



# La prioridad de los trabajadores afectados por ERTE en el acceso a la formación profesional para el empleo

por Óscar Requena Montes

## Introducción

Si debiésemos destacar, desde el punto de vista del trabajo por cuenta ajena, las dos principales medidas que se han emprendido en nuestro país con el fin de afrontar los persistentes embates de la Covid-19, probablemente éstas serían, en función de las características de cada actividad profesional: la promoción del trabajo a distancia y del recurso al Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE, en adelante), como medida alternativa y preferible al despido colectivo. Se trata, en definitiva, de intentar aguantar el “temporal” -duradero y duro, pero transitorio- y de evitar casi a toda costa la destrucción de puestos de trabajo y la extinción de las relaciones laborales. En esa línea, se apuesta decididamente por “medidas sociales en defensa del empleo”, coincidiendo ello con la rúbrica del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre.

Esa norma, de lectura compleja -por su continua remisión a otros textos normativos- y aprobada *in extremis* (ALONSO ARANA, 2020), centra su atención en los citados ERTEs, es decir, en “*las suspensiones y reducciones de jornada por causa de fuerza mayor y causas económicas, técnicas, organizativas y de producción vinculadas con la COVID-19, así como las medidas extraordinarias vinculadas a las mismas en materia de protección por desempleo y cotizaciones*” (Preámbulo de la norma). No en vano, su publicación deriva de la consecución del tercer Acuerdo Social en Defensa del Empleo entre los agentes sociales y el Gobierno, habiendo sido el primero de tales acuerdos -de 8 de mayo de 2020- el que diera lugar al Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, dedicado asimismo a “medidas sociales en defensa del empleo”.

Pues bien, en el marco de la flexiseguridad y de los mercados transicionales de empleo, éste puede y debe defenderse desde una política inspirada en los principios de estabilidad e inclusividad, con amplitud de miras y haciendo un uso adecuado y acertado de las múltiples vías y herramientas previstas para ello. Con esas premisas, la capacitación de las personas trabajadoras deviene un aspecto estratégico fundamental, especialmente en lo que concierne a la formación profesional para el empleo, en tanto que -como su propio nombre indica- se encuentra más conectada con el ámbito laboral y las necesidades de ese mercado.

## La formación para el empleo durante el ERTE: el contenido legal de la preferencia

Entre otras normas de distinto ámbito geográfico, la Recomendación del Consejo relativa a Itinerarios de mejora de las capacidades (DO C 484, de 24 de diciembre de 2016) insta a identificar los grupos destinatarios prioritarios. En cambio, ésta ha venido constituyendo últimamente una tarea inconclusa por parte de la legislación española (REQUENA MONTES, 2020, p. 161). Nótese que, a diferencia del art. 5.3 del RD 395/2007, el artículo 5.2 del RD 694/2017 no incluye una lista de los colectivos potencialmente prioritarios, delegando su determinación en la Estrategia Española de Activación para el Empleo (la de 2017-2020 guardaba silencio y la de 2021-2024 se está diseñando)

y en el Informe de prospección y detección de necesidades formativas (centrado en las áreas y competencias prioritarias, mas no en los colectivos de trabajadores preferentes). Ante el silencio de dichos instrumentos jurídicos, y vistas las insistentes recomendaciones acerca de la destinación de los recursos formativos hacia los colectivos más vulnerables, han tenido que ser las propias convocatorias de subvenciones públicas las que determinen los destinatarios finales prioritarios de la oferta formativa. Se trata de un problema presente, igualmente, en la iniciativa de formación programada por las empresas, como así lo han reconocido los expertos de la Fundae en el informe, de 24 de enero de 2018, relativo al RD 694/2017, al no prever dicha norma un porcentaje de participación de colectivos prioritarios en tal iniciativa de formación. Aunque en ambos casos (ARETA MARTÍNEZ y SÁNCHEZ TRIGUEROS, 2008, p. 69) esta laguna legal sería subsanable por las “administraciones públicas”, a las que el artículo 5.2 del RD 694/2017 faculta al respecto, sería plausible que desde el ámbito estatal se marcasen unas pautas u orientaciones comunes acerca de quiénes deben estar en mejor posición para beneficiarse de cada iniciativa de formación. En este sentido, solo en el ámbito de la formación dirigida a trabajadores desempleados se destaca la prioridad de las personas con más bajo nivel de cualificación.

