

FAQS sobre ERTES por fuerza mayor en la actual fase (de “desescalada”) de la crisis del Covid-19

Ángel Jurado Segovia

Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad Complutense de Madrid

1. ¿Hasta cuándo mantiene su validez los ERTES por fuerza mayor por causas relacionadas con el Covid-19?

Las empresas que hayan puesto en marcha un ERTE por fuerza mayor constatada –mediante resolución expresa o por silencio administrativo positivo- por la autoridad laboral por causas relacionadas con el Covid-19 pueden mantenerlo **mientras dure el estado de alarma**, teniendo derecho los trabajadores incluidos en el ERTE a las prestaciones por desempleo desde el momento en que cesaron en el trabajo por la fuerza mayor y durante toda la duración del ERTE (Disp. Adicional 1ª y 3ª RD-ley 9/2020). Además, el Servicio Público de Empleo (SEPE) ha informado que va a prorrogar de oficio todas aquellas prestaciones de desempleo solicitadas por ERTES de fuerza mayor cuya duración se hubiera fijado indicando el fin del estado de alarma o alguna fecha anterior (<https://www.sepe.es/HomeSepe/COVID-19/preguntas-frecuentes-empresas.html>). Asimismo, mientras dure el ERTE por fuerza mayor existe la posibilidad de solicitar por parte de la empresa una exoneración, total o parcial, de las cotizaciones sociales correspondientes a los trabajadores incluidos en el ERTE (art. 24 RD-Ley 8/2020).

Sin embargo, no resulta obligado para las empresas mantener el ERTE por fuerza mayor hasta esa duración máxima prevista, sino que, en la medida que consideren que pueden reiniciar su actividad, **las empresas pueden ir reincorporando previamente a los trabajadores** (ver pregunta 2).

Por lo demás, **parece que la intención del Gobierno es**

aprobar, en breves fechas, nuevas normas que podrían alargar la vigencia de los ERTES por fuerza mayor, incluso más allá del estado de alarma, si bien habrá que esperar para conocer los detalles de dicha nueva normativa y ver, por ejemplo, si la extensión temporal de los ERTES es aplicable a todas las actividades empresariales o sólo a aquellas a que, pese a levantamiento del estado de alarma, se les sigan imponiendo ciertas restricciones de actividad. Parece que la extensión de los ERTES de fuerza mayor también podría implicar alargar temporalmente la posibilidad de exonerarse de las cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores incluidos en el ERTE.

2. ¿Cómo se tiene producir y qué posibilidades existen a la hora de ir reincorporando a los trabajadores afectados por el ERTE por fuerza mayor?

Como se decía, mientras se mantenga el estado de alarma no hay obligación de reincorporar a los trabajadores incluidos en el ERTE, sin perjuicio de que si, la reiniciación de la actividad lo aconseja, **las empresas puedan decidir ir incorporando a todos o a parte de los trabajadores incluidos en el ERTE**.

Cabe, en efecto, **ir llamando progresivamente a los trabajadores** para que se reincorporen al trabajo para atender a la demanda de actividad que pueda ir recuperando la empresa, sin necesidad de tener que incorporar al mismo tiempo a todos los trabajadores. En este sentido, la principal obligación que asume la empresa es **comunicar al SEPE, con carácter previo a que se produzcan, las variaciones realizadas** en las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada

respecto a la comunicación inicial a efectos de las prestaciones por desempleo (arts. 298.h LGSS, 22.13 LISOS y 3 y 7 Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo). Además, aunque no se contempla expresamente en la normativa, dado que sobre la autoridad laboral también pesa una obligación de comunicar las decisiones de suspensión o reducción de jornada, derivadas de estos procedimientos, a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo y dado que se establece que la acreditación de la situación legal de desempleo de complementarse con dicha comunicación de la autoridad laboral al SEPE (arts. 51.2 y 47.1 ET y 267.3 LGSS), **parece necesario o, cuanto menos, conveniente que las variaciones se comuniquen también por la empresa a la autoridad laboral que constató la fuerza mayor del ERTE puesto en marcha.**

