

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO TRAS EL REAL DECRETO-LEY 18/2020



El 13 de mayo entró en vigor el [Real Decreto-ley 18/2020](#), de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, cuyo objetivo es regular las condiciones de aplicación de los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) por fuerza mayor derivada del COVID-19 hasta el 30 de junio e incluso sentar las bases de las medidas a adoptar con posterioridad. Desgraciadamente, tenemos que adelantar que, como en el caso de otros Reales Decretos-ley promulgados durante el estado de alarma nos encontramos ante una norma confusa, que modifica con carácter retroactivo algunas de las disposiciones que regulaban los ERTE y que genera una notable inseguridad jurídica.

A continuación presentamos, en primer lugar, un resumen de su contenido y, más adelante, en la valoración crítica final, examinaremos algunos de los problemas que puede plantear. Quienes estén interesados simplemente en tener una visión general del Real Decreto-ley 18/2020 pueden omitir la lectura del último apartado y contactar con nosotros para aclarar cualquier duda que puedan tener.

1. Extensión de la duración de los ERTE y fecha de finalización:

Como ya han adelantado los medios de comunicación, el Real Decreto-ley pretende desvincular los ERTE por fuerza mayor del estado de alarma y, así, estipula que los expedientes finalizarán el 30 de junio. Ese día cesarán las exoneraciones de cuotas de Seguridad Social y el 1 de julio todos los trabajadores tendrán que reincorporarse a su puesto de trabajo o recuperar su jornada habitual, salvo que el Gobierno decida acordar una prórroga, lo que podría hacer si razones sanitarias impidiesen desarrollar algunas actividades.

2. ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción:

En el caso de que, llegado el 30 de junio, el gobierno no acuerde una prórroga, las empresas que no tengan demanda de sus productos o servicios tendrán que recurrir a tramitar un nuevo expediente de suspensión de contrato o reducción de jornada, este ya por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción (conocidas por el acrónimo ETOP) y, en principio, sin exoneración alguna de cuotas de Seguridad Social (aunque la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley permite introducirlas por acuerdo del Consejo de Ministros).

El artículo 2 del Real Decreto-ley estipula que estos ERTE ETOP se tramitarán obligatoriamente por el procedimiento especial regulado en el artículo 23 del [Real Decreto-ley 8/2020](#), de 17 de marzo, el cual presenta, básicamente, dos particularidades con respecto al procedimiento ordinario de suspensión o reducción*:

* Regulado en el artículo 47 del [Estatuto de los Trabajadores](#) y en el [Real Decreto 1483/2012](#), de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

1º) La duración máxima del periodo de consultas o negociación con la representación de los trabajadores es más breve, siete días en lugar de quince.

2º) Si no existe representación legal de los trabajadores en la empresa será necesario negociar con una comisión formada por los sindicatos representativos del sector; solo en caso de que, convocados los sindicatos, no comparezcan, podrán negociarse las condiciones del ERTE con la comisión que constituyan los propios trabajadores.

La tramitación de estos expedientes puede iniciarse mientras aún está vigente en la empresa un ERTE por fuerza mayor o con posterioridad, en cuyo caso la fecha de efectos del ERTE por causas objetivas se retrotraerá a la fecha de finalización del anterior.

3. Fuerza mayor total y parcial:

El artículo 1 del Real Decreto-ley, distingue entre fuerza mayor total y parcial. Se encuentran en situación de fuerza mayor total las empresas que no pueden ejercer su actividad (por ejemplo, hasta la tercera fase del plan de desescalada, discotecas). Y están en situación de fuerza mayor parcial las empresas que, por la “*la flexibilización de las medidas de restricción*” de su actividad, pueden ir desafectando trabajadores del ERTE y reincorporándolos a sus puestos de trabajo. Es decir, el Real Decreto-ley permite ajustar los ERTE al levantamiento progresivo de las restricciones a la actividad, de modo que si un negocio puede abrir sus puertas con la mitad de su aforo no se vea obligado a llamar a todos sus trabajadores, sino solo a los que necesite.