Pues bien, no cabe duda de que en un contexto de crisis sanitaria y económica como el actual, la relevancia de los procesos formativos cobra fuerza y, en consecuencia, deben emprenderse medidas legales y de logística al efecto. En efecto, entre otras adaptaciones -en las que no puedo aquí extenderme- a las que se ha sometido el sistema de formación profesional para el empleo durante el año que ha transcurrido desde que se decretase por primera vez el estado de alarma, una de las últimas reorientaciones de dicha política formativa ha consistido en la pretendida priorización de los trabajadores afectados por los ERTes a la hora de acceder a las acciones formativas.

Dicha concreta medida ha sido primeramente positivizada mediante la Disposición Adicional tercera del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre. Sin embargo, además de quedar reducida su eficacia al reconocerse únicamente a aquellas personas afectadas por los ERTes “*referidos en esta norma*”, la preferencia en el acceso a las iniciativas de formación del sistema simplemente quedaba anunciada, a la espera de un futuro pero próximo desarrollo reglamentario, pues debía aprobarse antes del 30 de diciembre de 2020, es decir, en un plazo de tres meses.

El contenido que debía abordarse en virtud de las normas reglamentarias “*con este objetivo*” -es decir, el de ofrecer un tratamiento favorable a los trabajadores de referencia- fue precisado en el segundo apartado de la mencionada disposición adicional, conforme a las siguientes líneas maestras:

- a) Adaptación, para su flexibilización, de la normativa reguladora, particularmente la Orden TMS/368/2019, de 28 de marzo, relativa a la oferta formativa de las administraciones competentes y su financiación, y por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación.
- b) Integración de estas personas como colectivo prioritario en las bases reguladoras de las diferentes iniciativas de formación profesional para el empleo.
- c) Programación de planes específicos de formación adaptados a la realidad productiva de estas personas, con especial relevancia en aquellas iniciativas relacionadas con la adquisición de competencias para la transformación digital, así como en los planes de formación sectoriales e intersectoriales.

### **Un desarrollo reglamentario reiterativo e insatisfactorio**

La primera de las tres pretensiones legislativas ha sido satisfecha -parcialmente- mediante la Orden TES/1109/2020, de 25 de marzo, al añadir una nueva Disposición Adicional séptima a la Orden TMS/368/2019, de 28 de marzo.

Antes de entrar a valorar el desarrollo de la adaptación de la Orden, cabe lamentar que en los diversos desarrollos reglamentarios se haya perdido la oportunidad de precisar cómo se ha de implementar la prioridad formativa de quienes se encuentran en situación de desempleo o de reducción de jornada por ERTE relacionado con el COVID-19, ya que el segundo apartado de la

citada disposición se limita a reproducir lo regulado en el primer apartado de la Disposición Adicional tercera del RD-ley 30/2020. Asimismo, cabe señalar que el RD-ley 2/2021, de 26 de enero, por medio del cual se han prorrogado las medidas relativas a los ERTes, no hace mención alguna a la formación profesional para el empleo.

Por otro lado, en el primer apartado de la Disposición Adicional séptima de la Orden TMS/368/2019, se pone de manifiesto que quienes se vean afectados por un ERTE (sin precisar aquí su vinculación con el COVID-19 o no, e independientemente de si consiste en una suspensión del contrato o una reducción de jornada, así como de si viene justificado por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) “*podrán participar*” en la formación programada por las empresas para su personal, así como en la oferta formativa para ocupados y en la que va dirigida a personas desempleadas. Al respecto cabe criticar que dicha regla, además de no añadir nada, es menos garantista que la que ya recogen el artículo 9.1 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, el 5.1.a del RD 694/2017, de 3 de julio, y el 47.4 del Estatuto de los Trabajadores, que no sólo reconoce su participación, sino que exige que “*se promueva*” el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados, con el objeto de aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad.

A continuación, en el mismo primer apartado de la disposición añadida, se indica que las personas afectadas por ERTE también “*podrán participar*” en otras dos iniciativas de formación: la oferta formativa para personas trabajadoras desempleadas y aquella otra oferta formativa para personas trabajadoras ocupadas, con independencia del tipo y ámbito sectorial del programa de formación. La mera inclusión en ambas iniciativas significa el reconocimiento de la dualidad jurídico-laboral y social que temporalmente caracteriza a estas personas, mientras que la libertad de elección de cursos correspondientes a otros ámbitos sectoriales denota la voluntad de fomentar la polivalencia y la recualificación profesional.

