



ANTRÀS
ABOGADOS ASOCIADOS

Desde 1940



MAYO 2020

NEWSLETTER

INFORMACIONES LABORALES

Mayo 2020



Desde 1940



ERTES: de la fuerza mayor total, a la parcial y al ERTE por causas objetivas o empresariales.

La irrupción de la pandemia generada por la COVID-19 ha supuesto una utilización masiva de la figura de la suspensión del trabajo por causa de fuerza mayor. El Gobierno, con el objetivo de amortiguar la situación generada, enseguida dictó disposiciones específicas que no sólo facilitaban la utilización de esta figura, sino que la incentivaron. Así, el [Real Decreto-ley 8/2020](#), de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 simplificó y, sobretudo, “bonificó” su utilización. De esta forma, en primer lugar, se efectuó una regulación del supuesto de hecho “a la medida” de la situación generada, en la que se daba cabida tanto a las situaciones de fuerza mayor por actos de autoridad (*“tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público”*), a la fuerza mayor con origen sanitario (*“situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria”*), como sobretudo, lo que se puede calificar como una fuerza mayor indirecta referida a las restricciones en *“la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad”*. La norma, adicionalmente, “simplificó” y agilizó su tramitación al establecer como potestativo el informe de la Inspección de Trabajo y, sobretudo, estableció una exoneración en el pago de cotizaciones empresariales a la SS y de las cuotas por conceptos de recaudación

conjunta (desempleo, formación profesional y fondo de garantía salarial) durante la situación de suspensión o reducción por fuerza mayor. Una exoneración que inicialmente fue del 100% si la empresa, a 29 de febrero de 2020, tenía menos de 50 trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social y del 75% si tenía 50 o más trabajadores.

El ERTE como instrumento de gestión de la crisis generada por la COVID-19 se trató de impulsar a través de dos vías adicionales:

- estableciendo la imposibilidad de utilizar como causas justificativas para la extinción de contratos ni para despidos, la fuerza mayor ni las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción vinculadas a la COVID-19 (art. 2 de la misma norma). Una limitación que, no obstante, a la espera de pronunciamientos judiciales al respecto, parecería, conforme el parecer de la doctrina mayoritaria, determinar la improcedencia del despido y no su nulidad;
- la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales incluidos en los ERTES, no así el de aquellos que quedasen fuera de los ERTES (art. 5 del [Real Decreto-ley 9/2020](#), de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados de la COVID-19).



La apuesta por el ERTE y sobretodo por el ERTE de fuerza mayor como medida de gestión inicial de la crisis ha sido seguida por las empresas. Según los datos facilitados por el Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, José Luis Escrivá Belmonte, el pasado 5 de mayo, en sólo dos meses, el número de ERTES por fuerza mayor se ha elevado hasta los 530.000 afectando a más de 3,1 millones de trabajadores (frente a los 1.504 trabajadores afectados en 2019 o los 483.313 de 2012, año que hasta ahora tenía el récord).

Ha de advertirse, no obstante, que la situación de fuerza mayor requiere que objetivamente se produzca el hecho causante que determina esa situación, la fuerza mayor por acto de autoridad, por razones sanitarias o indirecta de la que hemos hablado en el inicio de este comentario y que, obviamente, la empresa suspenda o reduzca la actividad de sus trabajadores. Una situación que podrá ser verificada por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

La utilización del ERTE por fuerza mayor estuvo inicialmente supeditada, conforme la disp. adic. primera del RD-ley 9/2020, a la duración del estado de alarma y sus posibles prórrogas. Una limitación insuficiente, por la extensión de los efectos de la crisis, e indeterminada, por la ausencia de previsiones que garantizasen la extensión y la propia existencia del estado de alarma. El reciente [Real Decreto-ley 18/2020](#), de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo corrige parcialmente esta situación al desvincular la duración del ERTE por fuerza mayor del estado de alarma y permite su subsistencia, siempre que concurren las causas justificativas, hasta el 30 de junio de 2020.