Además, el artículo 1.2 dice que primarán “*los ajustes en términos de reducción de jornada*”, lo que confirma la posibilidad, negada inicialmente por el Servicio Público de Empleo Estatal pero ya avalada por el criterio interpretativo DGT SGON 927CRA de la Dirección General de Trabajo del 1 de mayo, de que trabajadores que tienen el contrato suspendido se reincorporen pero no a jornada completa, si no es necesario. Es más, de la redacción literal del precepto – “*primando*” –, parece que el legislador da preferencia a que se reincorporen a sus puestos, por ejemplo, dos trabajadores a media jornada en lugar de uno a jornada completa.

4. Obligatoriedad de la reincorporación de los trabajadores:

Cuando el artículo 1 del Real Decreto-ley regula la fuerza mayor parcial, tenemos que entender que no sólo está habilitando a los empresarios para modular la desafectación de trabajadores del ERTE en función de sus necesidades; está diciendo, además, que tienen la obligación de reincorporarlos a sus puestos: en efecto, el artículo 1.1 permite mantener a los trabajadores en el ERTE a las empresas “*afectadas por las causas [...] que impidan el reinicio de su actividad, mientras duren las mismas.*” Si cesan, aun parcialmente dichas causas, la empresa deberá reincorporar trabajadores. Y, además, el artículo 1.2 es claramente imperativo cuando dice que las empresas “*deberán proceder a reincorporar a las personas trabajadoras [...] en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad.*”

A la vista este precepto, pensamos que **cada empresa debe evaluar cuidadosamente sus necesidades y estar preparada para justificar sus decisiones en una eventual revisión del ERTE.**

En todo caso debe procurar desafectar del mismo a todos los trabajadores que le sea posible en proporción al levantamiento de las restricciones a la actividad (como los incrementos progresivos de aforo de los locales).

5.- Fin de las exoneraciones del pago de cuotas de Seguridad Social:

Como ya se ha dicho, el 30 de junio finalizarán las exoneraciones del pago de cuotas de los trabajadores incluidos en el ERTE. Pero ya a partir del mes de mayo se irán reduciendo progresivamente, de acuerdo con el siguiente esquema, dependiendo de si la empresa está en ERTE por fuerza mayor total o parcial, de si tienen menos de 50 trabajadores o 50 o más y de si los trabajadores permanecen en ERTE o han sido desafectados del mismo:

FUERZA MAYOR TOTAL	
Menos de 50 trabajadores	50 o más trabajadores
100% exoneración	75% exoneración

FUERZA MAYOR PARCIAL			
Menos de 50 trabajadores		50 o más trabajadores	
Trabajadores en ERTE	Trabajadores desafectados	Trabajadores en ERTE	Trabajadores desafectados
60% exoneración mayo	85% exoneración mayo	45% exoneración mayo	60% exoneración mayo
45% exoneración junio	70% exoneración junio	30% exoneración junio	45% exoneración junio

6.- Medidas de protección del empleo: prohibición de despedir, interrupción del cómputo de los contratos temporales.

El [Real Decreto-ley 9/2020](#), de 27 de marzo, introdujo dos importantes limitaciones a la posibilidad de resolver contratos de trabajo:

- En primer lugar, su artículo 2 prohibía extinguir contratos por causas de fuerza mayor o por razones ETOP vinculadas al COVID-19 mientras durase el estado de alarma.
- En segundo lugar, su artículo 5 interrumpía la duración del cómputo de los contratos temporales suspendidos – no afectaría a las reducciones de jornada –que tuviesen fecha de finalización determinada; el cómputo se reanudaría al finalizar la suspensión.

Pues bien, ahora la disposición final segunda del [Real Decreto-ley 18/2020](#) señala que, al igual que los ERTE por fuerza mayor, los artículos 2 y 5 del [Real Decreto-ley 9/2020](#) perderán vigencia después del 30 de junio. Esta concreción tiene gran importancia, al menos con respecto al artículo 5, puesto que empresas que hayan aguantado inicialmente la crisis sin recurrir a ERTE y que ahora estén pasando dificultades ya saben la fecha cierta en la que podrán extinguir lícitamente contratos por causas ETOP.

