

Notas sobre el RD-ley 18/2020: nuevas reglas sobre ERTES y otras medidas laborales conexas en la fase de “desescalada” de la crisis derivada del Covid-19.

Ricardo Oleart Godia

Socio Abogado de Oleart Abogados

PRINCIPALES MENSAJES/ADVERTENCIAS:

- Las empresas con ERTES por fuerza mayor pueden mantenerlos hasta el 30 de junio, si bien se establece una distinción entre fuerza mayor total y fuerza mayor parcial, no resultando del todo claro en qué medida las empresas gozan de libertad para mantenerse en fuerza mayor total o si, en caso de no transitar hacia una fuerza mayor parcial, reincorporando a personal, se exponen a posibles reclamaciones de reintegro de prestaciones de desempleo y a sanciones administrativas.
- La indefinición anterior se traslada a las exoneraciones de cotizaciones sociales vinculadas a los ERTES por fuerza mayor, que sólo se mantienen en los mismos porcentajes que se venían disfrutando para el caso de ERTES por fuerza mayor total.
- El nuevo régimen de exoneraciones implica que tan sólo con reincorporar a un trabajador del ERTE –aunque sea incluso para pasarlo a reducción de jornada- la exoneración de cotizaciones por los trabajadores que siguen incluidos en el ERTE desciende muy notablemente (del 100% al 60% o 45%). Además, no se prevé ninguna exoneración para las empresas que ponen fin al ERTE reincorporando a toda la plantilla.
- Además se pueden plantear problemas interpretativos como consecuencia de que se prevé, que las exoneraciones se tienen que solicitar por código de cuenta de cotización cuando una empresa puede haber tramitado distintos ERTES por fuerza mayor por distinta causa si bien, adscritos a un mismo código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.
- Se introducen reglas que pretenden facilitar la transición encadenada de ERTES por fuerza mayor a ERTES “productivos”, si bien se sigue manteniendo en estos últimos ERTES la prioridad negociadora de los sindicatos en detrimento de la negociación directa con los trabajadores de la empresa. Además, para estos ERTES “productivos” no se prevé ninguna exoneración de cotizaciones y a partir del 30 de junio decaerá, en principio, la protección extraordinaria en materia de desempleo de los trabajadores afectados por tales ERTES, lo que puede dificultar su negociación.
- Se aclara y matiza el alcance del “compromiso de mantenimiento del empleo” durante 6 meses, que se refiere tan sólo a trabajadores incluidos en ERTES por fuerza mayor. No obstante, el despido disciplinario no “declarado procedente” o el despido objetivo, procedente o improcedente, de cualquiera de esos trabajadores expone a la empresa al reintegro de la totalidad de las exoneraciones de cotizaciones de las que se hubiera beneficiado, más recargos e intereses de demora. Además, en caso de encadenar un ERTE por fuerza mayor y un ERTE “productivo” el plazo de 6 meses parece que no empezaría a computar hasta que se reincorporen trabajadores del ERTE “productivo”.
- La limitación de no poder despedir o extinguir contratos invocando causas económicas o productivas relacionadas con el Covid-19 se mantiene hasta el 30 de junio, se esté ejecutando o no un ERTE, exponiendo a la empresa a una mayor conflictividad judicial y a un incremento de los costes vinculados a las decisiones de ajuste de personal.

En el BOE de 13 de mayo se ha publicado el [RD-ley 18/2020](#) que, fruto del acuerdo con los agentes sociales, viene a establecer nuevas reglas relativas a los ERTES y otras materias conexas en el actual contexto de “desescalada” de la actividad derivada de la crisis del Covid-19. Los principales contenidos de esta norma, así como los comentarios que suscita la misma, son los siguientes:

1. Reglas aplicables a los ERTES por fuerza mayor ya autorizados

El art. 1 RD-Ley establece una serie de previsiones que tienen por objeto los **ERTES por fuerza mayor ya puestos en marcha por las empresas en aplicación del precedente del RD-ley 8/2020**, cuyo artículo 22 reguló específicamente las causas de estos ERTES y algunos aspectos procedimentales de los mismos. A este respecto, el RD-ley establece que estos ERTES en la actual fase de “desescalada” de la actividad **pueden quedar 2 situaciones diferentes:**

- En **fuerza mayor total**, cuando la **causas por fuerza mayor** referidas en el citado art. 22 del RD-ley 8/2020 **sigan impidiendo el reinicio de la actividad de empresarial, pero, en todo caso, como máximo hasta el 30 junio** (aunque no lo dice el precepto parece que esta es la fecha estimada de la última fase de la “desescalada”).
- En **fuerza mayor parcial**, cuando las **causas por fuerza mayor** referidas en el citado art. 22 del RD-ley 8/2020 **permitan la recuperación parcial de la actividad empresarial, pero también, en todo caso, hasta el 30 de junio de 2020.**

La Disp. Ad. 1ª del RD-ley establece que **mediante acuerdo de Consejo de Ministros se podrá establecer una prórroga de estos ERTES por fuerza mayor** –tanto totales como parciales- más allá del 30 de junio, en atención a las restricciones de la actividad vinculadas a razones sanitarias que subsistan llegada esa fecha