El RD-ley 18/2020 además de desconectar el ERTE por fuerza mayor de la declaración de estado de alarma, procedió a distinguir dos subtipos: **el ERTE por fuerza mayor total (FMT) y el ERTE por fuerza mayor parcial (FMP)** con el objetivo de potenciar una recuperación de la actividad en los sectores que aún continuaban afectados por limitaciones

derivadas de las medidas de contención y confinamiento.

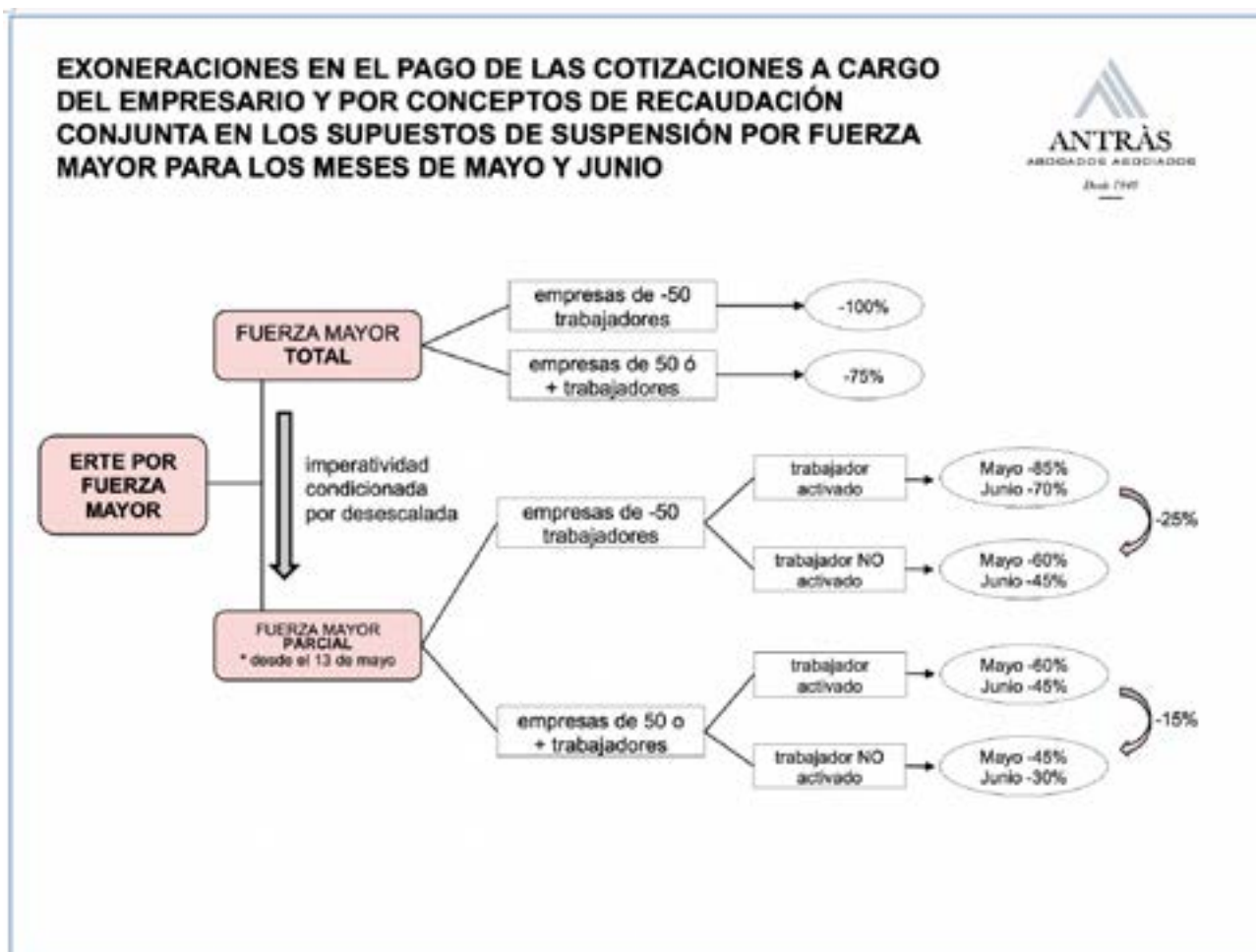
La aplicación del RD-ley 18/2020 y la delimitación de las figuras de la FM total y parcial plantean numerosas dudas derivadas principalmente del carácter imperativo o facultativo del tránsito de una situación a otra, de la diversa proyección que pueden tener las fases de desescalada sobre la actividad de la empresa cuando tiene centros de trabajo diversos o líneas de actividad claramente diferenciadas. Así, aunque la norma parece imponer de forma imperativa la FMP cuando el proceso de desescalada permita la recuperación parcial de la actividad (*“Se encontrarán en situación de fuerza mayor parcial derivada del COVID-19, aquellas empresas y entidades que cuenten con un expediente de regulación temporal de empleo autorizado en base al artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, desde el momento en el que las causas reflejadas en dicho precepto permitan la recuperación parcial de su actividad, hasta el 30 de junio de 2020.. Estas empresas y entidades 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”*) no es menos cierto que los términos en que ello se concretará constituyen un juicio de oportunidad empresarial (*“en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad”*), y que no debiera ser objeto de un tratamiento global cuando las fases de desescalada tampoco son únicas e uniformes y que la superación de la fuerza mayor por acto de autoridad (como consecuencia del proceso de desescalada) no impide que pueda plantearse un nuevo expediente basado en otra causa de fuerza mayor, por ejemplo, derivada de las restricciones en *“la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad”*.

