativas, fueron los factores determinantes para incluir desde el primer momento la modificación de este precepto en la agenda de la Reforma Laboral de 2010; una modificación que a tomado como referencia la regulación alemana sobre la regulación temporal de jornada, el denominado “*kurzarbeit*”, como ha puesto de manifiesto la doctrina.

Transcurridos casi seis meses desde la Ley 35/2010 y tres más desde su precedente inmediato, el Real Decreto-ley 10/2010, es un buen momento para valorar con detenimiento los cambios introducidos a través de dichas normas en el artículo 47 del TRLET, por diversos motivos. En primer lugar, porque existe ya de una base doctrinal significativa sobre el particular, configurada por diversos estudios que han analizado esos cambios desde ópticas diversas y con resultados no siempre coincidentes³. En segundo lugar, porque también disponemos de la experiencia aplicativa y de los datos relativos a su puesta en práctica durante

² Véase, al respecto, mi estudio *La suspensión por causas empresariales*, La Ley, Madrid, 2001, páginas 60-90.

³ Existen diversos estudios específicos sobre el nuevo artículo 47 del TRLET, entre los que destacan: GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación de los modelos o el *kurzarbeit* a la española”, en AA.VV. *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010, páginas 211 y siguientes; VELASCO PORTERO, M^a. T. y FRÖLICH, M.: “La reducción de jornada por motivos económicos: el modelo alemán como referencia”, en AA.VV. *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi, Pamplona, 2010, páginas 335 y siguientes; CHARRO BAENA, P.: “Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en AA.VV. *La reforma laboral de 2010*, Aranzadi, Pamplona, 2010, páginas 351 y siguientes; VIDA VIDAL, J. y VICEDO CAÑADA, L.: “La Ley 35/2010 y las reducciones de jornada con derecho a desempleo parcial”, *Aranzadi Social*, número 9, 2011 (BIB 2010/2872); y GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos y la reducción temporal de jornada como estrategias empresariales frente a la crisis: perspectiva de Seguridad Social”, en fase de publicación en *Revista de Derecho Social*.

También existen otros dedicados a las medidas de flexibilidad interna en general pero que prestan una especial atención a los mecanismos previstos en el artículo 47 del TRLET y que por ello merecen ser destacados, como por ejemplo ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA.VV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, páginas 140 y siguientes; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral*, número 4, 2011 (LA LEY 1678/2011); LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la relación laboral”, *Actualidad Laboral*, número 22, 2010 (LA LEY 14593/2010); y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “El descuelgue salarial y la reducción temporal de jornada”, *Aranzadi Social*, número 2, 2010 (BIB 2010/661).

este período, donde las medidas de reducción temporal de jornada han experimentado un notable crecimiento⁴. En tercer y último lugar, porque actualmente se está discutiendo la modificación del Reglamento de procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado mediante el Real Decreto 43/1996, de enero (en adelante RPRE)⁵. Existe ya un primer Borrador al respecto, de 12 de enero de 2011 (en adelante BRPRE), que introduce novedades significativas, tanto en las hipótesis de despido colectivo como en las de suspensión o reducción de jornada por causas empresariales.

Así pues, los objetivos del presente estudio son tres. En primer lugar, identificar con la máxima claridad y precisión posibles los cambios que la Reforma Laboral de 2010 ha introducido en la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales, localizando los problemas interpretativos que plantean y sus posibles soluciones, así como los que en un futuro inmediato puede implicar la anunciada reforma del RPRE. En segundo lugar, valorar esos cambios desde una perspectiva crítica, determinando en qué medida contribuyen a configurar instrumentos equilibrados y equitativos, que permitan al empresario reaccionar con eficiencia ante las situaciones de dificultad coyuntural que se le planteen, y también poner de manifiesto los principales déficits de la reforma, es decir, aquellos otros ámbitos donde debería haberse incidido y no se ha hecho.

De acuerdo con este esquema los epígrafes que siguen se dedicarán sucesivamente al análisis de los cambios introducidos en el artículo 47 del TRLET, a los que han afectado a las reglas de protección social relacionadas (prestación por desempleo e incentivos) y, finalmente, a los generados indirectamente por la modificación del despido por causas empresariales. Posteriormente se expondrán los principales déficits de la reforma reservando un último apartado para recopilar las conclusiones parciales y valorar desde una perspectiva global la incidencia de la Reforma Laboral de 2010 en el ámbito que nos ocupa.

2. EL RECONOCIMIENTO EXPRESO Y REGULACIÓN DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA

Una de las aportaciones más destacadas y positivamente enjuiciadas del Real Decreto-ley 10/2010 y la Ley 35/2010 es el reconocimiento expreso y regulación de la reducción de jornada en el artículo 47 del TRLET, concretamente en su apartado 2. Para determinar con precisión los cambios que se han producido en este punto y poderlos valorar desde una perspectiva crítica resulta obligado recordar cual era la situación previa en relación a esta medida; una situación que como se comprobará inmediatamente resultaba un tanto confusa.

⁴ Los datos ofrecidos por el *Boletín de Estadísticas Laborales* (<http://www.mtin.es/estadisticas/bel/index.htm>), actualizados a 25 de febrero de 2011, ponen de manifiesto que durante el último año se han incrementado notablemente tanto los expedientes de reducción de jornada autorizados (3.160 frente a 2.131 en 2009) como el número de trabajadores afectados por tales medidas (38.113 frente a 20.591 en 2009). A pesar de ello continúan estando por debajo de la suspensión, que el año pasado justificó la concepción de 10.532 autorizaciones que afectaron a 210.359 trabajadores y trabajadoras (frente a las 13.318 concedidas en 2009, que afectaron a 465.215 trabajadores y trabajadoras).

⁵ Esta modificación ya estaba prevista, dado que la Disposición Final tercera de la Ley 35/2010 obligaba al Gobierno a aprobar “*previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas*” un Real Decreto para la modificación del RPRE “*para su adaptación a lo dispuesto en esta Ley, con particular atención al contenido del plan de acompañamiento social de los expedientes de regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad*”.

Con anterioridad a la entrada en vigor de esas normas reformadoras el artículo 47 del TRLET y su desarrollo reglamentario, el artículo 20 del RPRE, tan solo contemplaban la posibilidad de “suspender” el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Aunque nada se decía sobre las posibles formas de esta suspensión, quedaba claro que podía ser tanto de carácter continuo (inactividad durante un período consecutivo de tiempo –días, semanas o meses-) como discontinuo, alternando las fases de inactividad con otras fases de prestación de servicios (por ejemplo, inactividad de la mitad de la jornada diaria durante dos meses, de dos días por semana durante tres meses, de dos semanas al mes durante cuatro meses, etc.)⁶. Aunque la suspensión continua era, y sigue siendo todavía, la hipótesis ordinaria o más habitual, dado que la mayoría de las causas contempladas en el artículo 45.1 del TRLET generan esa situación, varias de ellas también pueden generar suspensiones discontinuas (por ejemplo, el ejercicio del derecho de huelga, la maternidad, la paternidad, la adopción y el acogimiento), que en algunos casos disponen de regulaciones específicas⁷.

En este contexto la reducción de jornada no se hallaba expresamente reconocida en la norma estatutaria ni en el RPRE pero sí se admitía en la práctica administrativa, que la incluía en el elenco de medidas que podían autorizarse a un empresario a través del procedimiento de regulación de empleo⁸; y también estaba prevista en la normativa de seguridad social, concretamente en los artículos 203.3 y 208.1.2 del TRLGSS y 1.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que la identificaban como la causa determinante del desempleo parcial⁹. Tanto en un ámbito como en el otro la reducción de jornada aparecía formalmente diferenciada de la suspensión y se definía por implicar una disminución de la jornada diaria ordinaria de trabajo, de forma que las restantes formas de inactividad continua y discontinua se calificaban como “suspensión” en sentido estricto. A pesar de ello, la identidad conceptual y la coincidencia de régimen jurídico con la suspensión, excepto en materia de protección por desempleo, llevaban a entender que la reducción de jornada no era más que una variante de la medida contemplada en el artículo 47.1 del TRLET formalmente diferenciada en algunos ámbitos; una conclusión

⁶ Me remito de nuevo a mi estudio *La suspensión...*, obra citada, páginas 7-10.

⁷ Me refiere concretamente a la suspensión por maternidad, adopción o acogimiento y a la suspensión por paternidad, que pueden ser disfrutadas de forma discontinua, alternando suspensión con trabajo, en la variante denominada “suspensión a tiempo parcial”, admitida con carácter general en los artículos 48.4 y 48 bis del TRLET y regulada en la Disposición Adicional 1ª del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁸ Los formularios que debía rellenar el empresario que instase un expediente de regulación de empleo, bastante homogéneos a pesar del reparto competencial existente en esta materia, concretaban la solicitud de este sujeto en tres posibles medidas: extinción, suspensión o reducción de jornada. Idéntico esquema seguían las estadísticas elaboradas por la Administración en esta materia, dado que en el *Boletín de Estadísticas Laborales* se computan por separado esas tres medidas.

⁹ Baste recordar que el primero de dichos preceptos establecía que “El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción”, añadiendo en su segundo párrafo que “se entenderá por reducción de jornada aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo”.

que asumió el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 213/2005, de 21 de julio¹⁰. A mi entender, esta posición no sólo era en ese momento la más coherente con las características de la reducción de jornada sino también la única que otorgaba un fundamento sólido para defender la validez de esta medida¹¹.

En resumidas cuentas, hasta la Reforma Laboral de 2010 la reducción de jornada no se hallaba formalmente reconocida en la norma laboral pero ya existía en la práctica administrativa y se contemplaba en el ámbito de la Seguridad Social, donde se definía de forma relativamente clara, homogénea y formalmente diferenciada de la suspensión, aunque en realidad no era más que una especie de esta categoría genérica.

La situación cambia radicalmente con el nuevo apartado 2 del artículo 47 del TRLET, dado que la reducción de jornada no sólo se reconoce de forma expresa, sino que también es objeto de definición y se delimita su régimen jurídico. Dicho apartado establece que la reducción de jornada es “*la reducción temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual*” y determina que las causas que justifican el recurso a esta medida son las mismas que la suspensión, siendo también idéntico el procedimiento a seguir para ponerla en práctica. Se opera de esta forma el afloramiento de una realidad preexistente, que ha sido destacada en diversos estudios de la Reforma Laboral de 2010 y valorada de forma muy positiva, al considerar que permite regularizar una situación poco satisfactoria y contribuye a un mejor conocimiento de la reducción de jornada, lo que en definitiva potencia su utilización¹².

A mi modo de ver, el reconocimiento expreso de la reducción de jornada en la norma estatutaria merece también un juicio positivo, porque sin duda implica una mejora en relación al contexto precedente, pero resulta criticable la forma como se ha llevado a cabo o, más

¹⁰ Esta conocida sentencia analiza la constitucionalidad del diferente trato que en materia de protección por desempleo reciben las reducciones de jornada adoptadas a través del artículo 41 del TRLET y las autorizadas a través de expediente de regulación de empleo. El Tribunal Constitucional concluye que no existe diferencia de trato vulnerador del derecho de igualdad ante la ley porque ambas situaciones no son comparables, dado que presentan “*diferencias sustanciales*” en lo que refiere a “*la naturaleza misma de la alteración de la relación laboral que se produce en uno y otro supuesto, las causas que lo justifican, el alcance del control público sobre la concurrencia de dichas causas y las posibilidades de reacción de los trabajadores disconformes con la modificación operada en cada caso*” (Fundamento Jurídico 7). Para alcanzar tal conclusión realiza un análisis detallado de ambas variantes de reducción de jornada, en el cual se afirma que las tramitadas a través de expediente de regulación de empleo “*se identifican con las suspensiones de contratos a las que se refiere el artículo 47 del TRLET*” y que “*las diferencias entre una suspensión de contratos y una reducción de jornada resultan de hecho inexistentes o poseen un alcance meramente nominal*” (Fundamento Jurídico 6, apartado a).

¹¹ Resultaba muy forzado desde un punto de vista técnico defender que la práctica administrativa vinculada a los expedientes de regulación de empleo pudiese reconocer una medida que no estaba prevista ni en el marco legal ni en el marco reglamentario sobre la materia, aunque la normativa de Seguridad Social efectuase alguna referencia a la misma.

¹² Véanse, entre otros: ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, páginas 142-143; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El contrato de trabajo en la Ley 35/2010”, *Diario La Ley*, número 7488, página 5; CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2011”, *Relaciones Laborales*, número 21, 2010 (LA LEY 13889/2010), página 7; CHARRO BAENA, P.: “Suspensión del contrato...”, obra citada, página 370; y REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: “Informe de urgencia sobre la nueva ley de reforma laboral” <https://candidate.manpower.com/wps/wcm/connect/55504a8044680884a130ef462cdd5e41/Informe+nueva+Ley+Reforma+Laboral.pdf?MOD=AJPERES> , elaborado para Manpower, página 66.

exactamente, la definición que se le otorga, que como se comprobará acto seguido implica un cambio radical en relación a la etapa anterior y genera importantes distorsiones.

No existen variaciones en lo que refiere a las causas justificativas y el procedimiento a seguir, dado que la remisión a lo establecido para la suspensión era también la regla que regía con anterioridad a la Reforma Laboral de 2010. La novedad se concentra en la forma como se define la reducción de jornada que ya no se limita, como sucedía anteriormente, a la disminución temporal de la jornada diaria sino que también comprende las referidas a la jornada semanal, mensual o anual. El nuevo significado tiene tal potencialidad que en la actualidad resulta difícil distinguir la reducción de jornada de la suspensión y pueden plantearse situaciones que admitan una doble calificación¹³. Piénsese, por ejemplo, en una disminución de jornada que implique una inactividad dos días completos por semana durante tres meses.

En resumidas cuentas, la amplitud de la nueva definición de la reducción de jornada produce un solapamiento conceptual entre las dos medidas contempladas en el artículo 47.1 del TRLET, convirtiendo lo que anteriormente era una especie en género y a la inversa. Tal solapamiento genera distorsiones más allá del plano estrictamente teórico, dado que el sometimiento de la reducción de jornada a un tope mínimo y un tope máximo hace que medidas que no son viables si se califican como tales porque superan los referidos límites sí resulten admisibles cuando se presentan como suspensiones. Sería el caso, por ejemplo, de una disminución de actividad de cuatro días por semana durante un período de tres meses.

El problema es de difícil solución porque el solapamiento conceptual que se deduce del artículo 47 del TRLET queda confirmado por la normativa de Seguridad Social. Los artículos 203.3.2º y 203.3 del TRLGSS, que se analizarán con detalle en un epígrafe posterior, señalan, de una parte, que el desempleo total, definido como “*el cese total en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo*”, puede derivar tanto de una suspensión como de una reducción de jornada; y de otra, que el desempleo parcial corresponde a una reducción temporal de la “*jornada diaria ordinaria de trabajo*”. En la misma línea se inscribe el artículo 3.1 de la Ley 27/2009 que cuando procede a delimitar la hipótesis donde se aplica la reposición de prestaciones se refiere a las empresas autorizadas a “*suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días y horas de trabajo (...)*”¹⁴.