De las indicaciones y guías publicadas por el SEPE se desprende claramente está posibilidad de no tener que poner fin al ERTE reincorporando a todos los trabajadores al mismo tiempo, existiendo también la posibilidad de ir “desafectando” progresivamente a los trabajadores manteniendo vigente el ERTE (en este sentido, **el SEPE ha publicado guías y modelos para dar de baja sólo algunas prestaciones o para dar de baja a todas las prestaciones por fin de ERTE:** <http://www.sepe.es/HomeSepe/COVID-19/informacion-empresas.html>). Es más, de tales indicaciones del SEPE se desprende que **incluso cabe la posibilidad de reincorporar a los trabajadores algún día o días durante el ERTE y posteriormente volverlos a incluirlos en el mismo** (los trabajadores perciben el salario por el día o días trabajados y posteriormente reanudan el cobro de la prestación) ¹.

Más allá de estas indicaciones a efectos de las prestaciones por desempleo, desde el punto de vista de la relación contractual con el trabajador al que se pretende reincorporar previamente a la finalización del ERTE o incluso al que se pretende incorporar puntual o temporalmente, pero sin “desafectarlo” completamente del ERTE, conviene cierta cautela a la hora de valorar si la reincorporación está justificada o no desde el punto de las obligaciones del trabajador, justificándolo

debidamente en la notificación al trabajador para que se reincorpore. En la doctrina judicial reciente se puede encontrar alguna sentencia que declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador que se negó a reincorporarse al trabajo antes del fin del plazo de duración de suspensión de contrato por ERTE que se le había comunicado previamente por la empresa, poniéndose, en todo caso, el acento en la **necesidad de justificar debidamente la causa objetiva que justificaría dichos cambios en la decisión empresarial relativa a la suspensión del contrato** (STSJ Castilla y León 21-10-2019, Rº 592/2019), de modo que, sin perjuicio de la decisión judicial en el caso concreto, parece avalarse la posibilidad de ir modulando los efectos de la suspensión del contrato previamente adoptada a lo largo de la ejecución del ERTE. Asimismo, a favor de que la empresa puede ir concretando el alcance de los efectos de la fuerza mayor constatada sobre los contratos de trabajo, jugaría el art. 22.2.c) del Real Decreto-Ley 8/2020 que, en punto a los ERTES por fuerza mayor en el contexto del Covid-19, y siguiendo lo dispuesto con carácter general en la normativa aplicable a los procedimientos de reducción de jornada y suspensión de contratos de trabajo (art. 33.3 Real Decreto 1483/2012), establece que la resolución de la autoridad laboral *“deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a ésta la decisión sobre aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada”*.

Los mismos argumentos cabría manejar a la hora de plantear la posibilidad de reincorporar a un trabajador o trabajadores que estuvieran incluidos en un ERTE por fuerza mayor de suspensión de contratos, para volverles a darles ocupación, pero **sin dar por finalizado el ERTE y pasando de una suspensión de contratos a una reducción de jornada**, también permitida bajo la cobertura de los ERTES por fuerza mayor derivados del Covid-19. **El SEPE está contestando negativamente a las consultas individuales planteadas sobre esta posibilidad**, entendiendo que la empresa queda vinculada por la medida de suspensión que comunicó a la autoridad laboral en el momento de presentar la solicitud para

¹ Señala, en este sentido, el SEPE que: *“Si lo que quiere es comunicar periodos de actividad dentro de la situación de suspensión, ya sea un ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o bien de fuerza mayor, lo que debe hacer es remitir esos periodos activos a través de la aplicación certific@2. El sistema tratará como días protegidos por desempleo los que no se comuniquen como activos desde el inicio hasta el final del ERTE y también dará de baja la prestación los días activos”* (<https://www.sepe.es/HomeSepe/COVID-19/preguntas-frecuentes-empresas.html>)

que se constatare la fuerza mayor. Aunque, como se apuntaba, ni de la regulación de los ERTES ni de la regulación de las prestaciones por desempleo cabe extraer argumentos que permitan entender por qué no cabe esta flexibilidad en los ERTES –particularmente conveniente en el actual contexto de “desescalada”- y sí, en cambio, la consistente en ir desafectando progresivamente o desafectando y volviendo afectar trabajadores sin cambiar de suspensión a reducción. En todo caso, a la luz de la respuesta del SEPE parecería que para pasar de una suspensión de contratos o una reducción de jornada por causas relacionadas con el Covid-19, con el consecuente derecho a las prestaciones por desempleo de los trabajadores, se debería **tramitar un nuevo ERTE por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.**