La opción por continuar en un expediente por FM total o parcial no es una cuestión meramente conceptual por cuanto tiene importantes repercusiones en materia de cotización que podrán ser verificadas por la Inspección de Trabajo.



A partir de la entrada en vigor del RD-Ley 18/2020, de 13 de mayo de 2020, las exoneraciones de mayo (desde el 13) y junio de 2020 se aplican en los porcentajes establecidos por la norma, tanto respecto a los trabajadores que sigan afectados por el ERTE, como respecto a los que sean desafectados por la reanudación

de la actividad, ya sea total o parcialmente (esto es, aunque se pase de una suspensión de contrato a una reducción de jornada, o cuando se disminuya el porcentaje inicial de reducción de jornada) en las siguientes cuantías (puede consultar una explicación más detallada en nuestra [nota informativa de 13-mayo](#)):



¿Y cuál es el escenario una vez superado el 30 de junio o la eventual prórroga que se pueda acordar por el Gobierno, en virtud de la DA 1ª.1 del RDL 18/2020, si se mantienen “restricciones de la actividad vinculadas a razones sanitarias”?

En este escenario resulta prioritario tener en consideración 5 aspectos clave:

1) Finaliza el plazo de vigencia de los ERTES por fuerza mayor derivada de

la COVID-19 salvo que, conforme la DA 1ª del RD-ley 18/2020 el Consejo de ministros decida su prórroga “en atención a las restricciones de la actividad vinculadas a razones sanitarias que subsistan” en esa fecha. Si no se produce esa prórroga deberá tramitarse un nuevo ERTE por FM en el que la exoneración de las cotizaciones no está prevista automáticamente por ley o acudir a un ERTE por causas objetivas o empresariales.

2) La posibilidad de acudir a un ERTE



por causas objetivas o empresariales (por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ETOP).

Aunque la posibilidad de acudir a un ERTE por causas ETOP con singularidades ya estaba prevista en el RD-ley 8/2020, el RD-ley 18/2020 prevé que las especialidades previstas en aquél se continúen aplicando en los procedimientos que se inicien a partir de su entrada en vigor y hasta el 30 de junio. De esta forma, los expedientes que se inicien a partir del 13 de mayo, también los que ya hubieron iniciado antes con causa en la COVID-19, se beneficiarán del acortamiento en el periodo de constitución de la comisión negociadora (de 7 o 15 días a 5 días), de la duración máxima de la consulta (de 15 a 7 días) y de la posibilidad de negociar con sindicatos cuando se careciese de representación legal en la empresa.