Probablemente la mejor opción para delimitar la suspensión de la reducción de jornada sea entender que la primera se limita a la forma ordinaria de suspensión, es decir, las que implican inactividad por un período continuado de tiempo (días, semanas o meses), e identificar la segunda con las disminuciones intermitentes o discontinuas, que alternan inactividad con prestación de servicios (unas horas al día, uno o varios días a la semana, una o varias semanas al mes...)¹⁵. No obstante, esta opción implica una reducción conceptual que

¹³ Este problema ha pasado un tanto desapercibido en los análisis del nuevo artículo 47 del TRLET. De entre toda la doctrina consultada el autor que más claramente lo pone de manifiesto es GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, páginas 223-224.

¹⁴ Esta última referencia es particularmente sorprendente, dado que su origen es anterior al Real Decreto-ley 10/2010 y por tanto otorga a la reducción de jornada un significado más amplia al que en ese momento tenía atribuido esta medida en la práctica administrativa y la normativa de Seguridad Social.

¹⁵ Ésta es la solución que propone GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, páginas 223-224.

resulta difícil de fundamentar, porque entra en abierta contradicción con las definiciones efectuadas por la normativa de Seguridad Social¹⁶ y las utilizadas en la práctica administrativa. La solución podría venir dada por el nuevo Reglamento sobre procedimientos de regulación de empleo, que podría acotar el significado del término “suspensión” en el sentido que se acaba de indicar y poner fin al solapamiento conceptual, pero el BRPRE no apunta en esta línea sino todo lo contrario: su artículo 21.1 especifica que la suspensión se produce “*cuando el cese de la actividad que venía desarrollando el trabajador afecte a días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo*”.

Al margen de todo lo apuntado hasta ahora, interesa reflexionar brevemente sobre la trascendencia de topes mínimo y máximo que se imponen a las reducciones de jornada y valorar los cambios que implican en relación a la situación precedente. Son varios los análisis sobre el nuevo artículo 47 del TRLET que aprecian un incremento de la flexibilidad¹⁷, una opinión que no comparto porque a mi entender el efecto es justamente el contrario.

Si nos centramos en primer lugar en las reducciones que implican una disminución temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo, la exigencia de que ésta sea de como mínimo un 10 por cien impide adoptar determinadas medidas que anteriormente eran técnicamente viables, aunque en la práctica fuesen excepcionales porque no disfrutaban de cobertura a través de la prestación por desempleo¹⁸. Donde sí se produce una mejora, es en relación al alcance tal cobertura, que antes sólo entraba en juego a partir del 33 por cien de reducción y ahora se activa cuando supera el 10 por cien; mejora que indirectamente puede facilitar el planteamiento y obtención por la parte empresarial de las reducciones que se sitúan entre ambos porcentajes, anteriormente muy complejas¹⁹.

También implica una restricción la imposición de un tope máximo del 70 por cien, que impediría, por ejemplo, plantear una reducción de seis horas diarias sobre una jornada que ordinariamente fuese de ocho horas o de nueve en una hipótesis donde se trabajase en turnos de doce horas diarias. Este límite, que anteriormente no existía en el ámbito de la protección por desempleo ni se prevé tampoco en la normativa alemana donde se han inspirado los cambios normativos que analizamos, resulta muy criticable, tanto por la falta de razones que

¹⁶ No coincido en este punto con GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, páginas 223-224. Para este autor “*debe diferenciarse entre la dimensión laboral y la de Seguridad Social ya que es imposible conciliar ambas previsiones*” y “*la evidente discrepancia con la LGSS de esta interpretación (...) se afrontará aceptando que, como sucede con frecuencia con otras instituciones jurídicas, una cosa es su tratamiento (e incluso su concepto) en el terreno jurídico-laboral y otra diferente en el ámbito de la Seguridad Social*”. A mi modo de ver resulta difícil operar esta diferenciación cuando los dos ámbitos normativos que se intentan desgajar son fruto de una misma ley reformadora y los ajustes introducidos en los artículos 203.2, 203.3 y 208.1.3 del TRLGSS responden al evidente y declarado deseo de adaptar dichos preceptos a los cambios realizados en el artículo 47 del TRLET para que haya correspondencia entre ambos.

¹⁷ Es el caso de ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones para...”, obra citada, página 143; y CHARRO BAENA, P.: “Suspensión del contrato...”, obra citada, página 371.

¹⁸ En el contexto normativo precedente podía solicitarse autorización para cualquier tipo de reducción de la jornada diaria ordinaria de trabajo, siempre que fuese de carácter temporal, pero la restricción de la protección por desempleo a las reducciones superiores al 33 por cien hacía que los representantes de los trabajadores se mostrasen muy reticentes a dar su consentimiento a las propuestas que no respetasen ese parámetro y dificultaba enormemente la obtención de la autorización administrativa necesaria para ponerlas en práctica.

¹⁹ Nos limitamos a apuntar esta cuestión porque en un epígrafe posterior se analizarán con detenimiento las novedades en materia de protección por desempleo.

objetivamente lo justifiquen²⁰, como por el recorte que implica en el margen de maniobra empresarial, circunstancia que resulta particularmente sorprendente en un contexto de reforma normativa dirigido justamente a potenciar los instrumentos de flexibilidad interna.

Cuando la reducción se proyecte sobre la jornada semanal, mensual o anual la trascendencia de los topes mínimos y máximos, así como el cambio que supongan en relación a la etapa normativa precedente depende directamente de cómo se resuelva el solapamiento entre la suspensión y la reducción de jornada. Si éste se admite renunciando a delimitar ambas figuras la trascendencia será escasa, porque las medidas que no puedan canalizarse a través de la reducción de jornada como consecuencia de esos límites podrán adoptarse siempre en forma de suspensión²¹. No obstante, cuando esta última medida se identifique exclusivamente con la variante clásica de la suspensión, esto es, con la inactividad que cubre un determinado período continuado de tiempo, la restricción que opera la nueva normativa es muy significativa y muchas medidas que podían adoptarse antes del Real Decreto-ley 10/2010 no serían ahora viables.

3. LA PROMOCIÓN DE ACCIONES FORMATIVAS

Una de las escasas novedades que en la materia que nos ocupa aporta la Ley 35/2010 en relación al Real Decreto-ley 10/2010 es la adición de un nuevo apartado, el número 4, al artículo 47 del TRLET, donde se establece que “*Durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad*”. La regla se incorporó durante la tramitación en el Senado y es fruto de la Enmienda número 23 presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas²², que reitera otra de idéntica que anteriormente se había presentado sin éxito en

²⁰ Algunas autores han apuntado posibles justificaciones, como la intención de “*concentrar las ventajas asociadas en contratos que no se dejan vivos de forma especulativa sólo para obtener tales ventajas (piénsese en un contrato reducido al 5 % del total de la jornada) y que verdaderamente reflejan la utilidad productiva y la intención (actual y futura) de la empresa en conservarlos en vigor*” (GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, página 223) o el hecho de “*entenderse que si se necesita una reducción superior resulta más razonable acudir a la medida de suspensión contractual*” (ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, página 143). En la misma línea apunta la argumentación de CRUZ VILLALÓN, J.: “La flexibilidad interna...”, obra citada, página 6. A mi modo de ver ninguna de estos argumentos resulta convincente porque las reducciones superiores al 70 por cien de la jornada diaria pueden resultar en algunos casos la forma más oportuna de afrontar la dificultad coyuntural de la organización productiva y la imposición de ese tope máximo forzará a buscar una alternativa menos ajustada que en muchos puede implicar inactividad en días completos.

²¹ Sería el caso, por ejemplo, de una medida que implicase inactividad de cuatro días por semana durante tres meses, que superaría el 70 por cien de la jornada mensual.

²² Publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado)*, Serie II, número 72 (d), de 17 de agosto de 2010, página 55. El texto que se proponía para este nuevo artículo 47.4 del TRLET, que no coincide con finalmente aprobado, era el siguiente: “*Durante la duración de las reducciones de jornada previstas en este artículo, se procederá a garantizar a los trabajadores afectados por estas medidas actividades formativas específicas y vinculadas a su actividad profesional ordinaria que contribuyan al reingreso de estos trabajadores en la empresa en condiciones contractuales ordinarias*”. La propuesta se justificaba argumentando que “*La formación profesional constituye un recurso fundamental para la adaptación de los trabajadores a los requerimientos de un mercado de trabajo cada vez más sofisticado*”.

el Congreso de los Diputados, concretamente la número 199 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV)²³.

Este nuevo apartado 4 del artículo 47 del TRLET ha sido fuertemente criticado por la doctrina, que en unos casos la ha tildado de “*genérica y poco comprometida*”, destacando que es un “*compromiso sin tiempo que asume como finalidad algo que debe ser propio de todas las actuaciones en el ámbito de la prestación por desempleo (...)*”²⁴ y en otros la ha considerado “*una mera declaración programática (...) relativamente superflua*”²⁵.

Coincido plenamente con estas críticas: la promoción de acciones formativas durante las etapas de inactividad por regulación temporal de empleo es sin duda acertada y constituye una de los ejemplos más habituales de “*medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados*” que conforme al artículo 51.4 del TRLET deben ser objeto de negociación durante el período de consultas. Aunque de entrada pueda pensarse que en este contexto son menos necesarias o están menos justificadas que en los supuestos extintivos, lo cierto es que en muchas ocasiones pueden ser imprescindibles (sobre todo cuando las medidas de regulación temporal se fundamenten en causas técnicas, organizativas o productivas, hipótesis donde van acompañadas con frecuencia de cambios en los puestos de trabajo afectados que requieran un reciclaje profesional para asegurar una reincorporación no traumática y neutralizar la causa de despido prevista en el artículo 52.b) del TRLET) y cuando no sea así la mejora de la formación profesional también resulta conveniente, porque aumenta su capacidad de resistencia ante futuras situaciones de dificultad. En resumidas cuentas, las acciones formativas son del todo oportunas en el contexto en el que nos movemos y, consecuentemente, deben incentivarse, pero la forma como se lleva a cabo esa promoción no resulta nada satisfactoria, por dos motivos.

De una parte, porque la fórmula escogida es tan ambigua que no llega a imponer ninguna obligación concreta de articular acciones formativas sino otra mucho más imprecisa de “*promover el desarrollo*” de tales acciones sin ni tan siquiera identificar al sujeto o sujetos vinculados²⁶. Todo lleva a pensar que son los Servicios Públicos de Empleo competentes en materia de políticas activas de empleo, pero hubiese sido deseable que la norma lo hubiese indicado expresamente, encuadrando la actuación en la regulación específica sobre la materia, concretamente en el Subsistema de formación profesional para el empleo, regulado en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, y también que hubiese establecido un compromiso más

²³ Publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso)*, Serie A, número 81-8, de 27 de junio de 2010.

²⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, página 229.

²⁵ ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, página 144.

²⁶ En sentido contrario se posiciona LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna...”, obra citada, páginas 11 y 12. En su opinión con la nuevo apartado 4 del artículo 47 del TRLET “*parece que las acciones formativas se configuran como una obligación del empresario*”, aunque también hecha en falta mayor precisión en “*otros aspectos de interés como, por ejemplo, si la acción formativa se debe ofrecer en todos los casos, o sólo dependiendo de la duración del período de reducción de jornada o si se debe impartir dentro o fuera de la jornada reducida, etc.*”.

directo, que asegurase a los sujetos afectados por regulaciones temporales de empleo el acceso a acciones formativas²⁷.

De otra parte, porque tampoco queda claro cuál debe ser el enfoque u objetivo de esas acciones formativas que se vinculan genéricamente al aumento de la “*polivalencia*” de los trabajadores afectados y a “*incrementar su empleabilidad*”, utilizando la misma fórmula que aparece en el artículo 1.2 bis de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre. A mi modo de ver y como ya he apuntado anteriormente, las acciones formativas desarrolladas en situaciones de regulación temporal de empleo deben dirigirse prioritariamente a satisfacer las exigencias de recalificación o reciclaje que deriven del conjunto de medidas adoptadas en esos contextos, y sólo cuando no se planteen tales exigencias podrá adoptarse el enfoque más general al que parecen aludir las amplias referencias utilizadas por la norma estatutaria²⁸.

Aunque la promoción de acciones formativas que exige el artículo 47.4 del TRLET puede llevarse a cabo por diversas vías, si atendemos a la forma como se ha procedido en algunos ámbitos sectoriales específicos lo más probable es que se haga efectiva incentivando las acciones formativas que las empresas organizan dentro de la denominada “*formación de demanda*”, mediante el incremento de la cuantía de las bonificaciones a las que ordinariamente puede accederse²⁹, más que a través de la organización de las mismas des de la propia administración -la denominada “*formación de oferta*”-, y/o otorgando subvenciones a

²⁷ La enmienda que dio lugar al nuevo apartado 4 del artículo 47 del TRLET, anteriormente referida en texto, era en este punto bastante más satisfactoria, dado que establecía la obligación de “*garantizar*” esas acciones formativas.

²⁸ La desconexión entre el contenido de las acciones formativas y la situación de regulación temporal de empleo resulta un tanto sorprendente y lleva a pensar, como acertadamente a apuntado un sector doctrinal, que “*este compromiso incluido ahora en el artículo 47.4 ET venga a poner de manifiesto un pensamiento no expresado por el legislador y que es la convicción de que, en muchos casos, la suspensión del contrato o la reducción de la jornada no es sino la antesala de la pérdida de empleo que estas medidas sólo retrasan. De forma que es conveniente y adecuado preparar a los trabajadores, mediante acciones de polivalencia y empleabilidad, para la búsqueda de un nuevo empleo*” (GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, página 229).

²⁹ De hecho, tanto el artículo 5.1.a) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, como el artículo 6.b) la Orden TAS/2307/2007, de 27 de julio, por la que se desarrolla al anterior en materia de formación de demanda, incluyen expresamente entre los colectivos destinatarios de esta tipología de formación profesional los “*trabajadores acogidos a regulación de empleo en los períodos de suspensión de empleo por expediente autorizado*”.

Este ha sido el camino seguido en diversas normas reglamentarias que en los últimos años se han adoptado para facilitar la adaptación de algunos sectores particularmente afectados por los cambios estructurales del comercio mundial, que son concretamente cuatro: el sector textil y de la confección (Orden TAS/3243/2006, de 19 de octubre, y Real Decreto 5/1998, de 11 de enero); el sector de fabricación y componentes del calzado, curtidos y marroquinería (Real Decreto 100/2009, de 6 de febrero); el sector del juguete (Real Decreto 1678/2009, de 13 de noviembre); y el sector de la madera (Real Decreto 1679/2009, de 13 de noviembre). Todas estas normas amplían el denominado “*crédito para la formación*”, que es la cantidad que los empresarios que realizan acciones de formación pueden recuperar a través de bonificaciones en sus cotizaciones de Seguridad Social para financiar parcialmente esas acciones. La ampliación se hace efectiva incrementando los porcentajes que ordinariamente se aplican sobre la cuantía ingresada por la empresa durante el año anterior por el concepto de cuota de formación profesional para determinar el importe de dicho crédito; porcentajes que para el año 2001 se hallan previstos en la Disposición Adicional decimoquinta de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011. Para una análisis más detenido de estas regulaciones sectoriales me remito a mi estudio “*La intervención pública en el marco de la normativas creadas “ad hoc” para determinados supuestos de reestructuración empresarial*”, elaborado en el marco del Proyecto I+D titulado “*La reconfiguración de la intervención pública en los procesos de descentralización productiva: situación actual y retos de futuro*” (SEJ2007-61746/JURI) y actualmente en fase de publicación en el libro colectivo que recoge los resultados de esta investigación.

los trabajadores y a las trabajadoras que participen en tales acciones³⁰. En la misma dirección apunta la mejora de la bonificación empresarial prevista en el artículo 1.2 bis de la Ley 27/2009 para los supuestos donde se haya alcanzado acuerdo durante el período de consultas y éste incorpore medidas de reducción de perjuicios, entre las que se incluyen expresamente las formativas³¹.