Pues bien, a tenor de estas previsiones, la primera cuestión que surge es si esta nueva caracterización de los ERTES por fuerza mayor ya autorizados impone efectivas y concretas obligaciones de reiniciación de la actividad a las empresas, teniendo ello consecuencias respecto a las prestaciones por desempleo vinculadas a tales ERTES. Es decir, por poner ejemplos, si de acuerdo con la ordenación de

las fases de “desescalada” de la actividad, en el caso de un pequeño comercio o de un hotel, que ya pueden abrir aunque sea con limitaciones de aforo, se debe entender necesariamente que tales actividades empresariales no pueden permanecer en fuerza mayor total y deben pasar a una situación de fuerza mayor parcial, reincorporando en mayor o menor medida a parte del personal y debiendo comunicar tal circunstancia –según se verá a continuación- al Servicio Público de Empleo (SEPE) a efectos de las prestaciones por desempleo. A favor de esta interpretación podría jugar, además de la filosofía que parece inspirar esta distinción entre fuerza mayor total y parcial, el hecho de que el propio art. 1 del RD-ley al referirse a las empresas afectadas por una fuerza mayor parcial establezca que las mismas **“deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras afectadas por medidas de regulación temporal de empleo, en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada”**. Y según el art. 1.2 del Real Decreto-Ley, tales empresas **“deberán comunicar al Servicio Público de Empleo Estatal aquellas variaciones que se refieran a la finalización de la aplicación de la medida respecto a la totalidad o a una parte de las personas afectadas, bien en el número de estas o bien en el porcentaje de actividad parcial de su jornada individual, cuando la flexibilización de las medidas de restricción que afectan a la actividad de la empresa permita la reincorporación al trabajo efectivo de aquellas”**.

Sin embargo, también caben aludir a otros elementos que pueden llevar a interpretar que una empresa puede decidir mantenerse en fuerza mayor total hasta el 30 junio, con independencia de lo que sobre el papel y sobre determinados aspectos relativos a su actividad puedan ir estableciendo las sucesivas órdenes ministeriales que regulen el proceso de “desescalada” de la actividad. De entrada, la valoración de si una empresa se encuentra en fuerza mayor total o parcial no parece que se pueda hacer siempre partiendo exclusivamente de las mayores o menores restricciones que le puedan seguir imponiendo las normas ministeriales que ordenen el proceso de “desescalada”, sino que en dicha valoración pueden influir otros factores que pueden afectar de modo más o menos intenso o particular a múltiples actividades empresariales. Así, por ejemplo, en determinados casos la fuerza mayor puede venir motivada por el hecho de que se hayan roto de ciertas cadenas de suministros o las cadenas

de contratación de servicios u obras. Y, en todo caso, con un alcance más general hay que tener presente que, cuanto a menos **a día de hoy, sigue existiendo importantes limitaciones a movilidad de las personas, tanto dentro del territorio nacional –como lo demuestra el mantenimiento del estado de alarma– como en términos de circulación de personas entre países.** Y estas circunstancias también están reflejadas en la propia caracterización que de la fuerza mayor derivada del covid-19 efectúa el art. 22 RD-ley 8/2020. Por tanto, podría ser demasiado simplista entender que, por ejemplo, dado que en la fase 1 los hoteles pueden reiniciar su actividad, aunque sea con limitaciones de aforo, tales actividades pasan inexorablemente a fuerza mayor parcial, debiendo necesariamente a “desafectar” a un mayor o menor número de trabajadores del ERTE por fuerza mayor. Por el contrario, **parecería más razonable entender que, cuanto menos hasta el 30 de junio, corresponde a los titulares de cada actividad empresarial con un ERTE por fuerza mayor constatada valorar, en atención a las múltiples y variadas circunstancias concurrentes, en qué medida mantienen sin modificación alguna el ERTE por fuerza mayor o en qué medida proceden a reincorporar en mayor o menor medida al personal incluido en el ERTE.**

Algunos otros elementos parecen que avalarían una interpretación favorable a este margen de decisión de las empresas con ERTES por fuerza mayor autorizados en el contexto del Covid-19. En este sentido, adviértase que el reciente RD-ley no ha derogado expresamente la previsión contenida en la Disp. Ad. 1ª del RD-ley 9/2020, según la cual la duración máxima de los ERTES por fuerza mayor autorizados de acuerdo con las causas del art. 22 del RD-ley 8/2020 será la del estado de alarma. Es decir, aunque ahora se entienda que en caso de que el estado de alarma se levante antes del 30 de junio, los ERTES podrán mantenerse hasta esa fecha, lo cierto es que **sigue existiendo un dato normativo que vincula la concurrencia de las causas de fuerza mayor con el estado de alarma.** Y, en esta misma línea, pero desde el punto de vista de las prestaciones por desempleo de los trabajadores incluidos en el ERTE, el SEPE ha hecho pública una información en el sentido de que su criterio es ir prorrogando 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 anterior¹. Por tanto, como se decía, las empresas ante el SEPE la única obligación que parecen asumir es la de ir comunicando las variaciones que se produzcan respecto a las prestaciones de desempleo como consecuencia de las decisiones que adopten respecto a la reincorporación de trabajadores. Y es que, por más que el reciente RD-ley quiera establecer una suerte de obligada distinción entre fuerzas mayores totales y parciales, más allá de esa obligación de comunicar las variaciones que efectivamente que se produzcan, no parece que el RD-ley otorgue ni al SEPE ni a las autoridades laborales una facultad de obligar a las empresas de modificar el estado del ERTE por fuerza mayor que están ejecutando, ya sea obligando a pasar de fuerza mayor total a fuerza mayor parcial, ya sea incorporando más o menos trabajadores o recuperando más o menos horas de trabajo en el caso de aquellas empresas que decidan que si decidan ir alterando las condiciones del ERTE previamente decididas. Repárese, asimismo, que frente a la **autoridad laboral** la única obligación expresa que impone el reciente RD-ley es de comunicar la *“renuncia total”* al expediente inicialmente autorizado y que las facultades de la autoridad laboral respecto al alcance de estos ERTES siguen siendo las que se derivan del art. 22 del RD-ley 8/2020, cuando señala que la misma *“deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa correspondiendo a ésta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada”*.