Sin embargo, la cuestión parece que sigue bastante abierta, teniendo en cuenta que, en fecha de 1 de mayo, la **Dirección General de Trabajo** del Ministerio de Trabajo y Economía Social ha emitido un *critério técnico* (DGT-SGON-927CRA: *Criterio sobre la aplicación de las medidas de suspensión y reducción de jornada durante la fase de desconfinamiento del estado de alarma*) que **parece pronunciarse de modo bastante flexible acerca de todas las posibilidades comentadas**, en tanto que afirma que: *“las empresas que estuviesen aplicando las medidas de suspensión o reducción de jornada pueden renunciar a las mismas, de manera total o parcial, respecto de parte o la totalidad de la plantilla, y de forma progresiva según vayan desapareciendo las razones vinculadas a la fuerza mayor. Igualmente será posible alterar la medida suspensiva inicialmente planteada y facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada que suponen un menor impacto económico sobre la persona trabajadora y permitirán atender a la paulatinamente creciente oferta y demanda de productos y servicios de las empresas”*.

3. ¿Qué limitaciones existen en cuanto a la posibilidad de extinguir contratos de trabajo o acometer despidos durante y/o después del ERTE?

Tanto durante la ejecución de un ERTE por fuerza mayor, como una vez finalizado el mismo, pero **mientras se mantenga el estado de alarma**, hay que tener en cuenta que rige la previsión contenida en el art. 2 del RD-ley 9/2020, según el cual **las causas de fuerza mayor o económicas, organizativas, técnicas o de producción relacionadas con el Covid-19** que, de acuerdo con lo previsto en el RD-Ley 8/2020, pueden justificar ERTES

suspensivos o de reducción de jornada, **no se podrán “entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”**.

A tenor de esta norma, las empresas, estén o no aplicando o no un ERTE, no pueden justificar despidos ni extinciones de contratos temporales invocando causas de funcionamiento relacionadas con el Covid-19. Partiendo de lo anterior, cabe entender que hasta que no se levante el estado de alarma las modalidades de extinción del contrato de trabajo que quedan afectadas por la limitación establecida en el art. 2 del RD-ley 9/2020 son los **despidos colectivos y los despidos individuales por causas objetivas de los arts. 51 o 52 c) del Estatuto de los Trabajadores (ET)**. Por tanto, siempre quedaría abierta la posibilidad de acometer otros despidos de forma legítima si concurre, obviamente, su causa justificativa –cabe pensar principalmente en despidos disciplinarios-. Es cierto que la limitación se refiere exclusivamente a aquellos despidos o extinciones por causas de fuerza mayor u objetivas relacionadas con el Covid-19, pero no es menos cierto que, aunque las comunicaciones de despido o de extinción de contratos no se refieran expresamente al Covid-19 –o lo hagan de un modo muy tangencial-, se exponen en actual contexto a un **alto riesgo de impugnación judicial y de calificación judicial desde la perspectiva de su conexión con la disminución de la actividad económica y/o productiva derivada del Covid-19.**

Además, téngase en cuenta que la norma parece estar refiriéndose no sólo a despidos, sino también a la **finalización de contratos temporales**. A este respecto, habrá que estar en cada caso concreto a la modalidad de contrato y al modo en que se puede producir su finalización para valorar si resulta aplicable la mencionada limitación del art. 2 del RD-ley 8/2020. Si es un contrato eventual que se extingue por haberse llegado a la fecha de finalización fijada en el mismo, no parece que se pueda considerar que se trate de una extinción por causas relacionadas con el Covid-19. En cambio, en el caso del **contrato de obra o servicio determinado**, cuya válida finalización no queda vinculada a un término fijado de antemano, sino a la finalización de la obra o servicio que justificó la formalización del contrato, se puede producir una situación semejante a la apuntada con los despidos objetivos del art. 51 o 52 c) ET. La limitación establecida en el art. 2 del RD-ley 8/2020 abre la puerta a **posibles impugnaciones e interpretaciones judiciales tendentes a considerar que la no continuidad de la obra**

o servicio está relacionada con la situación económico-productiva derivada del Covid-19 y, por ello, a considerar como no justificada la finalización del contrato temporal.