4. LA PROHIBICIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS

Otra de las novedades que presenta la Ley 35/2010 en relación al Real Decreto-ley 10/2010 es la adición de un inciso final en el artículo 47.2 del TRLET donde se establece que “*durante el período de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias por fuerza mayor*”. Este cambio se introdujo durante la tramitación en el Congreso de los Diputados, y en concreto deriva de la Enmienda número 228 presentada por el Grupo Parlamentario Popular, que la justificó argumentando que la realización de horas extraordinarias cuando se está aplicando una reducción de jornada “*desvirtúa la necesidad de adoptar esta medida*”.

Antes de enjuiciar esta nueva regla es preciso delimitar su significado, dado que puede plantear algunos problemas interpretativos. Interesa destacar, de entrada, que la prohibición se limita a las reducciones de jornada y que, por tanto, no afecta a las suspensiones, dado que en caso contrario se hubiese incorporado en el apartado 1 del artículo 47 del TRLET, y no en el 4. Ello otorga todavía más trascendencia de la solución que se adopte en relación a la delimitación de ambas medidas, dado que si finalmente se considera que la reducción de jornada incluye todas las disminuciones discontinuas el alcance de la prohibición es mucho mayor.

Un segundo aspecto a comentar es la exclusión de las “*horas extraordinarias por fuerza mayor*”, un concepto que de entrada resulta un tanto difícil de precisar, dado que la norma estatutaria no lo utiliza, aunque tradicionalmente sí se viene empleando en el ámbito de la Seguridad Social, concretamente en materia de cotización, donde justifican la aplicación de un tipo especial inferior al general³². Por diversas razones que expuse con detalle hace algunos años en un estudio sobre esta última cuestión³³, considero que lo más lógico es entender que

³⁰ Este mecanismo, tal como se configura en las regulaciones sectoriales a las que anteriormente se ha hecho referencia, incentiva la participación de los sujetos afectados por regulaciones temporales de empleo en las acciones formativas planteadas por el empresario, porque además de mejorar su calificación profesional les permite mejorar la cobertura económica que ordinariamente se obtendrá a través de la prestación por desempleo, dado que las subvenciones se declaran expresamente compatibles con ella.

³¹ Aunque posteriormente se analizará con detalle esta previsión, interesa destacar que lo que incentiva es la organización de acciones formativas por el sujeto empresarial que pretende adoptar medidas de suspensión o reducción de jornada por causas empresariales, siempre que hayan sido consensuadas con la representación laboral.

³² Así lo prevé el artículo 24.2 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social. Para el año 2011, al igual que en años anteriores, este tipo es del 14 por cien, mientras que para las restantes horas extraordinarias es del 28,3 por cien (artículo 5 de la Orden TIN/41/2011, de 18 de enero, por la que se desarrollan las normas sobre cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional contenidas en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre).

³³ “La cotización adicional por horas extraordinarias”, en AA.VV. *Pensiones sociales: problemas y alternativas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999, páginas 109 y siguientes.

las horas extraordinarias motivadas por fuerza mayor se corresponden con las referidas en el artículo 35.3 del TRLET, esto es, con “*las trabajadas para prevenir y reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes*”.

Bastante más complejo resulta concretar el alcance subjetivo de la prohibición, o lo que es lo mismo, determinar si sólo incide sobre los sujetos afectados por la reducción de jornada o también sobre el resto de la plantilla del centro de trabajo y/o de la empresa, en al hipótesis que la medida no tenga alcance general. La solución que parece más convincente es la defendida por un sector doctrinal que propone limitar la prohibición “*a los trabajadores afectados por el expediente de reducción de jornada o, en su caso, a aquellas tareas que pudieran desempeñar los mismos*”³⁴. No resulta lógico, ni parece que la norma quiera tolerar, la realización de horas extraordinarias para ejecutar trabajos en relación a los cuales se ha solicitado y obtenido una autorización cuya finalidad es justamente realizar menos horas de las inicialmente contratadas.

Tampoco queda claro si la prohibición abarca también a las horas complementarias en las hipótesis donde la reducción de jornada se proyecte sobre un contrato a tiempo parcial. El problema, que ha sido apuntado por diversos autores, es complejo, porque el criterio más lógico sería impedir también la realización esas horas³⁵, pero el legislador no lo ha establecido expresamente y tratándose de una prohibición resulta muy complicado proceder a su extensión analógica. Así pues, a falta de un regla específica que establezca lo contrario, cabe concluir que la realización de horas complementarias no queda impedida durante los períodos de reducción de jornada, aunque puede discutirse y pactarse durante el período de consultas, al ser una medida que puede reducir el alcance de la reducción de jornada inicialmente planteada³⁶.

Llegados a este punto, procede valorar la oportunidad de la regla que nos ocupa. A mi modo de ver, la prohibición es absolutamente lógica, dado que el recurso a las horas extraordinarias cuando se está aplicando un mecanismo cuya finalidad es justamente el ajuste a la baja del volumen de trabajo inicialmente contratado es contradictorio e incluso podría calificarse de abusivo, sobre todo si se tiene en cuenta la flexibilidad que normalmente existe a la hora de aplicar la autorización administrativa, que otorga un “*crédito*” de inactividad que no debe ser necesariamente agotado³⁷. Y además de lógica es oportuna y nada gratuita, porque en la práctica el recurso a las horas extraordinarias puede implicar actuaciones fraudulentas de difícil control³⁸ y su prohibición expresa tiene un innegable efecto preventivo. Resulta

³⁴ ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, página 144.

³⁵ Así lo entiende GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna...”, obra citada, página 8.

³⁶ En la misma línea se posiciona LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna...”, obra citada, página 12.

³⁷ Una opinión parecida mantienen ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, página 144 y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna...”, obra citada, página 8.

³⁸ El recurso a las horas extraordinarias no presenta en principio ventajas significativas, ni para la parte laboral ni para la empresarial, en comparación con la otra alternativa, esto es, con la no ejecución total o no agotamiento de la autorización de reducción de jornada concedida por la Autoridad laboral. No obstante, cuando la retribución correspondiente a las horas extraordinarias no figure en las hojas salariales ni sea objeto de cotización, el incentivo puede resultar significativo, aunque el precio de la hora extraordinaria sea superior al de la ordinaria, dado que al margen del ahorro que implica la no cotización pueden mantenerse las bonificaciones eventualmente obtenidas en base al artículo 1 de la Ley 27/2009 por la jornada ordinaria no ejecutada.

criticable, no obstante, el olvido de las horas complementarias de los contratos a tiempo parcial, que también deberían haberse incluido en la prohibición por las mismas razones anteriormente expuestas.

5. LOS CAMBIOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

La Reforma laboral de 2010 no sólo ha incidido sobre el régimen laboral de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales sino también sobre los mecanismos de protección social vinculados a tales medidas. El Real Decreto-ley 10/2010 primero y posteriormente la Ley 35/2010 han alterado de forma significativa diferentes preceptos del TRLGSS, concretamente del Capítulo I del Título III, dedicado a la protección por desempleo, con el objetivo de ajustarlos a los cambios operados en el artículo 47 del TRLET, aunque también se ha aprovechado la ocasión para corregir alguna deficiencia de su régimen jurídico.

Los cambios que en concreto se han introducido y que se analizarán con detalle en los epígrafes que siguen son dos: primero, la redefinición del desempleo total y el desempleo parcial; y segundo, la introducción de una regla expresa sobre el consumo de prestaciones en desempleo parcial

5.1. LA REDEFINICIÓN DEL DESEMPLEO TOTAL Y DEL DESEMPLEO PARCIAL

Con anterioridad a la Reforma laboral de 2010 la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales, que en ese momento se contemplaba ya de forma expresa en la normativa de Seguridad Social, estaban perfectamente delimitadas en materia de protección por desempleo. Conforme a los artículos 203.2 y 208.1.2 del TRLGSS la suspensión de la relación laboral “*en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal (...)*” generaba una situación de como “*desempleo total*” caracterizada por el cese temporal en la actividad con pérdida salarial proporcional. Por el contrario, en virtud de los artículos 203.3 y 208.1.3 de la misma norma, la reducción temporal de la “*jornada ordinaria de trabajo*” de como mínimo un tercio obtenida a través de un expediente de regulación de empleo, determinaba una contingencia de desempleo parcial.

En la actualidad la situación de desempleo total puede derivar no sólo de una suspensión sino también de una reducción de jornada. Así lo declara el segundo párrafo que se ha incorporado en el artículo 203.2 del TRLGSS, señalando que “*se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada por la autoridad competente*”. La adición de la reducción de jornada como causa determinante del desempleo total temporal es consecuencia directa de la amplia definición que de esta medida se efectúa en el artículo 47.2 del TRLET, superando la tradicional asimilación a la disminución de la jornada diaria, y desde esta perspectiva no resulta sorprendente, aunque consolida un solapamiento conceptual muy criticable. Por lo que refiere al desempleo parcial, ahora se define en el primer párrafo del artículo 208.3 del TRLGSS como la situación del “*trabajador que vea reducida su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo del 10 y un máximo del 70 por ciento, siempre que el salario sea*

objeto de análoga reducción”, precisando posteriormente el segundo párrafo que la medida debe haberse autorizado a través de expediente de regulación de empleo.

Una vez expuestas las nuevas definiciones de desempleo total y desempleo parcial conviene valorarlas con atención para determinar las ventajas y problemas que plantean.

En primer lugar, por lo que refiere a la definición del desempleo total, el nuevo párrafo que se incorpora en el artículo 203.2 del TRLGSS aporta una mejora técnica en comparación con la normativa precedente, al dejar claro que la expresión “*cese total*” equivale a inactividad que abarca “*días completos, continuados o alternos*”, una precisión no se hallaba expresamente formulada. Por contra, se genera un desajuste entre ese precepto y la relación de situaciones legales de desempleo contenida en el artículo 208.1 de la misma norma, dado que no se incluye referencia alguna a la reducción de jornada generadora de desempleo total; un desajuste que ya ha sido denunciado por la doctrina³⁹ y que resulta criticable porque evidencia una falta de coherencia interna de la Reforma Laboral de 2010, dado que podría haberse evitado si la nueva redacción que se ha dado al artículo 208.1.3 del TRLGSS mantuviese la obligada correspondencia con los cambios introducidos en aquel otro precepto.

La valoración también debe ser positiva en lo que refiere al nivel de cobertura que la prestación por desempleo ofrece a los sujetos afectados por medidas de suspensión o reducción de jornada por causas empresariales, por dos motivos. De una parte, porque se protegen las reducciones de la jornada diaria que se sitúen entre el 10 y el 33 por cien, que anteriormente no quedaban cubiertas. De otra porque mediante la conexión del artículo 47.2 del TRLET con los artículos 203.2 y 203.3 del TRLGSS se da un paso adelante importante, garantizando que la práctica totalidad de aquellos sujetos se hallarán en situación legal de desempleo y podrán acceder, si cumplen el resto de requisitos exigidos, a las prestaciones previstas para tal contingencia. Esta garantía no existía con anterioridad, dado que algunas reducciones de jornada -las que no alcanzaban un tercio de la jornada ordinaria- eran técnicamente viables y podían autorizarse, pero quedaban sin protección.

La garantía no es absoluta porque en el párrafo 2º del artículo 203.3 se mantiene una referencia que ya existía en la etapa precedente y que excluye a las reducciones de jornada “*que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo*”. Esta regla, que es fruto de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, deja sin cobertura a un colectivo ya de por sí precarizado y cuantitativamente muy importante, dada la alta tasa de temporalidad que existe en nuestro sistema de relaciones laborales; una exclusión que resulta absolutamente injusta y que no tiene ningún tipo de fundamento. Imaginemos un trabajador contratado por acumulación de tareas que sufre una reducción de la mitad de su jornada diaria durante un período de seis meses cuando le restan sólo cinco para finalizar su relación laboral. ¿Por qué motivo no se le permite acceder a la protección por desempleo? ¿Acaso no se encuentra en una situación de necesidad equiparable a la de un trabajador indefinido afectado por la misma medida? ¿Tiene algún sentido que en esta hipótesis no se le proteja y sí en el caso de que la reducción de jornada tenga la misma entidad pero se presente de una forma distinta, afectando a días completos?⁴⁰

³⁹ Es el caso, por ejemplo, de VELASCO PORTERO, Mª. T. y FRÖLICH, M.: “La reducción de jornada...”, obra citada, página 347.

⁴⁰ Adviértase que la exclusión sólo se establece en relación al desempleo parcial y, por tanto, no afecta a los casos donde la inactividad abarque días completos, continuados o alternos, esto es, a los casos de desempleo total.

A pesar de que el problema había sido denunciado en diversas ocasiones por la doctrina⁴¹ y de que la modificación del artículo 203.3 del TRLGSS era la oportunidad perfecta para resolverlo, la regla se ha mantenido inalterada, y por ello la crítica debe ser particularmente severa.

Es probable que lo que ha rehusado hacer la Reforma Laboral de 2010 lo acabe haciendo el Tribunal Constitucional si tiene oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de esta restricción con el principio de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 14 de la CE, porque es obvio que los sujetos que han suscrito un contrato temporal reciben un trato diferente y perjudicial carente de justificación objetiva⁴². Tal posibilidad no resulta, además, descabellada teniendo en cuenta la suma de dos circunstancias que en la práctica pueden haber multiplicado durante los últimos meses el número de aplicaciones de la regla que nos ocupa: de una parte, la tasa de temporalidad; y de otra, el importantísimo crecimiento que viene experimentando la reducciones de jornada, particularmente desde mediados del pasado año.

5.2. LA NUEVA REGLA SOBRE CONSUMO DE PRESTACIONES EN DESEMPLEO PARCIAL

Una de las novedades más significativas que en la materia que nos ocupa presenta la Ley 35/2010 en relación al Real Decreto-ley 10/2010 es la adición de un nuevo apartado 5 al artículo 210 del TRLGSS donde se establece que en caso de desempleo parcial “*la consumición de prestaciones generadas se producirá por horas y no por días*”, añadiendo acto seguido que “*a tal fin el porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada autorizada*”.

Esta regla fue introducida durante la tramitación en el Senado y es fruto de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, donde se reclamaba un criterio más justo en relación al consumo de prestaciones por desempleo parcial, que fuese equiparable al aplicado a los supuestos de desempleo total⁴³.