Con todo, **no puede dejar de advertirse que también cabe una interpretación diversa en la línea ya apuntada que lleve a entender que el presente RD-ley constituye base jurídica suficiente para que la Administración, mediante la actuación de la Inspección de Trabajo, pueda proceder a solicitar el reintegro de prestaciones de desempleo a empresas que entienda que las órdenes ministeriales de la “desescalada” le imponían pasar de una fuerza mayor total a una parcial.** Aunque algo forzosamente, tal vez cabría entender que en tal caso resulta aplicable el régimen sancionador y de reintegro de prestaciones previsto en la Disp. Ad. 2ª del RD-ley 9/2020, según

¹ Véase <https://www.sepe.es/HomeSepe/COVID-19/preguntas-frecuentes-empresas.html>.

la cual será sancionable *“la conducta de la empresa consistente en solicitar medidas, en relación al empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina, cuando dicha circunstancia se deduzca de las falsedades o incorrecciones en los datos facilitados por aquellas y siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas o a la aplicación de deducciones indebidas en las cuotas a la Seguridad Social”*.

Por otra parte, aunque el reciente RD-ley no regula la cuestión con demasiado detalle, del mismo se desprende que se abre una **notable flexibilidad y diferentes posibilidades a la hora de ir modulando el alcance y los efectos del ERTE por fuerza mayor** y, por tanto, ir modificando la situación de los trabajadores desde el punto de vista de sus prestaciones por desempleo. En este sentido, la **obligación que se deriva del art. 1.3 RD-ley es comunicar al SEPE “la suspensión o regularización del pago de las prestaciones”** que deriven la modificación de las condiciones del ERTE, comunicando, por ello, las correspondientes *“variaciones en los datos contenidos en la solicitud colectiva inicial de acceso a la protección por desempleo”*. Idea que se reitera posteriormente, sugiriendo una amplia flexibilidad en las modificaciones a introducir, cuando señala que las empresas deberán comunicar *“aquellas variaciones que se refieran a la finalización de la aplicación de la medida respecto a la totalidad o a una parte de las personas afectadas, bien en el número de estas o bien en el porcentaje de actividad parcial de su jornada individual”*. Por lo demás, **cuando se ponga fin por completo al ERTE por fuerza mayor** -de *“renuncia total”* al expediente autorizado habla la norma-, el RD-ley establece también la **obligación de comunicarlo a la autoridad laboral en el plazo de 15 días**. Si bien, pese a que no lo señala expresamente el RD-ley, **parece, cuanto menos conveniente, comunicar también a la autoridad laboral no sólo las renunciaciones totales sino también las variaciones introducidas en el ERTE²**.

Pues bien, de esta regulación y de algunos de las pautas y criterios dados a conocer por el propio SEPE, se desprende que, a la hora de ir incorporando a la empresa personal incluido en el ERTE caben las

siguientes posibilidades (ver más ampliamente estas [FAQS](#)).

- Cabe 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 caso de ERTES de reducción de jornada, cabría, asimismo, **introducir modificaciones en los porcentajes de reducción de jornada inicialmente decididos**.
- Cabría incluso la posibilidad de **reincorporar a los trabajadores algún día o días durante el ERTE y posteriormente volverlos a incluirlos en el mismo** (los trabajadores percibirían el salario por el día o días trabajados y posteriormente reanudan el cobro de la prestación).
- Cabría, asimismo, plantearse la posibilidad de **reincorporar a un trabajador o trabajadores que estuvieran incluidos en un ERTE por fuerza mayor de suspensión de contratos, pero sin dar por finalizado el ERTE y pasando de una suspensión de contratos a una reducción de jornada**. Es cierto que, respecto a esta posibilidad, **el SEPE ha contestado negativamente a algunas solicitudes planteadas en este sentido**, 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 que se constatase la fuerza mayor y entendiendo, por tanto, que para pasar de suspensión a reducción se debería tramitar un nuevo ERTE por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Sin embargo, este no parece ser el criterio que ha mantenido el propio Ministerio de Trabajo, a través de su **Dirección General de Trabajo** que, con fecha de 1 de mayo, ha emitido un criterio 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*

² Así parece desprenderse del hecho de sobre la autoridad laboral también pese una obligación de comunicar las decisiones de suspensión o reducción de jornada derivadas de estos procedimientos de suspensión de contrato o reducción de

jornada a la entidad gestora de las prestaciones de desempleo; comunicación que normativamente se considera esencial para considerar acreditada la situación legal de desempleo que fundamenta el pago de las prestaciones por desempleo (arts. 51.2 y 47.1 ET y 267.3 LGSS),

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". Y, en este mismo sentido, del reciente RD-ley 18/2020 también parece desprenderse que resulta posible esta transición de suspensiones de contrato a reducciones de jornada sin tener que tramitar un nuevo ERTE. El art. 1.2, cuando alude a las empresas que estén en situación de fuerza mayor parcial, que las mismas deberán reincorporar a trabajadores **"primando los ajustes en términos de reducción de jornada"**, lo que debe leerse, además, a la luz de lo reflejado en la exposición de motivos del propio RD-ley, entre cuyos objetivos se sitúa el de **"facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada"** y poner a disposición de las empresas medidas de **"carácter dinámico"** para llevar a cabo una **"desafectación"**, **"sin imponer nuevas y gravosas condiciones de procedimiento"**.