En suma, si bien no se trata de un derecho de preferencia en sentido estricto, lo más significativo es que, aunque el artículo 5.1.b) del RD 694/2017 limita la participación de trabajadores desempleados en la iniciativa de formación para trabajadores ocupados al 30% del total de participantes -ampliado al 40% *ex art.* 12.1 de la Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal, de 15 de abril de 2020- y aclara que a cada persona se le dará la consideración de trabajador ocupado o desempleado en función de la situación laboral en que se hallen al inicio de la formación, la referida Disposición Transitoria séptima favorece la aceptación de los trabajadores en ERTE al excluirles de ese cómputo. No se trata de algo realmente nuevo, puesto que tales medidas ya fueron recogidas por el artículo 12.2.b) de la citada Resolución del SEPE. Lo novedoso es que ahora también opera la misma regla en la dirección opuesta, en relación a la formación para trabajadores desempleados, puesto que en ese caso las personas afectadas por ERTE no computan en el límite máximo absoluto -del 30%, pero reducible por la administración competente- de trabajadores ocupados participantes (art. 18.4 de la Orden TMS/368/2019).

En definitiva, ni el contenido ni la técnica jurídica empleada parecen adecuados, puesto que el mandato legal se refiere a ERTes vinculados al COVID-19, mientras que la parte del desarrollo reglamentario que aporta algo más que una mera repetición de la medida principal parece incluir a los trabajadores afectados por ERTE común.

Continuando la crítica, lo que preveía la Disposición Adicional tercera del Real Decreto-ley 30/2020 era una preferencia en el acceso a las acciones formativas; es decir, quizás no más -aunque podrían llegar a ser legítimas unas cuotas de reserva o unos programas exclusivamente dirigidos a tales trabajadores-, pero tampoco menos. Sin embargo, al tenor de lo dispuesto en las normas de desarrollo, cabría concluir que, más allá de reiterar la preferencia en similares términos a como ya lo había expresado el Real Decreto-ley, y de recordar el derecho de este colectivo a participar en las diversas acciones formativas, la concreción jurídica del derecho de preferencia se ha quedado muy corta; apenas ha consistido en consentir o confirmar que, por su especial situación de trabajador desocupado con contrato laboral vigente, pueda participar en las acciones formativas dirigidas a una y otra situación laboral, indicando a su vez que la inclusión de los trabajadores afectados por

cualquier ERTE no computarán a los efectos del cómputo máximo de trabajadores ocupados o desempleados cuando tales iniciativas se dirijan a trabajadores prioritariamente a desempleados u ocupados, respectivamente.

Por otro lado, también en el ámbito autonómico se ha obedecido, con carácter general, al segundo de los mandatos legislativos anteriormente mencionado, este es, el de la integración de estas personas como colectivo prioritario en las bases reguladoras de las diferentes iniciativas de formación profesional para el empleo. Ya con antelación a la publicación del RD-ley 30/2020, la comunidad gallega había aprobado la Orden de 19 de junio de 2020, cuyo objeto era, en parte, “... *ayudar a las empresas afectadas en lo relativo a la compensación de los costes que suponga la formación de las personas trabajadoras afectadas por los ERTE, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia*” (arts. 1 y 23 de la Orden). En efecto, si bien no se declara la preferencia de ese colectivo a la hora de recibir formación, indirectamente se fomenta económicamente su inclusión en las iniciativas de formación.

Por su parte, la Región de Murcia ha aplicado lo dispuesto en la Orden TES/1109/2020, de 25 de noviembre, por medio de la Resolución de 30 de diciembre de 2020, sobre la participación de trabajadores afectados por expedientes de regulación temporal de empleo en acciones de formación profesional para el empleo. Además de reproducir la normativa estatal, se establece que, a efectos de la cuantificación de la subvención, si alguien abandona la acción formativa por haber tenido que reincorporarse al puesto de trabajo o jornada suspendida por el ERTE, se entenderá como finalizada. Por añadir otro ejemplo, el apartado 15.2.h de la Resolución de 30 de diciembre de 2020, de la Dirección General de LABORA Servicio Valenciano de Empleo y Formación, también incluye a los trabajadores afectados por ERTE entre una amplia lista de colectivos prioritarios para recibir formación dirigida a trabajadores ocupados.

Para terminar con este análisis, y siendo que el Real Decreto-ley 30/2020 insta a la programación de planes específicos -también sectoriales e intersectoriales- de formación adaptados a la realidad productiva de las personas en ERTE, en especial de aquellos relacionados con la adquisición de competencias para la transformación digital, convendría que el SEPE convocase una nueva concesión de subvenciones públicas para la ejecución de programas de formación de ámbito estatal, para la adquisición y mejora de competencias profesionales relacionadas con los cambios tecnológicos y la transformación digital, dirigidos prioritariamente a las personas ocupadas, ya que la última data del año 2018 (Resolución de 11 de mayo).

***Óscar Requena Montes***

Profesor Ayudante Doctor

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

\* Investigación realizada en el marco del subproyecto de investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (DER2017-83488-C4-3-R).