⁴¹ Véanse, entre otros: GARCÍA MURCIA, J.: “La protección por desempleo: un repaso de jurisprudencia reciente a la luz de los últimos cambios legales”, *Actualidad Laboral*, número 48, 1998, página 909; POQUET CATALÀ, R.: *Protección por desempleo. El sistema después de las últimas reformas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, página 37; y mis estudios *La suspensión...*, obra citada, páginas 525-526 y “La situación legal de desempleo por reducción de jornada”, en AA.VV. *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, página 1.434.

⁴² La hipótesis es muy distinta a la analizada en la STC 213/2005, de 21 de julio, y por tanto, el hecho de que se declarase constitucional la exclusión de las reducciones de jornada definitivas tramitadas conforme al artículo 41 del TRLET no otorga cobertura al recorte de protección que ahora nos ocupa.

⁴³ Se trata concretamente de la Enmienda número 143 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, Serie II, número 72, de 17 de agosto de 2010, página 113). En ella se proponía la adición al final del segundo párrafo del artículo 203.3 del TRLGSS de una regla donde se estableciese que “*En caso de la reducción temporal de jornada parcial, los días de prestación consumidos se calcularán en base a la suma de las diferentes reducciones parciales hasta que éstas alcancen una jornada íntegra*”. Tal propuesta se justificaba argumentando que “*Con el actual redactado sobre la regulación del paro total y parcial se produce una discriminación hacia los trabajadores afectados por reducciones de jornada según éstas se apliquen. Si la reducción a tiempo parcial comporta dejar de trabajar días enteros, se consideran consumidos días enteros de prestación de desempleo. Si la reducción de jornada comporta dejar de trabajar unas horas cada día, también se considerará consumidos días enteros*”.

Como ya han apuntado algunos autores⁴⁴, el cambio que opera la regla anteriormente transcrita es de gran relevancia porque anteriormente el criterio que seguía la Entidad Gestora en relación al consumo de prestaciones en supuestos de desempleo parcial era entender que se consumía un día de prestación por desempleo por cada jornada en la cual se cobraba dicha prestación, con independencia de cual fuese su porcentaje. Así por ejemplo, en un caso donde se aplicase una reducción del 50 por 100 de la jornada diaria durante 30 días se consideraban consumidos este mismo número de días de prestación por desempleo, aunque en realidad se hubiese percibido solamente el importe correspondiente a la mitad de ellos porque se había cobrado tan solo el 50 por 100 de la prestación. Tal criterio generaba una evidente diferencia de trato en relación al desempleo total donde los días de desempleo que se consideran consumidas corresponden con los efectivamente disfrutados y, por tanto, una penalización indirecta de la reducción de jornada, que en la práctica constituía un importante desincentivo a su utilización⁴⁵.

La nueva regla de cómputo que se incorpora en el artículo 210.5 del TRLGSS debe valorarse de forma muy positiva, por dos motivos: en primer lugar, porque resulta más lógica y equitativa, al garantizar que el desempleo consumido corresponde exactamente a la prestación realmente percibida; en segundo lugar, porque elimina un obstáculo que dificultaba el recurso a la reducción de jornada, facilitando la aceptación de esta medida por parte de los representantes de los trabajadores.

Así pues, desde el 19 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre⁴⁶, las prestaciones por desempleo parcial sólo se entenderán consumidas en el porcentaje de reducción de jornada autorizada, que se corresponde con el de prestación efectivamente percibida.

6. LA INTENSIFICACIÓN DE LOS INCENTIVOS PREVISTOS EN LA LEY 27/2009

Otro de los ámbitos donde ha incidido la Reforma Laboral de 2010 son las medidas articuladas hace un par de años para facilitar e incentivar el recurso a las regulaciones temporales de empleo, que son dos: la bonificación en la cotización empresarial durante esas situaciones y el derecho a la reposición de las prestaciones consumidas por efecto de las

Esta misma propuesta ya se había formulado sin éxito en el Congreso como Enmienda número 119, presentada en este caso por el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso, Serie A, número 81-8, de 27 de julio de 2010, página 75).

⁴⁴ Véase, por todos, ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones para incrementar...”, obra citada, página 146.

⁴⁵ Así lo puso de manifiesto el Sr. Jaume García Vicente, abogado del Col·lectiu Ronda y Profesor Asociado de la Universidad Autónoma de Barcelona, en la sesión de 17 de diciembre de 2010 del Aula Iuslaboralista de la Universidad Autónoma de Barcelona, destacando que en la práctica y hasta la entrada en vigor de la Ley 35/2010 la estrategia seguida por la representación de los trabajadores en los expedientes de regulación temporal de empleo siempre había sido rechazar las reducciones de jornada e intentar negociar con la parte empresarial su transformación en suspensiones, por los perjuicios que generaba el criterio expuesto en texto.

⁴⁶ Tal como se ha destacado “no existen reglas transitorias específicas para esta previsión y en consecuencia debe aplicarse desde la entrada en vigor de la misma” (ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones para incrementar...”, obra citada, página 146).

mismas. Ambas medidas fueron reguladas en un primer momento por el Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (en adelante Real Decreto-ley 2/2009), y posteriormente por la Ley 27/2009 de idéntico título (en adelante Ley 27/2009), concretamente en sus artículos 1 y 3.

La pretensión de los cambios normativos en este ámbito se manifiesta con toda claridad en el apartado II del Preámbulo de la Ley 35/2010 donde se afirma que interesa “*fomentar la adopción del empresario de medidas de reducción del tiempo de trabajo (sea a través de la suspensión del contrato de trabajo, sea mediante la reducción de jornada en sentido estricto)*” y para ello, al margen de otras medidas, “*se amplían los incentivos para trabajadores y empresarios vinculados a la utilización de esta medida*”⁴⁷. Aunque mi objetivo no es el análisis de estos incentivos sí considero necesario exponer sus principales rasgos como paso previo para poder valorar adecuadamente el alcance de esa ampliación, y éste es el esquema que se adoptará en los epígrafes que siguen, primero en relación a la bonificación de la cotización empresarial y posteriormente respecto a la reposición de la prestación por desempleo.

6.1. LOS CAMBIOS RELATIVOS A LA BONIFICACIÓN DE LA COTIZACIÓN EMPRESARIAL

Por lo que refiere, en primer lugar, a la bonificación de la cotización empresarial prevista en el artículo 1 de la Ley 27/2009 interesar recordar: primero, que su importe equivale al 50 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes devengadas por los trabajadores y las trabajadoras que se hallan en situación de suspensión o reducción de jornada por causas empresariales hasta un máximo de 240 días; segundo, que el requisito básico para obtenerla es que el empresario se comprometa a mantener en el empleo a los sujetos afectados durante al menos un año a contar des de la finalización de la regulación temporal de empleo⁴⁸; tercero, que el empresario deberá cumplir también los requisitos

⁴⁷ Sorprendentemente el precepto a través del cual se hace efectiva esta ampliación, el artículo 9 de esa misma norma legal, parece centrarse únicamente en una de esas dos medidas, dado que su título es “*medidas de apoyo a la reducción de jornada*”. Se trata sin duda de un error, que evidencia que el legislador ha apostado abiertamente por la reducción de jornada y que está obsesionado por otorgarle la máxima relevancia posible, aunque ello implique marginar a la suspensión.

⁴⁸ Este requisito además de básico es también el más complejo y polémico. La misma norma ofrece varios parámetros para delimitar su significado, pero con ello no se resuelven todos los problemas que plantea el compromiso de mantenimiento en el empleo. Se indica, por ejemplo, que no deben tenerse en cuenta a efectos de verificar el cumplimiento de ese objetivo las extinciones “*por despido disciplinario declarado como procedente, por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador*” y que, por el contrario, sí implicarán incumplimiento las extinciones que se canalicen “*por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo (...)*”. No queda claro el tratamiento que debe darse a otras muchas situaciones, como por ejemplo la extinción indemnizada por voluntad del trabajador en las hipótesis previstas en el artículo 40.2 y 41.3 del TRLET (a favor de su asimilación a la dimisión se ha posicionado la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en respuesta a una Consulta sobre Medidas Urgentes para Fomento del Empleo de 20 de mayo de 2009, citada por FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Protección por desempleo y reestructuración de plantillas (un estudio técnico acerca de las medidas establecidas por el real decreto ley 2/2009, de 6 de marzo”, en AA.VV. *Crisis de empresa y derecho del trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, página 419) o los despidos objetivos por ineptitud sobrevenida del trabajador o por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto (no existe incumplimiento en opinión de VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: “Como frenar la sangría de empleos en España: nuevas medidas sociolaborales para el mantenimiento de la ocupación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 314, página 74).

Otro aspecto conflictivo son las consecuencias de un eventual incumplimiento, que conforme al artículo 1.2 de la Ley 27/2009 pueden ser tres: 1) el reintegro de las bonificaciones percibidas (con el recargo y los intereses de

generales en materia de bonificaciones, previstos en el artículo 5 de la ley 43/1996, de 29 de diciembre⁴⁹; cuarto, que el beneficio queda temporalmente acotado a las medidas de regulación temporal de empleo solicitadas de 1 de octubre de 2008 a 31 de diciembre de 2010; y quinto, que esta bonificación puede aplicarse automáticamente por parte del empleador, sin perjuicio de su control y revisión por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Servicio Público de Empleo Estatal, y que es compatible con otras ayudas públicas siempre que no se supere el 100 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

Pues bien, la Reforma Laboral de 2010 ha incidido sobre tres piezas esenciales de este incentivo: el porcentaje de bonificación, la duración del compromiso de mantenimiento del empleo y el marco temporal que acota las hipótesis objeto de bonificación. Veamos cuáles han sido los cambios.

En relación al porcentaje de bonificación la novedad deriva de la introducción de un nuevo apartado en el artículo 1 de la Ley 27/2009, el 2 bis, que permite incrementarlo hasta el 80 por 100 cuando la suspensión o reducción de jornada haya sido consensuada con la representación laboral y el acuerdo incluya “*medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo entre los trabajadores afectados*”, citando a modo de ejemplo “*las acciones formativas (...) cuyo objetivo sea aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad*”, las “*medidas de flexibilidad interna en la empresa que favorezcan la conciliación de la vida familiar y profesional*” y “*cualquier otra medida alternativa o complementaria que se dirija a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa*”. La previsión figuraba ya en el Real Decreto-ley 10/2010 y la Ley 35/2010 la ha mantenido íntegramente limitándose a incorporar el segundo de los ejemplos transcritos. Por ese motivo tan solo resulta aplicable a las empresas que tengan autorizadas medidas que se apliquen, en todo o en parte, a partir del 18 de junio de 2010⁵⁰, según se extrae de la Disposición Transitoria quinta de esta última norma legal.

demora correspondientes, según establece el artículo 9 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, al que se remite el artículo 1.3 de aquella otra norma legal); 2) la exclusión durante un período de doce meses de las bonificaciones previstas en los programas generales de fomento del empleo; y 3) la imposición de la sanción correspondiente a la infracción prevista en el artículo 22.10 del TRLISOS. Aunque pueden plantearse algunas dudas, lo más lógico es entender que este último efecto no se produce siempre y de forma automática, sino que requiere una previa valoración de la conducta del empleador (FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Protección por desempleo...”, obra citada, página 418). Tampoco parece que deba afectar a todas las bonificaciones que se estén aplicando cuando el incumplimiento se limite a uno de los sujetos que se hallan en situación de suspensión o reducción de jornada (Criterio de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en respuesta a una Consulta sobre Medidas Urgentes para Fomento del Empleo de 20 de mayo de 2009, citada por FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Protección por desempleo...”, obra citada, página 419 nota a pie número 22).

Finalmente, interesa destacar que diversos autores han manifestado el temor a un efecto perverso que puede llegar a generar el compromiso de mantenimiento en el empleo que se impone como condición para acceder y mantener la superior bonificación: la concentración de las eventuales medidas extintivas que el empresario deba adoptar en el futuro sobre los trabajadores no afectados por la suspensión, para evitar las negativas consecuencias ligadas al incumplimiento de aquél. Véanse, al respecto, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Protección por desempleo...”, obra citada, página 419 y GALA DURÁN, C.: “La protección social...”, obra citada, página 11.

⁴⁹ Son concretamente dos: primero, hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en el momento inicial como durante todo el período de aplicación de las bonificación; segundo, no haber sido excluido del acceso a beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas.

⁵⁰ Con independencia del momento en que han sido autorizadas, lo cual permite incluir todas las suspensiones y reducciones de jornada obtenidas con anterioridad que en esa fecha aún no se hubiesen agotado.

Aunque comparto la lógica de esta medida, que sin duda está inspirada en el derecho alemán⁵¹ y se ajusta al compromiso establecido a través del artículo 47.4 del TRLET⁵², creo que resulta bastante discutible la forma como se articula, en dos concretos aspectos nada irrelevantes: la delimitación de las medidas que justifican la superior bonificación y el control de su establecimiento y efectiva ejecución. Aunque en principio parece exigirse que se haya pactado sobre uno de los contenidos obligatorios del período de consultas, las denominadas “medidas de atenuación”, los ejemplos que se ofrecen al respecto resultan un tanto distorsionantes. Al margen de las acciones formativas, que como ya se ha argumentado en un anterior epígrafe sí pueden responder a esa lógica protectora, los otros dos ejemplos apuntan en principio a objetivos distintos: mantener el nivel de empleo en la empresa y facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar. Evidentemente, estos dos últimos objetivos son tan respetables y dignos de protección como aquél, pero resultan poco coherentes con el enfoque general que previamente se ha otorgado a las medidas y su promoción en este contexto es un tanto forzada⁵³. Todo ello genera una notable inseguridad jurídica y puede hacer que en muchos casos resulte difícil valorar si las medidas articuladas pertenecen o no al grupo identificado por la normativa⁵⁴.

El segundo aspecto criticable es el control sobre el establecimiento y la efectiva puesta en práctica de la medida o medidas que justifican la superior bonificación. Nótese que sólo se exige su inclusión en el acuerdo resultante del período de consultas y no su ejecución efectiva⁵⁵. Ni tan siquiera se prevé algún tipo de trámite previo a aplicación efectiva de la bonificación para verificar que el contenido del acuerdo es suficiente y encaja en la exigencia normativa. A falta de una regla específica, cuya inclusión se planteó durante el debate parlamentario pero fue descartada⁵⁶, rige el artículo 1.7 de la

⁵¹ El régimen jurídico del “kurzarbeit” prevé la exoneración del 50 por 100 de las cotizaciones empresariales durante la aplicación de dicha medida, porcentaje que puede incrementarse hasta el 100 por 100 cuando el empresario ofrece a los trabajadores la participación en medidas de formación profesional (FRÖLICH, M.: “La reducción de la jornada (kurzarbeit) y otras medidas del Derecho del Trabajo frente a la crisis en Alemania”, *Temas Laborales*, número 5, 2010, páginas 49 a 61.

⁵² Es obvio que la previsión de una bonificación superior a la ordinaria cuando se acuerda la realización de acciones formativas o la puesta en práctica de otras medidas de reduzcan los perjuicios para los sujetos afectados, es una forma de promover ese tipo de acciones, que es justamente lo que exige el artículo 47.4 del TRLET.