2. Nuevas reglas aplicables a las exoneraciones de cotizaciones sociales vinculadas a los ERTEs por fuerza mayor

El art. 4 del RD-ley 18/2020, partiendo de la distinción entre ERTEs por fuerza mayor total y por fuerza mayor parcial prevista en el art. 1 del propio RD-ley, establece unas nuevas reglas aplicables a las cotizaciones de las empresas afectadas por tales ERTEs. Así, para los **ERTEs por fuerza mayor total** se prevé que, durante los **meses de mayo y junio**, las empresas podrán **exonerarse de las cotizaciones empresariales correspondientes a los trabajadores incluidos en el ERTE**, en un **100%** si la empresa tiene **menos de 50 trabajadores** y en un **75%** si la empresa tiene **50 o más trabajadores**. Es decir, las mismas exoneraciones ya previstas en el art. 24 del RD-ley 8/2020.

En cuanto a las empresas que se encuentren en situación de **ERTE por fuerza mayor parcial**, se prevé

un régimen novedoso, según el cual respecto a los **trabajadores que reinicien su actividad** –hay que entender que **reanuden su relación laboral previamente suspendida por el ERTE**–, se prevé una **exoneración de cotizaciones** empresariales relativos a tales trabajadores del **85% para el mes de mayo y del 70% para el mes de junio**, en caso de empresas de **menos de 50 trabajadores**, y del **60% para mayo y el 45% para junio**, en el caso de empresas de **50 o más trabajadores**. Además, para estos ERTEs por fuerza mayor parcial, se sigue previendo una **exoneración de las cotizaciones empresariales relativas a los trabajadores que siguen incluidos en el ERTE**, si bien con unos porcentajes bastantes más reducidos, esto es; **60% para el mes de mayo y 45% para el mes de junio**, en caso de empresas de **menos de 50 trabajadores**, y **45% para mayo y el 30% para junio**, en el caso de empresas de **50 o más trabajadores**. También a este respecto, se prevé que mediante acuerdo del Consejo de Ministros se podrán prorrogar estas exoneraciones o extenderlas a los ERTEs por causas objetivas (Disp Ad. 1ª RD-ley 18/2020).

Pues bien, a pesar de la aparente simplicidad de esta regulación y de que también presumiblemente el objetivo perseguido con este nuevo régimen es introducir incentivos a la **"desafectación"** de trabajadores de los ERTEs, dicha regulación plantea algunas dudas y no resulta tan claro que a efectos del pretendido objetivo se haya regulado del mejor modo.

Adviértase, de un lado, que a tenor del art. 4.3 del RD-ley 18/2020 para poder beneficiarse de estas exoneraciones relativas a los meses de mayo y junio las empresas deberá realizar una **comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social que indique la situación de fuerza mayor total o parcial** en la que se encuentra la misma. Es decir, parece que, a diferencia del régimen aplicable hasta ahora a estas exoneraciones, el cual habría quedado circunscrito a los meses de marzo y abril –como lo evidencia la modificación del art. 24.1 del RD-ley 8/2020 por la Disp. final 1ª del RD-ley 18/2020–, con la entrada del nuevo RD-ley ya no basta con comunicar los trabajadores a los que se les aplicaría las cotizaciones, sino que al tener que comunicar también la situación de fuerza mayor o parcial **podría darse a entender que la Tesorería de la Seguridad Social decidirá aplicar o no tales exoneraciones previa valoración de si lo que concurre es efectivamente un ERTE por fuerza mayor total o parcial**. Es decir, la cuestión que,

de nuevo, se plantea aquí es si la Administración, pese a que la empresa no “desafecte” a ningún trabajador de los incluidos en el ERTE, puede considerar que ya no cabe aplicar el régimen más beneficioso de exoneración de cotizaciones empresariales previsto para la fuerza mayor total, atendiendo principalmente a lo que puedan disponer las órdenes ministeriales que vayan levantando restricciones de actividad. Es decir, **la cuestión, es si, volviendo al ejemplo de un hotel durante la fase 1, el mismo puede mantener una exoneración de cuotas del 100% o del 75%, en función del tamaño de la empresa, por todos los trabajadores incluidos en el ERTE, o si por consecuencia de haber entrado en vigor dicha fase 1, la Tesorería de la General de la Seguridad Social puede entender que ya no caben tales exoneraciones, procediendo, a lo sumo, alguna de las exoneraciones previstas para la fuerza mayor parcial, previa comunicación de la empresa interesada de los trabajadores que haya reincorporado.** Se trata de una cuestión que la norma no resuelve y que tiene su origen en la propia indefinición de la que parte el RD-ley, no determinando de modo claro y terminante qué implica para las empresas la distinción entre fuerza mayor total y parcial; lo que, a la postre, genera **bastante incertidumbre sobre alcance con el qué se puede acceder a las exoneraciones de cotizaciones vinculadas a los ERTES por fuerza mayor tras la entrada en vigor del nuevo RD-ley 18/2020.**