Esta norma que limita la posibilidad de despedir o extinguir contratos no indica cuál es la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de la misma. Siguiendo los criterios lógicos de interpretación, cabría pensar, que en caso de que un despido se considerase por los tribunales como contrario a la citada limitación, la consecuencia sería la **improcedencia del despido**. Es decir, cabría entender que el objetivo del art. 2 del RD-ley 9/2020 es establecer un desincentivo económico a los despidos por causas de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –y tal vez de algunas finalizaciones de contratos temporales–, durante la situación excepcional derivada del Covid, de suerte tal que si tales despidos o extinciones de contrato son impugnados judicialmente **verían incrementado su coste indemnizatorio** (de una indemnización de 20 días por año de servicio con un tope de 12 meses de salario –o 12 días en el caso de los contratos temporales– a otra de 33 días por años de servicio con un tope de 42 mensualidades). Sin embargo, ante la omisión del legislador a la hora de pronunciarse expresamente sobre las consecuencias del incumplimiento de la norma, no se puede descartar de forma absoluta otras interpretaciones judiciales que entiendan que cabe la calificación de nulidad del despido, lo que obligaría a readmitir al trabajador y hacer frente a los salarios de tramitación.

En el caso de los contratos temporales, hay que tener en cuenta, asimismo, lo previsto en el art. 5 del RD-ley 9/2020 que establece que cuando un trabajador con contrato temporal sea incluido en un ERTE por causas relacionadas con el Covid-19, **el cómputo de la duración del contrato temporal se verá interrumpida mientras dure la suspensión del mismo por su inclusión en el ERTE**. Quizá el ejemplo que con más facilidad se comprende la norma es el de un trabajador con contrato eventual por circunstancias de producción afectado por un ERTE de fuerza mayor y cuyo contrato fija una duración de 6 meses, habiendo transcurrido en el momento de iniciarse el ERTE 3 meses. Una vez finalice el ERTE, con independencia de su duración, al contrato le restarán todavía 3 meses de vigencia.

Finalmente, hay que tener en cuenta que, además las limitaciones señaladas respecto a la posibilidad de acometer despidos o extinciones de contratos durante

el estado de alarma, el RD-ley 8/2020 ha dispuesto también que: *“Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al **compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad.**”* (Disp. Ad 6ª). Ello afecta a los ERTES por fuerza mayor adoptados en el contexto del Covid-19, ya que los mismos están regulados en dicho RD-ley 8/2020. Posteriormente, el RD-ley 11/2020 ha introducido alguna aclaración respecto a este compromiso, señalando que el mismo *“se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo (...). En particular, **en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación**”* (Disp. Ad. 14ª). Además, la exposición de este RD-ley alude a otros supuestos en que no se entendería incumplido el compromiso; a saber: *“cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora”*.

Sin embargo, además de las dudas que pueden surgir acerca de qué despidos o extinciones de contrato comportan incumplir el compromiso, la norma no es clara tampoco respecto a otros aspectos esenciales para calibrar el alcance del compromiso exigido. De un lado, sobre los efectos del incumplimiento, pues una interpretación restrictiva podría llevar a entender que el mismo sólo implicaría tener que reintegrar las cotizaciones de las cuales se hubieran exonerado las empresas durante un ERTE por fuerza mayor, de acuerdo con la posibilidad prevista en el art. 24 RD-ley 8/2020. Sin embargo, una interpretación amplia, que no cabe descartar a la luz de la literalidad de la normativa aprobada, llevaría a entender que, en caso de incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo, **la consecuencia podría ser no sólo el reintegro de las cotizaciones sociales de cuya exoneración se hubiera beneficiado la empresa durante el ERTE por fuerza mayor, sino también el reintegro por parte de la empresa de las prestaciones de desempleo percibidas**

por los trabajadores durante el mismo.