7.- Medidas de protección del empleo II: cláusula de salvaguarda del empleo:

El [Real Decreto-ley 8/2020](#) permitía a las empresas, como sabemos, acogerse a un ERTE por fuerza mayor vinculada al COVID-19 y exonerarse de pago de cuotas de Seguridad Social, pero de forma *condicionada* “*al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad.*” Esta cláusula, contenida en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley, ha sido muy discutida, por su vaguedad, por lo que es de celebrar que el gobierno haya concretado su significado, dándole nueva redacción a través de la disposición final primera del Real Decreto-ley 8/2020.

En primer lugar, se concreta cuál es la fecha de reanudación de la actividad: es la de “la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.” Por tanto, la reincorporación de un solo trabajador iniciará cómputo del plazo de seis meses.

En segundo lugar, se concretan las consecuencias del incumplimiento: la reintegración de “la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas”, con recargo e intereses de demora.

En tercer lugar, se concretan qué causas de extinción del contrato no suponen un incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo (básicamente los mismos que en otros supuestos en los que las empresas se benefician de bonificaciones de cuotas): despido disciplinario declarado como procedente; dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador y fin del llamamiento de los trabajadores fijos- discontinuos.



Tampoco supone un incumplimiento del compromiso la extinción de contratos temporales “*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.*” Debemos recordar, sin embargo, que el cómputo de los contratos temporales suspendidos quedó interrumpido durante el período de suspensión, por lo que habrá que ajustar las fechas de finalización.

En cuarto lugar, el Real Decreto-ley establece una cierta flexibilidad en el cumplimiento del compromiso, ya que señala que se valorará en función a las características de cada sector, la normativa aplicable y la estacionalidad del empleo, presumiblemente para permitir al sector turístico finalizar contratos tras la campaña de verano.

Por último esta norma deja la puerta abierta a que las empresas que atravesasen dificultades económicas puedan realizar despidos, ya que estipula que el compromiso de mantenimiento del empleo no se aplicará a las empresas “*en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley [...] Concursal**”, es decir, en los casos en los que la empresa “*ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia*” que pueda obligar a solicitar concurso de acreedores.

* La disposición final primera del [Real Decreto-ley 8/2020](#) se refiere expresamente al artículo 5.2 de la [Ley Concursal del 2003](#), pero la referencia es igualmente válida para el [Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que entrará en vigor el 1 de septiembre.

8.- Empresas que tengan su domicilio en un paraíso fiscal y prohibición de reparto de dividendos:

El artículo 5 del Real Decreto-Ley contiene dos prohibiciones: en primer lugar prohíbe que las empresas domiciliadas en paraísos fiscales se acojan a un ERTE por causa de fuerza mayor.

En segundo lugar, prohíbe repartir dividendos a las empresas en las que concurran tres condiciones: tener, a 29 de febrero de este año, 50 o más trabajadores; acogerse a un ERTE por fuerza mayor y utilizar recursos públicos destinados a dicho ERTE. Estas empresas no podrán repartir distribuir dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen los ERTE salvo que abonen las cuotas de Seguridad Social de cuyo pago estaban exoneradas. El artículo puntualiza que el ejercicio en que opere esta prohibición no será tenido en cuenta a los efectos del ejercicio del derecho de separación de socios del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.



9.- Valoración crítica:

Como decíamos al comienzo de estas notas, el [Real Decreto-ley 18/2020](#) es una norma deficiente, desde un punto de vista técnico jurídico, que plantea problemas interpretativos y una notable inseguridad jurídica, en particular porque algunas de las modificaciones que introduce tienen carácter retroactivo. A continuación vamos a tratar brevemente algunos de los principales problemas que plantea:

1º) Cierre en falso de los ERTE:

El fin forzoso, llegado el 30 de junio, de los ERTE es discutible y podría ser problemático: en realidad, los expedientes actualmente en vigor no están necesariamente vinculados al estado de alarma. El artículo 1 del Real Decreto-Ley que comentamos estipula que continuarán en situación de fuerza mayor hasta el 30 de junio las empresas que cuenten con un ERTE basado en el artículo 22 del [Real Decreto-ley 8/2020](#); es decir, por “*pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19*”, “*incluida la declaración el estado de alarma*.” Esto quiere decir que la suspensión de la actividad puede tener otras causas diferentes del propio estado de alarma, como por ejemplo “falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad” o contagios de la plantilla, que perduren después del 30 de junio. Si eso ocurriese, llegada esa fecha, al decaer el ERTE, las empresas se verían abocadas al absurdo de tener que tramitar un nuevo ERTE por causa de fuerza mayor.