Por otra parte, como se apuntaba, la nueva regulación al prever **una exoneración para los trabajadores “desafectados” del ERTE que es más elevada que para los que siguen incluidos en el mismo**, parece querer estimular económicamente la incorporación de trabajadores a la actividad. Sin embargo, si se desciende a algunos detalles de la regulación y se plantean algunas hipótesis, la conclusión puede ser que **el régimen previsto quizá no sea tan incentivador y que el apoyo económico a la actividad económica, en el grave contexto de incertidumbre actual, puede ser calificado como bastante exiguo.** A este respecto, adviértase, por un lado, que si, como antes se apuntaba, unos de los objetivos del RD-ley parece que es facilitar el tránsito de suspensiones de contratos a reducciones de jornada, **la nueva exoneración prevista para los trabajadores “desafectados” del ERTE se aplica no sobre el total de cotización sino sólo sobre “porcentajes de jornada trabajados”, lo que no parece más apropiado si de verdad se quiere**

estimular el tránsito de suspensiones de contratos a reducciones de jornada.

De otro lado, nótese que, a tenor de la regulación establecida, **bastaría con comunicar que se ha “desafectado” a un trabajador** o un porcentaje más bien reducido de trabajadores dentro del conjunto de los incluidos en el ERTE, para que se entienda que se está en fuerza mayor parcial y, por tanto, a **partir de ese mismo momento respecto al conjunto más amplio de trabajadores que siguen afectados por el ERTE se producirá un descenso muy significativo de las exoneraciones**, que en caso de las empresas de menores dimensiones pasaría de un 100% a un 60% - en mayo- y un 45% -en junio-. No parece, en efecto, que ello resulte lo más apropiado si lo que se pretende con estas medidas es, según la exposición de motivos del RD-ley, una transición *“adecuada que posibilite la recuperación gradual de la actividad empresarial”*. **La situación puede resultar todavía más gravosa si no se hace una interpretación que matice lo previsto en el art. 4.3. del RD-ley, a cuyo tenor las exoneraciones se aplicarán “por cada código de cuenta de cotización”,** debiéndose advertir que estos códigos son de base provincial, de modo que todos los trabajadores de una misma empresa, se dediquen a una misma o diferente actividad o pertenezcan a un mismo o a diferente centro de trabajo, pertenecen al mismo código. En cambio, puede ser relativamente frecuente que las empresas hayan presentado para sus diferentes actividades y/o centros diversos ERTES por fuerza mayor en atención a la causa concreta que los pudiera haber motivado, de modo tal que **no tendría sentido que como consecuencia de haber “desafectado” a trabajadores de un ERTE se entendiera que todos los ERTES de la misma empresa, que afectasen a otros trabajadores incluidos en el mismo código de cuenta de cotización, han pasado a fuerza mayor parcial y, por tanto, sólo pueden beneficiarse de las exoneraciones más reducidas previstas para estos casos.**

En fin, no deja de llamar la atención que una norma que pretende estimular el reinicio de la actividad empresarial no prevea ninguna exoneración de cotizaciones para aquellas empresas que deciden renunciar por completo al ERTE por fuerza mayor, cuanto menos, durante el lapso de tiempo que se estima que va a durar el proceso de “desescalada” y de mantenimiento de ciertas restricciones a la movilidad y durante el cual existe, como es obvio, la demanda y la actividad empresarial no va a resultar

en modo alguno comparable a la situación previa a la crisis generada por el Covid-19. Del mismo modo, también llama la atención el hecho de que **no se prevé ninguna exoneración de cotizaciones para los ERTES “productivos”**, los cuales, como a continuación se verá, también aparecen regulados en el presente RD-ley, considerándose, por tanto, un mecanismo relevante en el proceso de “desescalada”.

Una última cuestión que debe ser subrayada es la relativa a los efectos temporales de estas nuevas reglas en esta materia de exoneraciones. Y es que, aunque el RD-ley prevé que las mismas surten efectos respecto a las cotizaciones relativas a los meses de mayo y junio, debe advertirse que la norma entra en vigor transcurridos ya unos días del mes de mayo –el RD-ley entra en vigor el día de su publicación; esto es, 13 de mayo- y que, a su vez, el RD-ley no contiene ninguna disposición transitoria que aclare nada respecto a este periodo transcurrido del mes de mayo. Por ello, para ser respetuosos el principio general de **irretroactividad de las normas** (art. 2.3 Código Civil y 9.3 de la Constitución), habrá que entender que, **en cuanto las cotizaciones correspondientes hasta el día 12 de mayo, las empresas, con independencia de las modulaciones que hayan podido introducir hasta ese momento en los efectos del ERTE, mantienen exactamente la misma exoneración que les correspondería de acuerdo con las previsiones del art. 24 RD-ley 8/2020** -esto es, del 100% o del 75%, en función del número de trabajadores de la empresa-, respecto a todos y cada uno de los trabajadores incluidos en el ERTE por **fuerza mayor**-. Es decir, sólo en cuanto a la parte proporcional a las cotizaciones devengadas a partir del día 13 mayo cabe entender que resultan eventualmente aplicables otros porcentajes de exoneración diferentes –o incluso ninguna exoneración, según la posible interpretación que se haga- en atención a la nueva regulación establecida en el RD-ley 18/2020.