⁵³ La misma opinión mantiene, en relación a las medidas para facilitar la conciliación, GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos...”, obra citada, página 13. Dicha autora considera “curioso” que se utilicen las bonificaciones de cuotas con ese objetivo de unos trabajadores que están en situación de suspensión o reducción de jornada y que “si se está pensando en medidas que favorezcan la conciliación una vez reiniciada la actividad laboral, sigue resultando sorprendente incentivarlo a través de bonificaciones de cuotas”.

⁵⁴ En el mismo sentido se han pronunciado ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, páginas 148 y 149; y GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos...”, obra citada, páginas 12 y 13.

⁵⁵ Incluso lo primero resulta discutible, dado que el nuevo apartado 2 bis del artículo 1 bis de la Ley 27/2009 requiere genéricamente que “la empresa (...) incluya medidas (...)”, circunstancia que podría llegar a poner en duda la necesidad de que tales medidas figuren en el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores. Considero, no obstante, que desde el momento que la norma también exige este acuerdo, lo más lógico es exigir que las medidas también sean consensuadas.

⁵⁶ Concretamente en el Congreso de los Diputados a través de la Enmienda número 120 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso)*, Serie A, número 81-8, de 27 de julio de 2010, páginas 75-76), posteriormente reiterada en el Senado como Enmienda 144 del Grupo Parlamentario Entesa Catalna de Progrés (*Boletín Oficial de las Cortes*

Ley 27/2009 y por tanto el empresario puede proceder directamente a bonificarse el 80 por 100 de la cuota por contingencias comunes cuando considere que se cumplen las condiciones previstas, y sólo deberá acreditarlas ante eventuales actuaciones de control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Servicio Público de Empleo Estatal. El esquema no resulta demasiado convincente, porque deja una puerta abierta a un fraude de difícil control que se podría evitar en buena parte estableciendo algún mecanismo de verificación previa, aunque fuese mínimo⁵⁷.

La Reforma Laboral de 2010 también ha incidido, en segundo lugar, sobre la duración del compromiso de mantenimiento en el empleo, que se rebaja hasta los seis meses, la mitad del previsto inicialmente, siempre que nos hallemos en la hipótesis que otorga derecho a la bonificación del 80 por 100 y el acuerdo sea posterior al 19 de septiembre de 2010. Este cambio no figura en el Real Decreto-ley 10/2010 y es fruto de su posterior tramitación parlamentaria como proyecto de ley. Probablemente por ello la regla a través de la cual se hace efectiva esa rebaja queda ubicada en un contexto un tanto singular: el segundo párrafo del apartado 2 bis del artículo 1 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre. Su alcance hubiese sido mucho mayor si se hubiese situado en el apartado 2 del mismo artículo, porque de ser así resultaría aplicable a cualquier regulación temporal de empleo acordada; una aplicación que parecen defender implícitamente algunos autores pero que a mi entender resulta excesivamente forzada desde un punto de vista técnico⁵⁸.

La reducción de la duración del compromiso de mantenimiento en el empleo ha sido positivamente valorada por la doctrina, que había denunciado en diversas ocasiones el exceso de la anterior previsión en un contexto de extrema dificultad e incertidumbre como el que deben afrontar en la actualidad las empresas españolas⁵⁹. Coincido con esa

Generales (Senado), Serie II, número 72 (d), de 17 de agosto de 2010, página 113). Dichas enmiendas planteaban la inclusión de un segundo párrafo en el nuevo artículo 1.2 bis donde se estableciese que “*Para poder beneficiarse de la bonificación prevista en este apartado, la actividad formativa debe tener la autorización previa de los Servicios Públicos de Empleo que garantizarán el valor formativo de las acciones impulsadas por la empresa*”.

⁵⁷ En relación a las acciones formativas este mecanismo puede ser, tal como se propone en la enmienda referida en la anterior nota a pie, el previo aval del Servicio Público de Empleo, pero quizá la mejor opción sería un pronunciamiento expreso respecto a la concurrencia o no de las circunstancias que justifican la superior bonificación en la resolución administrativa que homologa el acuerdo. Esta última opción ofrece una doble ventaja: sirve para valorar cualquier medida de atenuación, no sólo para las acciones formativas, y el control se deja en manos de un sujeto que conoce de primera mano las particularidades del acuerdo y el contexto en el que se ha obtenido, como es la Autoridad laboral.

⁵⁸ El párrafo 2º del artículo 1.2 bis de la Ley 27/2009 está claramente dirigido a completar las reglas contenidas en el primero. De hecho, en la redacción derivada del Real Decreto-ley 10/2010 la primer parte del mismo figuraba la final del primer y único párrafo que en ese momento tenía el precepto. A pesar de ello varios análisis sobre la Reforma Laboral de 2010 destacan como una de sus aportaciones la reducción a la mitad del compromiso de mantenimiento en el empleo en todos los supuestos de acuerdo. Véase, por ejemplo, DEL REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: “Informe de urgencia...”, obra citada, página 66 y GARCÍA GONZÁLEZ, R.-L.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral”, *Diario La Ley*, número 7488, de 14 de octubre de 2010, página 17.

⁵⁹ Véase, al respecto, GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos...”, obra citada, página 11; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación de los modelos...”, obra citada, página 239; DEL REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: “Informe de urgencia...”, obra citada, página 66; y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Protección por desempleo...”, obra citada, página 416. Este último se muestra particularmente crítico con la exigencia originaria al entender que “*no siempre le interesará al empresario acogerse a la bonificación, ya que le coloca en la difícil tesitura de tener que decidir si puede asumir el mantenimiento en el empleo durante un año*”.

valoración aunque considero que la reducción tendría que haberse establecido con carácter general para todas las medidas de suspensión o reducción de jornada acordadas, desligándola de la hipótesis que justifica el incremento de la bonificación hasta el 80 por 100.

En tercer y último lugar la Reforma Laboral de 2010 incide sobre el marco temporal que acota las hipótesis objeto de bonificación. La nueva redacción que se otorga al apartado 5 del artículo 1 de la Ley 27/2009 permite que puedan beneficiarse de la bonificación de cuotas las medidas solicitadas entre 1 de enero de 2011 y 31 de diciembre del mismo año, lo cual supone que en la práctica la aplicación de este incentivo se extenderá bastante más allá del 1 de enero de 2012. También se retoca el segundo de los parámetros temporales previsto en dicho apartado, que se proyecta exclusivamente sobre *“lo establecido en el último párrafo del apartado 2 de este artículo”*, donde se prevé la exclusión temporal del acceso a las bonificaciones de fomento del empleo cuando se incumpla el compromiso de mantenimiento en el empleo. Con anterioridad la norma se refería a *“las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde la entrada en vigor de esta Ley hasta el 31 de diciembre de 2010”*, mientras que ahora se acotan a las demandadas entre 1 de enero de 2010 y 31 de diciembre de 2011. Aunque la regla resulta un tanto confusa, lo que a mi entender se opera en este punto es un ajuste del marco temporal de aplicación de esa exclusión, para adecuarlo a la ampliación temporal anteriormente referida⁶⁰.

6.2. LA AMPLIACIÓN DE LA REPOSICIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

El segundo incentivo que prevé la Ley 27/2009 para fomentar la utilización de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales es la reposición del derecho a la prestación por desempleo, regulada en su artículo 3. No se trata de un mecanismo absolutamente novedoso porque existen otros antecedentes similares en nuestro ordenamiento jurídico⁶¹, pero sin duda es importante y en la práctica ha

desde que finaliza el expediente de regulación de empleo (...), lo cual *“augura un resultado poco satisfactorio a esta medida establecida como estímulo al mantenimiento del empleo”*.

⁶⁰ No hay modificación en el *“dies a quo”*, dado que el 1 de enero de 2010 es justamente la fecha de entrada en vigor de la Ley 27/2009 y por tanto lo único que se altera es el *“dies ad quem”*, que se retrasa un año, hasta el 31 de diciembre de 2011. Distinta es la lectura que efectúa GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *“La fascinación de los modelos...”*, obra citada, página 239. En su opinión la remisión es probablemente errónea y lo más razonable es entender que se refiere al segundo párrafo del apartado 2 bis.

⁶¹ Concretamente el artículo 8.3 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, donde se establecía que en los supuestos de afectación por una medida suspensiva o de reducción de jornada y posterior extinción contractual derivada de una autorización administrativa *“los trabajadores afectados por dichas autorizaciones tendrán derecho a la prestación por desempleo sin que se compute a efectos de la duración máxima del mismo el tiempo durante el que percibieron el desempleo parcial o total en virtud de aquéllas, siempre que no medie un plazo superior a un año desde que finalizó la suspensión o reducción y la efectividad de la extinción autorizada”*. Dicho precepto fue derogado por la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, con el objetivo de evitar el uso de la regulación temporal de empleo para reaccionar frente a situaciones estructurales o definitivas, limitándola a las dificultades coyunturales. Así se deduce de la Memoria que presentó el Gobierno para justificar el Anteproyecto de esta ley, donde se afirma que *“la suspensión, lejos de responder a una medida definitiva de extinción, debe constituir un instrumento para responder a situaciones coyunturales que permitan la vuelta a la normalidad”*.

Tampoco debe olvidarse el artículo 210.2 del TRLGSS, que al permitir computar dos veces las cotizaciones utilizadas para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo disfrutadas durante la situación de

contribuido notablemente a facilitar la adopción de aquellas medidas por parte de los empleadores, dado que reduce notablemente (y en algunos casos incluso puede llegar a neutralizar) los negativos efectos que para los trabajadores y las trabajadoras tiene la utilización de la cobertura contributiva por desempleo en contextos de regulación temporal de empleo cuando posteriormente se adoptan nuevas medidas de este mismo tipo o extintivas. La reposición implica la consideración como no consumida de una prestación efectivamente disfrutada, siempre que se cumplan determinados requisitos y con algunos límites⁶².

Las hipótesis en las que se prevé la reposición son dos. La primera se concreta en la afectación por una suspensión o de reducción de jornada autorizada en virtud de expediente de regulación de empleo o procedimiento concursal y posterior extinción de la relación laboral por alguna de esas dos vías o al amparo del artículo 52.c del TRLET⁶³. La segunda es la afectación por una suspensión o de reducción de jornada autorizada en virtud de expediente de regulación de empleo o procedimiento concursal cuando posteriormente se reitere otra medida de estas características⁶⁴. Tanto en una como en la otra la reposición se condiciona a la ubicación de las diversas medidas en determinados marcos temporales⁶⁵ y a su adopción por parte de una misma empresa⁶⁶, exigiéndose también en la segunda que se haya agotado la prestación por desempleo. En el primer caso el límite máximo de reposición inicialmente establecido era de 120 días y en el segundo de 90 días.

La primera hipótesis es sin duda la más compleja porque pueden plantearse

suspensión contractual por ser víctima de violencia de género, acaba produciendo un efecto similar por una vía distinta.

⁶² Las *Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 27/2009* de la Subdirección General de Prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, de 9 de marzo de 2009 (Ficha del Manual de Criterios 24/286) definen la reposición como “la obtención de nuevo de la prestación por desempleo de nivel contributivo ya consumida durante un período previo de suspensión temporal o de reducción de jornada, por la misma cuantía percibida en aquel período y la misma base de cotización correspondiente a dicho período, por una duración máxima limitada, siempre que se reúnan los requisitos exigidos para ello según los distintos supuestos”.

⁶³ No cuando la extinción se produzca por otras vías (despido improcedente, fin de contrato temporal, etc.), según especifica la Primera de las *Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre...*, cit., página 4.

⁶⁴ Ambas hipótesis no son acumulables, es decir, cuando un trabajador o una trabajadora resulta beneficiario de esta última no puede reclamar posteriormente la primera en caso de que verse afectado por una medida extintiva, aunque se cumplan el resto de condiciones establecidas. Así lo señala expresamente el artículo 3.5 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre.

⁶⁵ En su configuración originaria, fruto del Real Decreto-ley 2/2009 tales marcos temporales se concretaban en exigir, en relación a la primera hipótesis, que la resolución de autorización de la medida de suspensión o reducción de jornada se hubiese dictado entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, y que la el posterior despido o resolución que autorizase la extinción se situase entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2011; y en relación a la segunda, que la primera medida hubiese sido autorizada entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, y la segunda entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2009. La aprobación de la Ley 27/2009 supuso una ampliación de estos marcos temporales que hace efectiva retrasando un año todos los “*dies ad quem*”, que para la primera hipótesis pasan a ser el 31 de diciembre de 2010 y el 31 de diciembre de 2012, respectivamente; y para la segunda el 31 de diciembre de 2010 en ambos casos.

⁶⁶ Así lo precisa la Primera de las *Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre...*, cit., página 5.

diversas situaciones. La primera es que entre ambas medidas no se intercala ningún período de prestación de servicios o se trabaje pero por un período inferior a doce meses, de forma que no se genere ningún nuevo derecho a prestación por desempleo. En tal caso procederá la reanudación de la prestación no agotada con el incremento correspondiente a la reposición o, si se hubiese agotado, tan solo el disfrute de la prestación derivada de la reposición⁶⁷. La segunda situación que puede plantearse es la generación de una nueva prestación por desempleo, supuesto en el cual el sujeto beneficiario deberá escoger una de las dos opciones previstas en el artículo 210.3 del TRLGSS: reabrir el derecho inicial o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones. Sólo en el primer caso se tiene derecho a la reposición, o al menos ello es lo que se deduce del artículo 3.2.b) de la Ley 27/2009 aunque la cuestión resulta un tanto polémica⁶⁸. Lo que queda claro es que las características del derecho repuesto serán idénticas a las del previamente consumido, dado que el artículo 3.4.2º de la misma norma establece la identidad de cuantías y bases de cotización.

Por lo que refiere a la dinámica de la reposición, interesa destacar que con carácter general se reconoce de oficio por la entidad gestora excepto que se haya agotado el derecho a la prestación por desempleo sin generar otro nuevo, supuesto en la que el sujeto interesado deberá solicitarla expresamente durante los quince días posteriores a la situación legal de desempleo, de conformidad con el artículo 209 del TRLGSS⁶⁹.

La reforma Laboral de 2010 ha mejorado el mecanismo en relación a la primera hipótesis -no en relación a la segunda, que se mantiene sin variaciones-, incidiendo sobre dos de sus aspectos esenciales: el límite máximo de días que pueden reponerse y los marcos temporales que condicionan su activación. Por lo que refiere al límite máximo se eleva hasta los 180 días, lo cual implica un incremento bastante significativo, que mejora la protección de los sujetos afectados y facilita todavía más la adopción de medidas de regulación temporal de empleo, tanto por parte de empresas que hasta ese momento no las habían utilizado como de otras que sí lo habían hecho sin alcanzar esa cifra máxima⁷⁰. También se amplía el arco temporal en el que debe situarse la medida suspensiva o de reducción de jornada retrasando un año el “*dies a quem*”, hasta el 31 de diciembre de 2011, y se ajusta el “*dies a quo*” del acto extintivo o la resolución que lo fundamenta a la

⁶⁷ Así se extrae de las letras a) y c) del artículo 3.2 de la Ley Ley 27/2009, de 30 de diciembre.