De otro lado, tampoco resulta claro cuando empiezan a computar los **6 meses** de duración del compromiso de mantenimiento del empleo. La norma alude a “*desde la fecha de reanudación de la actividad*”, lo que se expone a diferentes lecturas, tales como, de un lado, entender que esa fecha coincide con el **momento en que se ponga fin al ERTE** por fuerza mayor, se haya levantado o no el estado de alarma; e incluso en caso de que se encadenase un ERTE por fuerza mayor con otro ERTE “productivo” por causas relacionadas también con el Covid-19, cabría considerar que hasta que no finalice este otro ERTE no se inicia el cómputo del plazo de 6 meses. Pero también cabría, alternativamente, **entender que dicha fecha coincide siempre con el fin del estado de alarma**, independientemente de las vicisitudes concretas del concreto ERTE o ERTES adoptados por una empresa.

4. ¿Qué recomendaciones y qué otras medidas de tipo laboral se pueden valorar a efectos del reinicio progresivo de la actividad?

Una primera recomendación consistiría en que, a pesar de lo que “sobre el papel” puedan implicar cada una de las fases de la “desescalada” de la actividad, deben valorarse cuidadosamente las reales necesidades de personal requeridas por cada actividad empresarial y, por tanto, **no deberían adoptarse decisiones precipitadas a la hora de comunicar el fin de un ERTE por fuerza mayor**, incorporando a los trabajadores, pues estos ERTES mantienen, como se decía, su vigencia mientras dure el estado de alarma, amén de las posibles extensiones temporales de los mismos que eventualmente puedan disponerse por nuevas normas.

Al hilo de lo anterior, una vez se tengan más datos respecto hasta cuándo se pueden mantener los ERTES por fuerza mayor derivados del Covid-19, había que **valorar cuidadosa, pero tempranamente, si la coyuntura económica y empresarial aconseja o no poner en marcha u nuevo ERTE “productivo”**, ya sea de suspensión de contratos y/o de reducciones de jornada, para adecuarse a dicha coyuntura. En caso de que estime necesarias medidas en este sentido, se trataría de **procurar encadenar el ERTE de fuerza mayor con un ERTE productivo, evitando o mitigando costes salariales improductivos** entre un ERTE y el otro.

Por lo demás, sin perjuicio de valorar en que situación

normativa queda la posibilidad de acometer despidos o extinciones de contratos de trabajo, también cabe la posibilidad de que a raíz de la reanudación de la actividad empresarial tras la finalización del ERTE se valore la **adopción de otras medidas laborales que pueden facilitar, asimismo, una reanudación de la actividad ajustada a las dificultades económicas o productivas a las que se pueda enfrentar la empresa**. En este sentido, sin ánimo exhaustivo y de forma sintética, cabría aludir a las siguientes:

- Pactar con los trabajadores el disfrute de **vacaciones** durante estos periodos de reducida actividad de la empresa (art. 38 ET).
- Pactar con los trabajadores **novaciones contractuales**, particularmente para pasar de un contrato a tiempo completo a un **contrato a tiempo parcial** (art. 12 ET).
- Adoptar una **distribución irregular del tiempo de trabajo** (art. 34 ET), para reducir ciertas horas de trabajo en las próximas semanas o meses y recuperarlas próximamente (bolsas de horas). A este respecto, caben acuerdos con los representantes de los trabajadores, pero también una cierta distribución irregular decidida unilateralmente por el empresario.
- Adoptar **modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo** (art. 41 ET); lo que, por ejemplo, puede llevar a modificar ciertas condiciones salariales o de horarios que se hubieran pactado o concedido previamente de forma individual a los trabajadores (es decir, condiciones contractuales y no previstas en convenio). Estas modificaciones, se pueden adoptar unilateralmente por el empresario, sin perjuicio de quedar expuestas a la impugnación judicial del trabajador.
- Adoptar una **inaplicación de algunas condiciones previstas en el convenio colectivo** de aplicación a la empresa (art. 82.3 ET); lo que puede implicar, por ejemplo, dejar de abonar temporalmente algunas cuantías salariales o modificar también algunos parámetros del tiempo de trabajo regulados en convenio. A este respecto, se exigen diferentes obligaciones procedimentales para intentar llegar a un acuerdo con los representantes de los trabajadores. No caben decisiones empresariales unilaterales.