3. Reglas aplicables a los ERTES “productivos” que se pongan en marcha tras la entrada en vigor del RD-ley 18/2020.

El art. 2 del RD-ley 18/2020 prevé una serie de reglas aplicables a los ERTES –ya sean de suspensión de contratos o de reducción de jornada- por **causas, económicas, técnicas, organizativas o de producción que se pongan en marcha tras la entrada en vigor del RD-ley (13 de mayo) y hasta el 30 de junio de 2020.**

Antes de reseñar tales reglas, conviene destacar dos aspectos. De un lado, que la norma alude a estos ERTES sin incluir, a diferencia de RD-leyes precedentes, ninguna precisión que los vincule con el Covid-19. Es decir, aunque esta vinculación es más que probable, estaríamos **ante unas reglas que se aplican a todos estos ERTES, más allá de su mayor o menor conexión con la situación económico-productiva derivada de la crisis del Covid-19.** De otro lado, se ha optado en este comentario en hacer referencia a los ERTES que se pongan en marcha a partir del 13 mayo, dado que el RD-ley incurre en una cierta indefinición, pues, por un lado, el título del art. 2 alude a procedimientos “comunicados a partir del confinamiento”, mientras que en su articulado se alude más bien a procedimientos “iniciados”. Cabe entender, con todo, que **para alguna de las reglas que a continuación se reseñarán lo relevante no es momento en que se haya iniciado el procedimiento de ERTE, a través de su comunicación inicial e inicio del procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores, sino el momento en que se empiecen a ejecutar las medidas de suspensión o reducción resultantes del procedimiento.** Las reglas particulares aplicables a estos ERTES, según lo dispuesto en el citado art. 2 del RD-ley 8/2020, son:

- Se mantienen las reglas ya previstas en el art. 23 del RD-ley 8/2020 para estos ERTES, que implican fundamentalmente: 1) **en caso de que en la empresa no exista representantes de los trabajadores, se otorga preferencia para negociar a los sindicatos más representativos y representativos del convenio del sector** frente a la posible comisión ad hoc constituido por los propios trabajadores de la empresa 2) En cualquier caso, la comisión negociadora se debe constituir dentro del plazo máximo de 5 días y el periodo de consultas tendrá una duración máxima de 7 días. Es decir, **el procedimiento podrá durar un total de un máximo de 12 días**; 3) **La solicitud de informe a la Inspección de Trabajo por parte de la autoridad laboral una vez comunicado el ERTE es potestativa.**
- **La tramitación de estos ERTES “productivos” podrá iniciarse mientras esté vigente un ERTE por fuerza mayor derivado del Covid-19.** Con ello, se desautoriza el criterio mantenido por algunas representaciones sindicales que entendían –sin fundamento normativo claro- que mientras se mantuviese la ejecución de un ERTE la empresa

no podía iniciar la comunicación e iniciación de otro ERTE sucesivo. Con esta aclaración del RD-ley, y sobre todo con la regla que a continuación se reseñará, lo que se pretende es **facilitar la transición encadenada de unos ERTES a otros, evitando se produzcan situaciones en que los trabajadores dejen estar en situación legal de desempleo y las empresas tengan que asumir costes laborales improductivos.**

- En efecto, según el art. 2.3 del RD-ley 8/2020 cuando el ERTE “productivo” se inicie tras un ERTE por fuerza mayor derivado del Covid-19, la fecha de efectos del ERTE “productivo” se retrotraerá a la fecha de finalización de aquel otro. Con ello, a partir de la entrada en vigor del RD-ley 18/2020, se modifica la regla prevista en la Disp. Ad. 3ª.2 del RD-ley 9/2020, según la cual en los ERTES “productivos” la fecha de efectos de la situación legal de desempleo habrá de ser, en todo caso, coincidente o posterior a la fecha en que la empresa comunique a la autoridad laboral la decisión adoptada, esto es, una vez concluido todo el procedimiento de consultas. En cambio, ahora **es posible pasar de un ERTE por fuerza mayor a un ERTE productivo, sin que en ningún momento los trabajadores pierdan el derecho a percibir las correspondientes prestaciones por desempleo.** Por lo demás, parece razonable entender que esta regla se aplica tanto a los ERTES cuyo procedimiento se hubiera iniciado antes o después de la entrada en vigor del RD-ley 18/2020, siendo lo relevante que la efectiva ejecución o puesta en marcha del ERTE productivo produzca una vez producida dicha entrada en vigor (piénsese en los ERTES “productivos” cuya negociación se ha iniciado unos pocos días antes a la publicación del RD-ley 18/2020).

Por lo demás, el art. 2.4 RD-ley 18/2020 contiene una previsión relativa a los ERTES “productivos” que ya se estuvieran ejecutando en estos momentos, señalando que los mismos seguirán ejecutándose “en los términos previstos en la comunicación final de la empresa y hasta el término referido en la misma”. Es decir, la intención de esta norma parece que es aclarar que la fecha del 30 de junio prevista como límite para los ERTES por fuerza mayor no resulta aplicable a los ERTES productivos, aunque sus causas guarden relación con el Covid-19.