⁶⁸ A favor de la interpretación expuesta se posiciona GALA DURÁN, C.: “La suspensión de contratos...”, obra citada, página 21. En contra GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación de los modelos...”, obra citada, página 237. Este último autor considera que la aprobación de la Ley 27/2009 supuso la ampliación de las posibilidades de aplicación de la regla de reposición, incluyendo los supuestos donde se opta por abrir el disfrute de un nuevo derecho generado por el tiempo de trabajo posterior a la suspensión o reducción; posibilidad que no existía en el régimen establecido por el Real Decreto-ley 2/2009.

⁶⁹ Así lo prevé el artículo 3.6 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre.

⁷⁰ Conviene tener presente que, de acuerdo con las *Instrucciones Provisionales para la aplicación de la Ley 27/2009* de la Subdirección General de Prestaciones del Servicio Público de Empleo Estatal, de 9 de marzo de 2009 (Ficha del Manual de Criterios 24/286), en los casos donde “*se producen varios ERES de suspensión o de reducción de jornada para establecer la reposición solo se estará al primero de ellos si supera los 120 días, pero si no supera los 120 días se podrían acumular períodos de distintos ERES que se resuelvan dentro de los plazos establecidos, hasta el máximo de 120 días*”. Esta precisión continúa siendo aplicable con la única salvedad del límite máximo, que ha pasado a 180 días.

fecha de entrada en vigor de la modificación normativa, el 18 de junio de 2010⁷¹.

7. LAS NOVEDADES INDIRECTAS, DERIVADAS DE LA REFORMA DEL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES

Además de los cambios introducidos en el artículo 47 del TRLET y en la normativa de Seguridad Social ligada a este precepto, la Reforma Laboral de 2010 también ha afectado indirectamente al régimen jurídico de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales al modificar aspectos relativos a otras instituciones que mantienen una estrecha vinculación con estas medidas. Me refiero en concreto a la delimitación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción justificativas del despido objetivo y colectivo, de una parte, y de otra, al procedimiento para hacer efectivo este último. Ninguna de estas dos cuestiones constituye propiamente objeto del presente estudio y por tanto no se abordarán en profundidad, pero sí considero necesario ofrecer una visión general que ponga de manifiesto su incidencia en las medidas de regulación temporal de empleo.

7.2. LA NUEVA FORMULACIÓN DE LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

Como es bien sabido, la norma estatutaria condiciona la utilización de la suspensión y la reducción de jornada a la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, adoptando un esquema paralelo al empleado en el traslado, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el despido por causas empresariales (artículos 40.1, 41.1, 51 y 52.c) del TRLET, respectivamente). No obstante, a diferencia de lo que sucede en sede modificativa y extintiva el artículo 47 del TRLET no incorpora ninguna regla expresamente dirigida a especificar el significado de tales causas. Éste sólo se delimita de forma parcial e indirecta a través de un criterio de actuación dirigido a la Autoridad laboral, que no se ha visto alterado por la Reforma Laboral de 2010.

Según establece actualmente el artículo 47.1.c) del TRLET la autorización procederá *“cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida coyuntural es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa”*⁷². La finalidad principal de esta regla no es clarificar el significado de las causas empresariales que condicionan el acceso a la suspensión y a la reducción de jornada sino más bien restringir el margen de discrecionalidad administrativa en la resolución del expediente, pero indirectamente permite extraer algunos de sus caracteres definitorios⁷³. Queda claro, de una parte, que la empresa debe hallarse en una situación

⁷¹ Esta previsión, contenida en el artículo 3.1.b) de la Ley 27/2009 se completa con la Disposición Transitoria quinta de la Ley 35/2010 donde se precisa que cuando el despido o la resolución que lo fundamenta sea anterior a 18 de junio de 2010 resultará aplicable la normativa anterior y, consecuentemente, la reposición será como máximo de 120 días. Este régimen de transitoriedad han sido criticadas, a mi entender con razón, por un sector doctrinal, por considerar que si se compara con el criterio adoptado en relación a la mejora de la bonificación *“establece una solución distinta que no parece muy lógica y que desde luego deja en peor lugar a los trabajadores que a los empleadores”* (ALFONSO MELLADO, C. L.: “Las actuaciones...”, obra citada, página 149).

⁷² La misma regla se formulaba anteriormente en el artículo 47.1.2º del TRLET.

⁷³ Sigo en este punto el análisis desarrollado en mi estudio *La suspensión...*, obra citada, páginas 93 y siguientes.

negativa o desfavorable de naturaleza coyuntural⁷⁴, y de otra, que la medida propuesta debe ser razonablemente necesaria para superar esta situación o, en otros términos, que debe existir una “*conexión de funcionalidad o instrumentalidad*” entre ambos elementos⁷⁵. No obstante, aunque pueda extraerse la estructura básica del supuesto habilitante, la delimitación no deja de ser muy genérica y surge la necesidad de acudir a los criterios hermenéuticos previstos en sede modificativa o extintiva para complementar las indicaciones ofrecidas por el artículo 47 del TRLET.

Antes de valorar cuáles deben ser esos criterios hermenéuticos complementarios y lo que pueden aportar, no puedo dejar de manifestar mi decepción por el tratamiento secundario que la Reforma Laboral de 2010 otorga a las causas empresariales suspensivas. A pesar de que la falta de una regla interpretativa similar a las existentes en otros ámbitos genera importantes problemas aplicativos y ha sido reiteradamente denunciada por la doctrina, no se ha adoptado ninguna medida para corregirla, circunstancia que resulta particularmente criticable si se tiene en cuenta que la operación ha implicado la modificación de casi todos los encauzamientos interpretativos de las causas empresariales⁷⁶ y también del artículo 47 del TRLET, con el objetivo expresamente declarado de potenciar la utilización de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales. Incluso hubiera bastado con una remisión a los criterios establecidos en otros ámbitos, en caso de no querer afrontar la elaboración de un encauzamiento específico por la complejidad que implica, pero ni tan siquiera se ha hecho esto.

Formulada esta crítica, debemos volver a la realidad y plantearnos cual es el criterio hermenéutico más adecuado para complementar la delimitación general efectuada por el artículo 47.1.c) del TRLET. A mi modo de ver, la mejor opción era y continua siendo acudir a los parámetros establecidos para el despido, descartando los formulados en sede modificativa, básicamente porque son los que mejor se adapta a esa delimitación general⁷⁷. Veamos cuáles son los principales cambios que se han introducido en esos parámetros y su repercusión en el ámbito que nos ocupa.

La primera novedad que interesa destacar es la unificación del entendimiento causal del despido objetivo y del despido colectivo. En la actualidad queda del todo claro que la delimitación efectuada en los párrafos 2º y 3º del artículo 51.1 del TRLET resulta aplicable a ambas hipótesis, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 52.c de la misma norma.

⁷⁴ El uso del sustantivo “*superación*” implica la existencia de un obstáculo o dificultad a vencer.

⁷⁵ La expresión entrecomillado pertenece a la STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996/5.162).

⁷⁶ Excepto del previsto en el artículo 40.1 del TRLET para las causas empresariales justificativas del traslado.

⁷⁷ En sede modificativa no se requiere ningún obstáculo o dificultad a superar, que sí se exige indirectamente a través del artículo 47.1.c) del TRLET, sino simplemente de un contexto empresarial susceptible de mejora. Existen, además otros dos argumentos a favor de esta opción: primero, tanto la suspensión como la reducción de jornada implican una restricción del derecho al trabajo constitucionalmente previsto (artículo 35.1 de la CE), en su vertiente de derecho a la ocupación efectiva (artículo 4.2.a) del TRLET), y por ello resultan más próximas a la extinción que a la modificación; segundo, la sustancial identidad que en la versión originaria del Estatuto de los Trabajadores existía entre las causas que justificaban la suspensión y las que permitían acudir al despido colectivo. Para un mejor desarrollo de estos argumentos consúltese mi estudio *La suspensión...*, obra citada, páginas 98 y 99.

En contra y defendiendo la aplicación de los parámetros interpretativos previstos en sede modificativa se posiciona GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “*La fascinación...*”, obra citada, página 225.

Esta asimilación causal, que ha sido positivamente valorada por la mayoría de la doctrina⁷⁸, tiene un efecto derivado, también positivo en la cuestión que nos ocupa porque elimina un problema: elegir entre el encauzamiento interpretativo del despido objetivo y el del despido colectivo, que anteriormente eran distintos. En resumidas cuentas, en el momento presente el criterio hermenéutico complementario sólo puede ser el contenido en los párrafos anteriormente citados y así lo ha entendido la mayoría de la doctrina⁷⁹.

Aunque la nueva formulación de las causas empresariales extintivas en los párrafos 2 y 3 del artículo 51.1 del TRLET ha merecido opiniones muy dispares, hay algunas valoraciones que parecen disponer de un consenso bastante mayoritario: primera, la nueva redacción es más detallada, porque incorpora parámetros jurisprudenciales consolidados y otras precisiones que pueden reducir la problemática aplicativa de las causas, aunque restan todavía muchos conceptos jurídicos indeterminados de difícil interpretación⁸⁰; segunda, la nueva redacción es más amplia que la anterior y facilita a la parte empresarial la adopción de medidas extintivas⁸¹.

Desde la perspectiva del artículo 47 del TRLET estos cambios también son importantes porque contribuyen a delimitar mejor los elementos que integran el supuesto habilitante, particularmente a la situación negativa o desfavorable de carácter coyuntural, al tiempo que potencian la utilización de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales.

De una parte, por lo que refiere a los casos donde se esgrima causa económica la empresa deberá encontrarse, como ya se exigía antes, en una “*situación económica negativa*”, pero ahora se añade que ésta puede concretarse en la existencia de “*pérdidas actuales o previstas*”, en “*la disminución persistente de su nivel de ingresos*” o en otros contextos similares, siempre que exista una posible afectación a su “*viabilidad o a su capacidad de*

⁷⁸ Véase, por todos, DEL REY GUANTER, S.: “Sobre las causas y su justificación en los despidos empresariales”, Diario La Ley, número 7488, de 14 de octubre de 2010, página 18.

⁷⁹ Véanse, entre otros: DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en AA.VV. *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010, página 95, nota a pie número 55; CHARRO BAENA, P.: “La suspensión...”, obra citada, páginas 354-355; LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna...”, obra citada, página 11; y DEL REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: “Informe de urgencia...”, obra citada, página 67.

⁸⁰ Conviene recordar que un de los objetivos de la Ley 35/2010 es justamente, según se establece en el punto II de su Preámbulo, dar “*una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial*”, añadiendo acto seguido que “*la modificación integra en la ley la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido objetivo en el desarrollo de la tarea de revisión jurisdiccional de las decisiones empresariales en esta materia*”. La incorporación de criterios jurisprudenciales se evidencia sobre todo en la primera parte del segundo párrafo del artículo 51.1 del TRLET, que recoge una formulación muy conocida proveniente de la STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996/5.162) y posteriormente reiterada en muchos otros pronunciamientos, que también ha sido muy utilizada a nivel doctrinal.

⁸¹ Coinciden en esta apreciación DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma...”, obra citada, páginas 84 a 96 y DEL REY GUANTER, S.: “Sobre las causas...”, obra citada, página 19. Para este último autor “*claramente en el caso de las causas técnicas, organizativas o de producción, con más confusión en el caso de las causas económicas, lo cierto es que se ha optado por sustraer al despido de una esfera de excepcionalidad en la gestión de las empresas, procediendo a una normalización en la posible utilización de tal despido como instrumento para favorecer la competitividad de la empresa y, con ello, mejorar su situación*”.

mantener el volumen de empleo”⁸². De esta forma se abre la puerta a la inclusión de algunas hipótesis que anteriormente eran muy discutidas⁸³, sin que ello implique excluir otras no expresamente referidas, dado que al enumeración no tiene carácter cerrado⁸⁴.

En relación a las restantes causas se aclara que todas ellas implican la existencia de “cambios” en el ámbito “*de los medios o instrumentos de producción*” (causa técnica), “*de los sistemas y métodos de trabajo del personal*” (causa organizativa) o “*en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado*” (causa productiva), aunque la formulación tiene carácter abierto y admite la afectación a otros aspectos⁸⁵. Lo más relevante es que ya no se exige que tales situaciones generen una amenaza para la viabilidad de la empresa o de su empleo, sino tan solo una situación que requiere una mejora des de la perspectiva de la competitividad⁸⁶. Ello implica una importante aproximación a la delimitación efectuada en sede modificativa, al tiempo que permite cubrir con mayor naturalidad y sin forzar los términos las situaciones en las que normalmente se fundamentan las peticiones de suspensión y reducción de jornada que se canalizan a través de las causas técnicas, organizativas y productivas.

7.3. LA MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

También son importantes, en segundo lugar, los cambios que se introducen en el procedimiento de despido colectivo porque, como es bien sabido, éste resulta también aplicable a la suspensión y a la reducción de jornada por causas empresariales en virtud de la remisión efectuada por el artículo 47.1 del TRLET. Pues bien, las novedades más significativas que en este punto introduce la Reforma Laboral de 2010 son la atribución de carácter máximo a la duración del período de consultas, que anteriormente era un mínimo, y la reducción a la mitad del plazo que tiene la Autoridad laboral para dictar resolución cuando se alcanza un acuerdo durante esa negociación. El objeto en ambos casos es claro: dar mayor agilidad a la tramitación del procedimiento de regulación de empleo. Valoremos brevemente la trascendencia que pueden tener en las regulaciones temporales de empleo.

⁸² Esta última referencia limita de forma importante la potencialidad que tienen los ejemplos que la preceden e implica que tanto las pérdidas como la disminución de ingresos deberán tener una entidad suficiente para generar esa afectación. Ello ha motivado la crítica de un sector doctrinal, al considerar que esta conceptualización de la situación económica negativa “*es contradictoria con el plano no patológico en el cual se sitúan el resto de causas*” (DEL REY GUANTER, S.: “Sobre las causas...”, obra citada, página 19).

⁸³ En concreto las situaciones donde se prevean pérdidas en un futuro inmediato y aquellas otras en las que se produzca una disminución persistente del nivel de ingresos. La novedad que implica la consideración expresa de ambas como ejemplo de situación económica negativa ha sido destacada por diversos autores, como por ejemplo BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010”, en AA.VV. *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, páginas 64 y 65.

⁸⁴ Situaciones como un incremento significativo de los gastos, una disminución persistente de los resultados o un problema grave de liquidez, también podrán considerarse situaciones económicas negativas si tienen suficiente entidad para afectar a la viabilidad de la empresa o al mantenimiento de su volumen de empleo.

⁸⁵ La reiterada intercalación de la expresión “*entre otros*” evidencia ese carácter abierto.

⁸⁶ Como ha destacado un sector doctrinal con una expresión muy acertada “*la viabilidad mejorable se añade a la viabilidad amenazada*” (DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido...”, obra citada, páginas 94 y 95).