Para facilitar la concatenación entre ERTES por FM y por causas objetivas se prevé que la tramitación de éstos pueda iniciarse, aunque esté vigente un ERTE por FM y que su fecha de efectos se retrotraiga a la fecha de finalización de aquél.

Conviene tener presente que, aunque hasta el momento, los ERTES por causas objetivas carecen de cualquier bonificación o exoneración en materia de cotizaciones, el RD-ley 18/2020 prevé que el Consejo de ministros pueda aplicar algún tipo de exoneración a este tipo de expedientes. Una opción que no está descartada como vía para intentar evitar o reducir los ERES extintivos.

3) A partir del 30 de junio se reanuda la interrupción del cómputo de la duración de los contratos temporales que hubieran sido suspendidos por FM o por causas objetivas vinculadas al COVID-19.

4) A partir del 30 de junio finaliza la “prohibición” o, mejor, la imposibilidad

de justificar un despido por causas vinculadas a la COVID-19, no obstante, la posibilidad de despedir por causas ETOP o por FM tras el 30 de junio, encuentra dos importantes condicionantes:

- si el trabajador todavía está afectado por un ERTE, dado que la finalidad de éste es superar una situación que se caracteriza por su temporalidad o coyunturalidad, los Tribunales consideran que la causa extintiva ha de ser distinta a la que se utilizó para justificar la suspensión o bien acreditar que se ha producido un cambio relevante y sustancial en la causa previamente invocada del que se infiera que ya no estamos ante una situación coyuntural.

- la denominada cláusula de salvaguarda.

5) La aplicación de la cláusula de salvaguarda del empleo prevista en la DA 6ª del RD-ley 8/2020 y reformada por el RD-ley 18/2020. El disfrute de las exoneraciones previstas en los ERTES, ya sea por fuerza mayor total o parcial derivada de la COVID-19 queda condicionado, en virtud de esta cláusula, al compromiso empresarial de mantener el empleo durante un plazo de 6 meses, so pena de *“reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes”*. Aunque nos encontramos aún, a pesar de su reforma, con una norma con importantes interrogantes que deberán ser resueltos por los Tribunales, resulta claro que determinadas extinciones o despidos que se produzcan en los 6 meses siguientes a la reincorporación de personas afectadas por un ERTE de FM, si afectan a personas trabajadoras que fueron incluidas en ese tipo de ERTE, podrán determinar la pérdida de las exoneraciones practicadas. Debe tenerse en consideración que la cláusula de salvaguarda no se entiende incumplida cuando al ERTE por fuerza mayor le sucede un ERTE por causas



objetivas o cuando se adoptan otro tipo de medidas de flexibilidad interna. Una medida que constituye otra medida por la que el legislador pretende potenciar la flexibilidad interna, en contraposición a la flexibilidad de salida, como mecanismo de superación de la crisis generada por la COVID-19. Puede consultar una explicación más detallada de esta cláusula en nuestra [nota informativa de 13-mayo](#).

En este sentido, si se apuesta por las medidas de flexibilidad interna o por la construcción de

un mercado de trabajo con “flexiguridad”, sería muy conveniente, entre otras medidas posibles, en primer lugar, prorrogar los ERTES de fuerza mayor y sus exenciones, al menos en los sectores en los que el efecto de las medidas de contención se extienda más allá del 30 de junio; en segundo lugar, aplicar algún tipo de exención en los ERTES por causas objetivas y, por último, extender, siquiera temporalmente, también más allá del 30 de junio, la reposición de las prestaciones de desempleo de los trabajadores afectados por ERTES por causas vinculadas a la COVID-19.