4. Aclaración del alcance y efectos de la cláusula de mantenimiento del empleo

La Disp. Ad. 6ª del RD-ley 8/2020 estableció la denominada “*salvaguarda del empleo*”, a cuyo tenor las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el citado RD-ley, entre las que se encuentran tanto los ERTES por fuerza mayor como los ERTES “productivos” y medidas de desempleo y exoneración de cotizaciones vinculadas a los mismos, quedan “*sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad*”. Aunque alguna norma posterior ha introducido algún añadido al respecto, lo cierto es que esta disposición, tan deficiente desde el punto de vista técnico, estaba dando lugar a una enorme incertidumbre jurídica, en cuanto al alcance del compromiso establecido y los eventuales efectos de su incumplimiento; incertidumbre que, al menos en parte, ha venido a ser colmada tras las modificaciones introducidas en la citada Disp. Ad. 6ª por la Disp. final.3 del más reciente RD-ley 18/2020. Así, de conformidad con la nueva regulación, cabe destacar los siguientes aspectos:

- Se aclara que el compromiso tan sólo afecta a los ERTES por fuerza mayor derivados del Covid-19 que, además, hayan comportado la exoneración de cotizaciones de cuotas a la Seguridad Social. Es decir, el compromiso no afecta a los ERTES “productivos” aunque se hayan acordado en causas relacionadas con el Covid-19, quedando también ahora claro que, ya sea en el caso de ERTES por fuerza mayor o “productivos”, **el incumplimiento del compromiso no comportará la obligación de reintegrar las prestaciones de desempleo** percibidas por los trabajadores afectados por el ERTE. Eso sí, lo que se establece expresamente es que el incumplimiento comportará el deber de reintegrar “*la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes*”.
- Por otra parte, también se clarifica que **el compromiso se circunscribe a los trabajadores que hubieran estado incluidos en tales ERTES por fuerza mayor**, cuyo despido o extinción del contrato implicará el incumplimiento de tal compromiso. No obstante, a tenor de la vigente redacción normativa de la citada Disp. Ad 6ª, no se considerará incumplido el compromiso

cuando el contrato de trabajo se extinga por **despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora**, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando éste no suponga un despido sino una interrupción del mismo. Por su parte, 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**.

A tenor de esta regulación, hay que entender que, por el contrario, **sí que comportarán el incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo**, los despidos disciplinarios, que afecten a trabajadores que hubieran estado incluidos en ERTES por fuerza mayor, y sean **improcedentes, ya sea por así haberlo reconocido el empresario o por haber sido calificado como tal judicialmente**. La duda es si el **despido disciplinario no impugnado judicialmente se asimila o al no “declarado procedente”** y computa o no a efectos del mantenimiento. Por su parte, **todos los despidos colectivos u objetivos, con independencia de que su concurriese o no causa justificativa para los mismos y de que hayan sido o no impugnados judicialmente, implicarían el incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empresario**. En este último sentido, llama sobre todo la atención que, cuanto menos, los despidos objetivos individuales no impugnados o declarados como procedentes no hayan sido también excluidos a efectos del compromiso, pues con ello se está restringiendo desmesuradamente las posibilidades de ajuste de buena parte de las pequeñas y micro empresas que en el contexto de esta crisis se han visto abocadas, sin alternativa alguna, a un ERTE por fuerza mayor para intentar garantizar su supervivencia.

- El cómputo del plazo de 6 meses de duración del compromiso se iniciará a partir del momento en que la empresa introduzca modificaciones en las condiciones del ERTE por fuerza mayor que viniera aplicando, aunque sea a través de una

reincorporación de parte de la plantilla o mediante el paso de suspensiones de contratos a reducciones de jornada. Debe advertirse, no obstante, que **si se encadena un ERTE por fuerza mayor con un ERTE “productivo” sin reincorporar a ningún trabajador parece que el cómputo del periodo de 6 meses no se iniciaría hasta que se reincorpore a algún trabajador del ERTE “productivo”**.

- Se mantiene, por otra parte, una especificación introducida por modificaciones normativas anteriores, según la cual el compromiso de mantenimiento de empleo **se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores**, teniendo en cuenta las **especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo**. Tras la regulación más completa prevista ahora en relación con este compromiso, ya no parece tener demasiado sentido esta previsión tan abierta, que lo único que puede dar lugar es a que la Administración introduzca elementos excesivamente discrecionales en la valoración del cumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo.
 - **No resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo** en aquellas empresas en las que concurra un **riesgo de concurso de acreedores** en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, Concursal, que, a su vez, se remite a su art. 2.4, en el que se regula la posibilidad de que la **declaración del concurso sea presentada por un acreedor** basada en diferentes posibles hechos (imposibilidad de ejecución por falta de bienes embargables, sobreseimiento general del pago corriente de obligaciones, incumplimiento generalizado durante 3 meses de deudas tributarias, de Seguridad Social o de obligaciones laborales, existencia de otros embargos que afecten de modo general al patrimonio del deudor o alzamiento o liquidación apresurada por parte del deudor).
5. Extensión temporal de otras medidas laborales previamente aprobadas en el contexto de la crisis del Covid-19 (protección por desempleo, limitación de despedir y suspensión de contratos temporales afectados por ERTES).