Por lo que refiere a la nueva consideración de la duración del período de consultas como un máximo, que se manifiesta en el artículo 51.4 del TRLET señalando que dicho período “*tendrá una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores*”, la repercusión sobre las medidas previstas en el artículo 47 de la misma norma es especialmente importante, dado que en este último ámbito ese plazo es siempre de quince días (artículo 20.a del RPRE). Así pues, el margen de tiempo que las partes tiene para negociar es más reducido y, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, no hay ningún obstáculo para dar por finalizado el período de consultas si ambas partes manifiestan un desacuerdo expreso antes del agotamiento del plazo⁸⁷, como también evidentemente en caso de que se alcance un pacto.

El nuevo marco reglamentario de la regulación de empleo puede dar otra paso adelante en el mismo sentido, dado que el BRPRE establece en su artículo 22.1.b) que el plazo de duración del período de consultas “*no será superior a quince días naturales o de ocho, también naturales, en empresas de menos de cincuenta trabajadores*”. Si prospera esta fórmula se agilizará un poco más el procedimiento en las empresas de pequeña dimensión y se conseguirá un mejor ajuste con el marco legal, concretamente con el artículo 47.1.b) del TRLET donde se prevé que la duración establecida en el artículo 51.4 de la misma norma “*se reducirá a la mitad*”⁸⁸.

El otro cambio destacable en lo que refiere al procedimiento es la reducción a siete días naturales el plazo que tiene la Autoridad laboral para dictar resolución cuando se alcanza un acuerdo durante esa negociación, un plazo que se recoge en el artículo 51.5 del TRLET y que anteriormente era de quince días naturales. Así pues, el tiempo que el empresario tarda en obtener la autorización y poder aplicarla cuando las medidas han sido consensuadas con la representación laboral disminuye notablemente, un hecho particularmente relevante en el

⁸⁷ Así lo destacan, entre otros, BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción...”, obra citada, página 72 y DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La reforma del despido en la Ley 35/2010”, en AA.VV. *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010, páginas 97 y 98. El BRPRE reconoce expresamente esta posibilidad en su artículo 11.1.4º, señalando que el período de consultas “*se entenderá finalizado, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, cuando se alcance el acuerdo a que se refiere el artículo 14 y, en todo caso, cuando ambas partes así lo manifiesten expresamente*”.

Más complejo resulta determinar si las partes negociadoras pueden prorrogar el período de consultas más allá del plazo establecido para intentar alcanzar un acuerdo. El primero de los autores citados en el párrafo anterior se inclina por una respuesta positiva en base a dos argumentos: primero, que el objetivo de la norma es impedir que pueda fijarse a priori una duración mayor que la establecida legalmente, pero no impedir la consecución de un pacto cuando ambas partes manifiestan una clara voluntad de alcanzarlo; segundo, que a diferencia de los artículos 40 y 41 del TRLET en sede extintiva se alude a un plazo “*<no superior>, a diferencia de lo que sucede en las consultas sobre movilidad geográfica o modificación sustancial de condiciones de trabajo, en las que los plazos se califican de máximos e <improrrogables>*”. El BRPRE parece apuntar en sentido contrario dado que su artículo 11.4 obliga al empresario a comunicar “*en el plazo máximo de cinco días, la solicitud final de despido colectivo que realiza y las condiciones del mismo, junto con el resultado del período de consultas*”, así como “*el contenido definitivo del plan de acompañamiento social y, en su caso, de las medidas a aplicar, de las previstas en el apartado 1*”, añadiendo acto seguido que “*si transcurrido el plazo máximo fijado para el período de consultas no se hubiera recibido la comunicación a que se refiere este apartado, la autoridad laboral procederá sin más trámite al archivo de las actuaciones*”.

⁸⁸ Este ajuste no se da o como mínimo es bastante discutible en la actualidad, dado que el artículo 20.a) del RPRE sólo opera esa reducción en relación a uno de los dos plazos contemplados en el precepto legal de referencia, circunstancia que plantea serias dudas sobre el posible carácter “*ultra vires*” de la norma reglamentaria.

ámbito que nos ocupa puesto que el porcentaje de acuerdo en las regulaciones temporales de empleo es muy alto⁸⁹.

La reducción expuesta en el párrafo anterior tendrá previsiblemente otro efecto derivado nada intrascendente: incentivar que la intervención administrativa en tales hipótesis sea de baja intensidad y que acabe derivando frecuentemente en una autorización casi automática, reduciendo a la mínima expresión las actuaciones de comprobación sobre la inexistencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho que deberían llevarse a cabo en virtud del segundo párrafo del artículo 51.5 del TRLET⁹⁰. Si a ello se añade que en el nuevo marco normativo la Autoridad laboral puede dictar la resolución autorizatoria sin disponer del informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social⁹¹, el resultado final es que la intervención de aquélla en las medidas acordadas adquiere un papel muy residual, aunque formalmente se continúe requiriendo su autorización.

8. LAS DEFICIENCIAS DE LA REFORMA LABORAL DE 2010: PRINCIPALES CUESTIONES PENDIENTES

Aunque la Reforma laboral de 2010 ha supuesto la introducción de algunas mejoras en el régimen jurídico de las figuras reguladas por el artículo 47 del TRLET, hay varios aspectos del mismo que presentaban y continúan presentando importantes deficiencias, porque a pesar de haber sido reiteradamente denunciadas por la doctrina no se han corregido. No pretendo hacer una exposición minuciosa de todas esas deficiencias y sus posibles soluciones, pero sí entiendo necesario destacar las más significativas, sobre todo porque condicionan directamente la operatividad de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales y el correcto desarrollo de la función que tienen asignada, que no es otra que la gestión cuantitativa del tiempo de trabajo, sin incurrir en excesos o abusos.

⁸⁹ Según los datos que figuran en el *Boletín de Estadísticas Laborales* elaborado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, en el año 2009 se autorizaron 10.089 expedientes de suspensión, de los cuales 9.022 fueron acordados (el 89,4 por 100) y 1.630 de reducción de jornada, de los cuales 1.523 fueron acordados (98,4 por 100). Las cifras son similares en el año 2010, donde los porcentajes de acuerdo en los expedientes autorizados son del 89,7 por 100 en la suspensión (9.462 de 10.532) y 93,7 en la reducción de jornada (2.958 de 3.160).

⁹⁰ Esta intervención de baja intensidad ya se viene dando desde hace tiempo en la práctica administrativa, evidenciando una actitud de no injerencia y respeto por parte de la Autoridad laboral hacia las decisiones surgidas de la negociación, especialmente cuando se han pactado medidas temporales de regulación de empleo, menos traumáticas que las extintivas. Véanse, al respecto, los datos y reflexiones que sobre el particular se aportan en mi estudio *La suspensión...*, obra citada, páginas 350 a 358.

⁹¹ Esta posibilidad ha sido advertida por algunos analistas de la Reforma Laboral de 2010, como BLASCO PELLICER, A.: “La reforma de la extinción...”, obra citada, páginas 78 y 79. Los argumentos que esgrime este autor son dos: de una parte, la imposibilidad de cohonstar el plazo en que debe emitirse el informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social con el establecido para dictar resolución en caso de acuerdo, sobre todo cuando este se alcance antes de agotar la duración establecida para el período de consultas; de otra, la inclusión de una nueva obligación en el artículo 51.5 del TRLET para los supuestos de resoluciones de autorización basadas en medidas acordadas, que se concreta en dar “*traslado de la misma a la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y a la entidad gestora de la prestación por desempleo*”, con el objetivo de que puedan manifestar lo que estimen conveniente, dado que pueden haber observado alguna irregularidad que sobre la que no han podido informar por falta de tiempo. Esta interpretación queda confirmada por el BRPRE, cuyo artículo 12.2.4º da un paso más y declara potestativa la petición de informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social cuando la solicitud empresarial incluya el acuerdo; una regla que a mi modo de ver plantea un claro problema de “*ultra vires*”, dado el carácter “*preceptivo*” que el artículo 51.3 del TRLET atribuye a esa solicitud.

8.1. LA DIVERSIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Como puse de manifiesto hace ya algunos años en mi estudio de tesis doctoral⁹², uno de los rasgos característicos de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales es su uniformidad procedimental: sea cual sea la dimensión temporal de dichas medidas (número de horas y/o de días de inactividad) y el número de sujetos afectados, se requiere la obtención de una autorización administrativa previa a través del procedimiento de regulación de empleo. Este esquema contrasta fuertemente con el adoptado en otros instrumentos de reorganización productiva, como la movilidad funcional, la movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el despido por causas empresariales, que se gradúan en función de esos dos parámetros. La imposición de un mecanismo de control previo de máxima intensidad a todo ejercicio del poder suspensivo no sólo casa mal con la lógica que ordena la ubicación de los límites formales de los poderes organizativos empresariales, sino que genera importantes distorsiones prácticas porque, por ejemplo, desde un punto de vista estrictamente procedimental, al empresario le resulta más fácil adoptar un despido por causas objetivas que una suspensión por causas empresariales. El control del acceso a la protección por desempleo no parece un argumento suficiente para justificar esta situación⁹³, dado que existen otras situaciones con mayor riesgo de fraude donde no se requiere la previa autorización de la administración y en la práctica la actuación que esta lleva a cabo tampoco asegura un efectivo control, particularmente en los casos donde el período de consultas ha fructificado en acuerdo.

El consenso que existe a nivel doctrinal respecto al problema que nos ocupa hacía presagiar que la anunciada modificación del artículo 47 del TRLET adoptaría alguna medida al respecto⁹⁴. Durante la negociación entre el Gobierno y los agentes sociales, la patronal planteó la necesidad de repensar los límites formales de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales. En esa misma línea se formularon algunas enmiendas durante la tramitación parlamentaria, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado⁹⁵. El resultado final no fue el esperado, sino todo lo contrario.

⁹² *La suspensión...*, obra citada, páginas 386 a 410.

⁹³ Esta es la única razón esgrimida en su momento por el legislador, según se extrae de la Memoria que acompañó al Anteproyecto de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, (citada por VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1994, página 408) que mantuvo esa uniformidad procedimental al tiempo que diversificaba los límites formales de los restantes poderes organizativos empresariales.

⁹⁴ Son varios los autores que han criticado la uniformidad procedimental de la suspensión por causas empresariales. Véanse, entre otros: LUQUE PARRA, M.: Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, Bosch, Barcelona, páginas 782 y 783; CABEZA PEREIRO, J.: “Reducción de jornada y situación legal de desempleo”, *Aranzadi Social*, 1996, página 69; CHARRO BAENA, P.: “Suspensión del contrato...”, obra citada, páginas 358 y 359; SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Artículo 47”, en AA.VV. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 7ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2007, página 357.

⁹⁵ En el Congreso de los Diputados se presentaron dos enmiendas que proponían cambios en la vertiente procedimental de las regulaciones temporales de empleo. La primera es la Enmienda número 227 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso)*, Serie A, número 81-8, de 27 de julio de 2010, página 116), donde se plantea aplicar a las suspensiones y a las reducciones de jornada por causas empresariales la misma escala cuantitativa prevista en el artículo 51.1 del TRLET para los despidos colectivos, de forma que cuando el número de sujetos afectados superase estos límites continuaría

La Reforma Laboral de 2010 no sólo ha renunciado a diversificar los requisitos formales para acceder la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales, sino que ha consolidado la uniformidad procedimental, formulando expresamente en el artículo 47 del TRLET una regla que anteriormente se extraía implícitamente de su contenido. El nuevo apartado 1.a) de dicho precepto establece, tras remitirse al procedimiento previsto en el artículo 51 de la misma norma, que “*el procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión*”. De esta forma se despeja cualquier duda respecto a la aplicación en la hipótesis que nos ocupa de la escala prevista en el artículo 51.1 del TRLET y, lo que resulta más preocupante, se cierra la puerta a una eventual diversificación del procedimiento a través de la norma reglamentaria de desarrollo; una operación que anteriormente ya resultaba un tanto forzada pero era técnicamente posible y que en la actualidad queda absolutamente descartada.

En resumidas cuentas, la nueva regla que se ha incorporado en el artículo 47.1.a) del TRLET resulta muy negativa y debe ser severamente criticada⁹⁶, porque consolida la uniformidad procedimental de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales, sin dejar ningún margen de maniobra al futuro Reglamento sobre el procedimiento de regulación de empleo, actualmente en fase de elaboración, para flexibilizar los requisitos formales de las medidas de regulación temporal de empleo y adaptarlas a la lógica que siguen el resto de poderes organizativos empresariales. La única vía es una nueva reforma del artículo 47 del TRLET que en el momento presente se antoja poco probable.

exigiéndose autorización administrativa y en caso contrario bastaría con preavisar al trabajador con quince días de antelación a la adopción de la medida. La misma propuesta fue reiterada posteriormente a través de la Enmienda número 188 presentada por el Grupo Popular en el Senado (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado)*, Serie II, número 722 (d), de 17 de agosto de 2010, página 129). En la misma línea, aunque con un planteamiento mucho más sencillo, se sitúa la Enmienda número 82 presentada en el Congreso de los Diputados por diversos parlamentarios del Grupo Parlamentario Mixto (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso)*, Serie A, número 81-8, de 27 de julio de 2010, página 58), que propone la supresión de la autorización administrativa en los casos donde el período de consultas fructifique en un acuerdo, argumentando que en tales casos “*no tiene sentido que la autoridad administrativa deba autorizar el acuerdo con las consiguientes dilaciones y retrasos*” y que “*es preciso flexibilizar y dar seguridad jurídica al acuerdo entre las partes*”. También en este caso se reiteró la propuesta en el Senado a través de la Enmienda número 254 presentada por diversos integrantes del Grupo Parlamentario Mixto (*Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado)*, Serie II, número 722 (d), de 17 de agosto de 2010, página 153)

⁹⁶ En este mismo sentido se han posicionado CHARRO BAENA, P.: “Suspensión del contrato...”, obra citada, página 359; LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna...”, obra citada, página 10; y REY GUANTER, S. y MORENO PIÑERO, F.: “Informe de urgencia...”, obra citada, página 66.

Existe, por el contrario, otro sector doctrinal que valora positivamente la nueva regla incorporada al artículo 47.1.a) del TRLET, al considerar que hasta su aparición la remisión al procedimiento establecido en el artículo 51 del TRLET implicaba que no podía acudirse a la suspensión por causas empresariales ni a la reducción de jornada si no se superaban los umbrales cuantitativos previstos en el apartado 1 de dicho precepto, un problema particularmente grave para las PYMES que aquella regla solventaba porque deja claro que el procedimiento de regulación de empleo resulta aplicable con independencia del volumen de sujetos afectados. Así lo entienden GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación...”, obra citada, página 227; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna...”, obra citada, página 10; y VIDAL VIDAL, J. y VICEDO CAÑADA, L.: “Ley 35/2010...”, obra citada, página 6. A mi modo de ver, la premisa sobre la que se construye esta valoración positiva no es acertada, porque antes de la Reforma Laboral de 2010 era perfectamente posible solicitar y obtener autorizaciones administrativas aunque no se superasen los umbrales del artículo 51.1 del TRLET, como evidencian los propios datos estadísticos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través del *Boletín de Estadísticas Laborales* (<http://www.mtin.es/estadisticas/bel/index/htm>), que dan fe de ese tipo de situaciones.

8.2. LA GARANTÍA DE LA TEMPORALIDAD

La temporalidad es el elemento más característico de las medidas previstas en el artículo 47 del TRLET: tanto la suspensión como la reducción de jornada por causas empresariales tienen un alcance transitorio o temporalmente limitado, aunque no se fije ningún límite máximo que lo concrete. El mismo rasgo presenta la situación de dificultad que implican las causas empresariales suspensivas, situación a la que el apartado 1.c) atribuye “*carácter coyuntural*”.

En la práctica el control de esta característica ha resultado siempre muy complicado, por cuanto existe una cierta tendencia a utilizar las medidas de regulación temporal de empleo ante situaciones estructurales o previsiblemente definitivas, con el único objetivo de retrasar la adopción de otras decisiones más drásticas que objetivamente serían las oportunas. Este uso desviado es criticable no solo por razones de coherencia y respeto a la configuración normativa de tales medidas, sino también porque su puesta en práctica implica la inversión de unos recursos públicos que se justifica básicamente en la protección de los sujetos afectados pero también para facilitar la recuperación de la organización empresarial. Varias de las reformas que se han introducido en su régimen jurídico han intentado afrontar este problema, pero de una forma un tanto errática y sin adoptar medidas demasiado contundentes.

En los últimos años han confluído diversos factores que aumentan todavía más el problema y, consecuentemente, la necesidad de articular mecanismos control que permitan garantizar la lógica temporal de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales. Son concretamente tres: primero, el incremento de los recursos públicos dedicados a la regulación temporal de empleo, fruto de los incentivos articulados a través del Real Decreto-ley 2/2009, y la Ley 27/2009, de 30 de diciembre; segundo y consecuencia directa del anterior, el mayor riesgo de utilización fraudulenta o desviada de las medidas previstas en el artículo 47 del TRLET debido, de una parte, al superior ahorro de costes que ahora permiten (bonificación de cotizaciones), y de otra, a la posibilidad de acceder a ellas con mayor facilidad, dadas las menores reticencias planteadas por los trabajadores que han visto muy reducidas las secuelas que anteriormente les generaban (reposición de prestaciones); tercero y como consecuencia de todo lo anterior, el espectacular aumento que en la práctica han experimentado las medidas de suspensión y reducción de jornada, invirtiendo el papel marginal que tenían hace algunos años.

Existe otra circunstancia que sin ser nueva resulta determinante en el contexto actual: la imposibilidad de operar una disminución definitiva del volumen de trabajo inicialmente contratado sin contar con el consentimiento del sujeto afectado. El artículo 12.4.e) del TRLET es absolutamente claro en este punto e impide la introducción de este cambio de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo del artículo 41.1.a) de la misma norma. En la práctica tales disminuciones son muy difíciles de llevar a cabo, por no decir imposibles, dado que tampoco quedan cubiertas por la prestación por desempleo, y todo ello hace que a menudo los mecanismos de regulación temporal de empleo se fuercen indebidamente utilizándolos como sucedáneos de aquella medida.

En resumidas cuentas, la articulación de mecanismos control que permitan garantizar la lógica temporal de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales es más necesaria que nunca y a pesar de ello la Reforma Laboral de 2010 no ha dado ningún paso en ese sentido. Las posibilidades que existen al respecto son muy

diversas: fijar un tope temporal máximo para las suspensiones y reducciones de jornada⁹⁷; requerir una verificación específica de la coyunturalidad por parte de la administración, etc. El BRPRE parece apuntar en esta última línea, dado que incorpora diversas previsiones que refuerzan la obligación empresarial de acreditar el alcance meramente coyuntural de la situación de dificultad alegada, la coherencia entre ésta y la duración de las medidas propuestas, así como su comprobación por parte de la Autoridad Laboral en la fase de resolución⁹⁸.

9. CONCLUSIONES

La reforma del régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, cuya parte esencial se incluye en el artículo 47 del TRLET, reclamada desde hace tiempo por la doctrina, ha llegado en un momento particularmente importante para los mecanismos de regulación temporal de empleo. El contexto de crisis económica en el que nos hallamos junto con los incentivos introducidos hace un par de años para fomentar su utilización, han incrementado espectacularmente tanto el número de expedientes autorizados como el de sujetos afectados, invirtiendo el papel marginal que hasta la fecha habían tenido esos mecanismos hasta convertirlos en instrumentos de uso generalizado. Los datos estadísticos hablan por sí solos: en el año 2007 se concedieron 1.475 autorizaciones de suspensión y reducción de jornada que afectaron a 32.659 trabajadores y trabajadoras, mientras que dos años después, en 2009 esos números se habían incrementado hasta 15.449 y 485.806, respectivamente. En 2010 se invierte la tendencia y las cifras empiezan a descender, pero continúan siendo significativas: 13.692 autorizaciones y 248.472 sujetos afectados.

Las expectativas que se habían depositado en la Reforma Laboral de 2010 eran muchas y no todas se han cumplido. Los cambios se introdujeron esencialmente a través del Real Decreto-ley 10/2010 y tomando como referencia la reducción temporal de jornada prevista en el derecho alemán, denominada “*kurzzeit*”; un referente que en algunos casos ha aportado novedades positivas pero en otros ha derivado en regulaciones desajustadas, que generan importantes distorsiones. La Ley 35/2010 también ha incorporado algunos cambios, pero por lo general son menos significativos y se concretan en reglas que en la mayoría de casos resultan bastante ambiguas, característica que comporta numerosos problemas interpretativos.

El cambio más emblemático y destacado que ha sufrido el artículo 47 del TRLET es el reconocimiento y regulación expresa, en su apartado 2, de la reducción de jornada,

⁹⁷ Esta es la opción que defiende GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La fascinación de los modelos...”, obra citada, página 226.

⁹⁸ El artículo 21.3 del BRPRE establece que “*La duración de las medidas solicitadas para suspender los contratos o reducir la jornada será la adecuada a la situación coyuntural que se pretende superar*”, una regla que a pesar de ser lógica resulta novedosa. Posteriormente el artículo 22.c) del BRPRE establece, en línea con el actual artículo 20.b) del RPRE, señala que la documentación justificativa aportada por el empresario respecto a la concurrencia de la causa “*será la estrictamente necesaria para acreditar que se trata de una situación coyuntural*” y el 24.2º del mismo documento añade que procederá la autorización de la medida “*en los casos en que la causa que motiva la adopción de dichas medidas no afecte de manera permanente a la empresa y los efectos de aquélla sean superables con medidas transitorias y no definitivas*”, una regla que se aplica a todas las hipótesis, con independencia de si ha alcanzado o no un acuerdo durante el período de consultas. A mi entender, esta última previsión es la más destacable y la que, en caso de mantenerse en el texto definitivo, permitiría un control más intenso de la coyunturalidad.

una variante de suspensión discontinua que anteriormente se admitía en la práctica administrativa y estaba prevista en la normativa de Seguridad Social. Por una parte este afloramiento en la ley estatutaria es positivo, porque regulariza una situación poco satisfactoria y potencia la utilización de dicha medida, pero resulta muy criticable la amplitud con que se define, incluyendo no solo las disminuciones temporales de la jornada diaria sino también las que afecten a la jornada semanal, mensual y anual. Ello genera un solapamiento conceptual con la suspensión que plantea importantes distorsiones, tanto en el plano teórico como en el práctico, y que resulta muy difícil de resolver. La solución más convincente es limitar la suspensión a las disminuciones temporales de carácter continuo y reconducir a la reducción de jornada todas las discontinuas, pero en el actual contexto normativo esta delimitación es muy forzada y, desgraciadamente, la futura reforma del RPRE, que podría resolver la cuestión, no parece apostar por esa delimitación.

El otras dos novedades que presenta el artículo 47 del TRLET derivan esencialmente de la Ley 35/2010 y son de menor entidad: la prohibición de las horas extraordinarias en situaciones de reducción de jornada y el fomento de las acciones formativas en contextos de regulación temporal de empleo. La primera es lógica y oportuna, porque el recurso a las horas extraordinarias es contradictorio con la reducción de jornada y su prohibición expresa puede contribuir a evitar actuaciones fraudulentas de difícil control. No obstante plantea algunos problemas aplicativos nada fáciles de resolver, como la delimitación del ámbito subjetivo de la prohibición y su aplicación a las horas complementarias cuando aquella medida afecte a contratos tiempo parcial. La segunda no resulta nada satisfactoria, porque a pesar del acierto del objetivo la fórmula utilizada es muy genérica (no identifica al sujeto obligado, no garantiza ningún derecho a los trabajadores y trabajadoras, no concreta el enfoque de las acciones formativas, etc). La mayoría de estas cuestiones podrían resolverse a nivel reglamentario, pero por ahora el BRPRE no aporta nada al respecto.

La Reforma Laboral de 2010 también ha incidido en la normativa de Seguridad Social ligada a las medidas de regulación temporal de empleo, con el objetivo esencial de adecuarla a los cambios operados en el artículo 47 del TRLET. En concreto se redefinen los conceptos “*desempleo total*” y “*desempleo parcial*” de los artículos 203.2 y 203.3 del TRLGSS, en términos que de entrada pueden resultar sorprendentes pero que son del todo lógicos y previsibles atendiendo al nuevo marco estatutario. Se aprovecha la ocasión para introducir, en el artículo 210.5 del TRLET, una nueva regla sobre el consumo de prestaciones en desempleo parcial que limita el porcentaje consumido al de efectiva reducción de jornada; una regla muy positiva, porque acaba con un injusto criterio aplicado anteriormente por la entidad gestora y sin duda supondrá un importante estímulo para la utilización de la reducción de jornada. La parte negativa se halla en el mantenimiento en el artículo 203.3 del TRLGSS de la regla que deja sin protección por desempleo a las reducciones que se extiendan a todo el período que resta de vigencia del contrato de trabajo. Esta exclusión se proyecta sobre un colectivo ya de por si precarizado, como son los sujetos con contratos temporales, y carece de toda justificación, por lo cual resulta difícilmente compatible con la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 14 de la CE.

Otro de los ámbitos sobre el que actúa la Reforma Laboral de 2010 son los incentivos previstos en la Ley 27/2009 para fomentar la utilización de los instrumentos de regulación temporal de empleo, con el claro objetivo de intensificarlos. En relación a la bonificación de la cotización empresarial ello se traduce en el incremento del porcentaje hasta el 80 por 100 cuando se haya obtenido un acuerdo con la representación laboral que

incluya medidas para reducir los efectos sobre los sujetos afectados, en la reducción a seis meses del compromiso de mantenimiento en el empleo y en la ampliación de los marcos temporales que acotan el disfrute de ese beneficio. Aunque se comparta la filosofía de estos retoques y la necesidad de llevarlos a cabo, la forma como se ejecutan en los dos primeros casos resulta criticable, dado que el incremento del porcentaje de bonificación se condiciona al cumplimiento de una condición muy mal delimitada y sin articular ningún mecanismo de control, y que la reducción del compromiso de mantenimiento del empleo se vincula a esa misma condición en lugar de establecerse con carácter general. Las consecuencias de todo ello son difíciles de predecir, porque puede haber empresarios que por cautela renuncien a aplicarse la bonificación ante la inseguridad jurídica que genera el marco normativo, la incertidumbre sobre la posibilidad de cumplir el compromiso de mantenimiento en el empleo y las graves consecuencias que comporta su eventual rotura, pero también otros más atrevidos que se lancen sin complejos a la caza del beneficio ante la ausencia de controles previos.

También se amplía la reposición de la prestación por desempleo consumida en situaciones de regulación temporal de empleo previas a extinciones, un mecanismo que en la práctica ha resultado clave para potenciar la utilización de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales, al promocionar la obtención de acuerdos durante el período de consultas y, correlativamente, de la autorización administrativa. El incremento del límite máximo de reposición hasta los 180 días y la extensión de su marco temporal de aplicación merecen, por tanto, una valoración positiva, porque facilitan el acceso a las regulaciones temporales de empleo, tanto puntuales como sucesivas, siempre no superan ese límite máximo, que en términos generales resulta razonable.

Además de los cambios introducidos en el artículo 47 del TRLET y en la normativa de Seguridad Social ligada a este precepto, la Reforma Laboral de 2010 también ha afectado indirectamente al régimen jurídico de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales al modificar aspectos relativos a otras instituciones que guardan una estrecha vinculación con estas medidas. La nueva formulación de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción justificativas del despido contribuye a delimitar mejor los elementos que integran el supuesto habilitante de las regulaciones temporales de empleo y a ampliar su alcance, aunque lo deseable hubiese sido introducir en aquel precepto estatutario un criterio hermenéutico específico de formato similar a los existentes en los artículos 40.1, 41.1 y 51.1 del TRLET. También repercuten indirectamente los cambios introducidos en el procedimiento de despido colectivo, particularmente la atribución de carácter máximo a la duración del período de consultas y la reducción a la mitad del plazo para dictar resolución cuando éste fructifique en un acuerdo, que agilizan notablemente la tramitación del procedimiento de regulación de empleo. El porcentaje de consenso en las propuestas de suspensión y de reducción de jornada es en la práctica muy elevado y por ello la incidencia puede ser muy significativa en este ámbito, más teniendo en cuenta los avances que en la misma línea aporta el BRPRE, que en supuestos de acuerdo consolidan una intervención administrativa residual y de muy baja intensidad.

Para finalizar no puedo evitar destacar las dos grandes decepciones que, a mi modo de ver, genera la Reforma Laboral de 2010 en relación al régimen jurídico de la suspensión y la reducción de jornada por causas empresariales: la consolidación de la uniformidad procedimental y la renuncia a convertir la coyunturalidad en su eje central.

Exigir la obtención de una autorización administrativa previa a través de la tramitación del procedimiento de regulación de empleo con independencia del número de

sujetos afectados y de la dimensión temporal de la suspensión y la reducción de jornada resulta excesivo e incoherente con la lógica que ordena la articulación de los límites formales en los restantes poderes organizativos empresariales. El nuevo artículo 47 del TRLET no solo mantiene esta uniformidad sino que la consolida a través de la regla establecida en su apartado 1.a), impidiendo cualquier diversificación de procedimiento a nivel reglamentario. La configuración de unos límites formales razonables y ajustados a las concretas características de las medidas de regulación temporal de empleo planteadas por la parte empresarial contribuiría sin ninguna duda a potenciar la utilización de tales medidas, particularmente en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, pero no existen expectativas de que ello vaya a producirse en un futuro inmediato.

Igual de decepcionante es que no se hayan articulado mecanismos para garantizar que las medidas analizadas se utilizan exclusivamente ante dificultades de carácter coyuntural y no ante situaciones estructurales o previsiblemente definitivas con el único objetivo de retrasar la adopción de otras medidas más drásticas que objetivamente serían las oportunas. Son varios los factores que durante los últimos tiempos han incrementado el riesgo de ese uso desviado, que puede suponer un importante malbaratamiento de recursos públicos, y por ello resulta criticable que no se haya dado ningún paso en ese sentido. El BRPRE aporta un atisbo de esperanza, porque incorpora diversas previsiones que refuerzan la obligación empresarial de acreditar el alcance meramente coyuntural de la situación de dificultad alegada, la coherencia entre ésta y la duración de las medidas propuestas, así como su comprobación por parte de la Autoridad Laboral en la fase de resolución.