El RD-ley 18/2020 contiene reglas que afectan a otras medidas que han sido aprobadas por RD-leyes precedentes en el contexto del Covid-19. Respecto a estas otras medidas, siguiendo en cierta lógica lo previsto para los ERTES, lo que se hace es concretar su aplicación temporal. Así:

- El art. 25 del RD-ley 8/2020 estableció unas medidas extraordinarias en materia de **prestaciones de desempleo** dirigidas a garantizar o incrementar la protección de los trabajadores **afectados por ERTES por fuerza mayor o productivos relacionados con el Covid-19**, consistentes fundamentalmente en: 1) **Permitir el acceso a la prestación** contributiva de desempleo, **aunque no se tenga cotizado el periodo mínimo** que exige la normativa. 2) **El periodo de la prestación de desempleo consumido durante estos ERTES no se computará a efectos de futuras prestaciones por desempleo**. Es decir, lo que ahora se percibir de desempleo no limita el tiempo que se puede percibir en el futuro en caso de volver a quedar desempleado. Estas medidas tenían, en principio, limitada su vigencia a lo que pudiera extenderse el estado de alarma. Ahora, tras el RD-ley 18/2020 (art. 3), abstracción hecha de lo que ocurra con el estado de alarma, se prevé que estas medidas resultarán **aplicables hasta el 30 de junio de 2020**, sin perjuicio de posibles prórrogas acordadas por el Consejo de Ministros. Nótese que **la concreción temporal de estas medidas puede ser especialmente relevante respecto a los ERTES “productivos”**, pues éstos, a diferencia de los de por fuerza mayor, no tienen limitada su duración y, además, es más que probable que en los próximos meses se sigan poniendo en marcha un buen número de ERTES “productivos” relacionados con la crisis originada por el Covid-19. Pues bien, llegado, en principio, el 30 de junio, ya no será posible beneficiarse de tales medidas en materia de desempleo, lo que puede, sin duda, causar cierta **desprotección a los trabajadores** afectados por tales ERTES “productivos” y **dificultar los procesos de negociación de nuevos ERTES** de este tipo.

En cambio, las medidas adoptadas en esta misma línea para garantizar la protección por desempleo de **los trabajadores fijos discontinuos** (art. 25.6 RD-ley 8/2020), cuya relación laboral se hubiera visto suspendida o no reiniciada como

consecuencia del Covid-19, se extienden **hasta 31 de diciembre de 2020**.

- Por otra parte, la Disp. final 2ª del RD-ley 18/2020 también **extiende hasta el 30 de junio de 2020** la vigencia de la regla contenida en el art. 2 del RD-ley 8/2020, según la cual las empresas, estén o no aplicando o no un ERTE, **no pueden justificar despidos ni extinciones de contratos temporales invocando causas relacionadas con el Covid-19 que sirven de fundamento para los ERTES**. Es decir, una regla que expone a diversas formas de extinción de la relación laboral (en particular, despidos colectivos o individuales por causas objetivas o extinciones de contratos por finalización de obra o servicio) a un **alto riesgo de impugnación y de calificación judicial desde la perspectiva de su conexión con la disminución de la actividad económica y/o productiva derivada del Covid-19, elevando los costes indemnizatorios**, o incluso exponiendo a la empresa a una declaración de despido nulo con obligación de readmisión y abono de los salarios de tramitación. Si en un primer momento quizá pudo estar, en cierta medida, justificada una limitación en este sentido, para vedar la alternativa entre ERTES y despidos, no parece que seguir manteniendo esta limitación, durante el proceso de “desescalada”, ayude demasiado a dar certidumbre a las empresas y a contribuir a que las mismas puedan intentar garantizar su competitividad y el mantenimiento del empleo a corto y medio plazo.
- Finalmente, la citada Disp. Final 2ª extiende, asimismo, **hasta 30 de junio** lo previsto en el art. 5 del RD 8/2020. Este precepto dispone que cuando un trabajador con contrato temporal sea incluido en un ERTE por fuerza mayor o “productivo” 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**. Para los ERTES por fuerza mayor, la nueva duración de esta medida no parece tener demasiada relevancia, dada la coincidencia de la fecha de vigencia de ambas medidas, pero sí, en cambio, en los **ERTES “productivos”**, toda vez que estos ERTES se pueden extender más allá de 30 de junio, por lo que a partir de esta fecha se podrá reiniciar el cómputo de duración del contrato y extinguirlo válido llegado su término

final, incluso aun cuando siga ejecutándose el ERTE.

6. Limitaciones relacionadas con la transparencia fiscal y el reparto dividendos.

El art. 5 RD-ley 18/2020 también contiene unas disposiciones que pretenden condicionar a las a las empresas que recurran a ERTES por fuerza mayor relacionados con el Covid-19 desde el punto de vista de su política fiscal y de reparto de beneficios. En este sentido, se establecen una serie de limitaciones que, sin embargo, tienen una buena dosis de retórica y que, en términos generales, no parecen de fáciles de control en cuanto a su cumplimiento. Tales reglas son:

- Las empresas que tengan su **domicilio fiscal** en países o territorios calificados como **paraísos fiscales** conforme a la normativa vigente **no podrán ejecutar ERTES por fuerza mayor** relacionados con el Covid-19.
- Las empresas que ejecuten ERTES por fuerza mayor relacionados con el Covid-19 y que utilicen los recursos públicos destinados a los mismos **no podrán proceder al reparto de dividendos** correspondientes al ejercicio fiscal en que ejecuten tales ERTES, excepto si abonan previamente el importe correspondiente a la exoneración aplicada a las cuotas de la seguridad social. Esta limitación de repartir dividendos no será de aplicación para aquellas empresas que, a fecha de 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de 50 trabajadores.