2º) Contradictoria definición de la fuerza mayor parcial:

El concepto de fuerza mayor parcial fue introducido por [Real Decreto-ley 15/2020](#), de 21 de abril, para hacer referencia a la situación en que se encuentran aquellas empresas que desarrollan actividades consideradas esenciales durante la crisis pero que se han acogido a un ERTE por fuerza mayor para una parte de sus plantillas que no desarrolla tareas esenciales. Por ejemplo, las clínicas dentales estaban consideradas hasta el mes de mayo servicios esenciales, pero solo para tratamientos urgentes, por lo que podría haberse tramitado un ERTE por fuerza mayor parcial para el personal dedicado a tratamientos no urgentes.

A la vista de esta definición de fuerza mayor parcial en el Real Decreto-ley 15/2020, ¿tenemos que entender que las empresas que prestan servicios no esenciales y que cerraron cuando se declaró el estado de alarma no pueden estar en situación de fuerza mayor parcial? ¿Un local de hostelería o un pequeño negocio textil no pueden reincorporar a una parte de sus trabajadores? No parece ser esa la intención del Real Decreto-ley 18/2020: dada la redacción de su preámbulo y de su artículo 1.2 más bien parece que se reformula el concepto de fuerza mayor parcial para ampliarlo a todo tipo de empresas, pero, al no existir disposición derogatoria alguna del Real Decreto-ley 15/2020, nos encontramos ante otra norma que genera inseguridad jurídica.

3º) Retroactividad de las normas contenidas en [Real Decreto-ley 18/2020](#):

Varios de los artículos del Real Decreto-ley establecen condiciones a los ERTE con carácter retroactivo, pues dichas condiciones operan desde comienzos del mes de mayo o incluso desde el inicio de los ERTE.

En particular, el artículo 4, al introducir, ya desde el mes de mayo, una reducción de las exoneraciones de cuotas que deberían ser del 100% *“mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19”*, según decía el artículo 28 del Real Decreto-ley 8/2020, no solo está frustrando legítimas expectativas, sino también vulnerando un derecho adquirido en los días del mes de mayo transcurridos antes de la entrada en vigor, el 13 de mayo, del Real Decreto-ley 18/2020.

Por eso mismo, la Tesorería General de la Seguridad Social ha tenido que rectificar y decir, en el Boletín de Noticias del Sistema RED 12/2020, de 19 de mayo, que hasta el 12 de mayo se mantienen las bonificaciones completas (de manera harto discutible, sin embargo, se dice que a los trabajadores que la empresa haya reincorporado entre el 1 y el 12, solo se les mantienen hasta la fecha de reincorporación).

Por otra parte, la prohibición de reparto de dividendos a las empresas que se hayan acogido a ERTE, supone también la imposición retroactiva de una condición cuyo encaje en el artículo 9.3 de la Constitución – prohibición de retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales y principio de seguridad jurídica – es cuestionable, pues si la empresa quiere repartir dividendo tiene que abonar unas cuotas de cuyo pago ya ha sido exonerada sin sujeción a esta condición en virtud de un acto administrativo de la Tesorería General de la Seguridad Social, al menos, por lo que respecta a los meses de marzo y abril.

4º) Inconcreción de los efectos en las relaciones laborales del incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo y de la prohibición de despedir por causas derivadas del COVID-19:

El Real Decreto-ley estipula, como hemos visto, que si se incumple el compromiso de mantener el empleo, la empresa infractora perderá los beneficios de Seguridad Social, pero ¿qué ocurre en ambos casos con los contratos de trabajo? Se ha sostenido que las extinciones serían nulas, por ser extinciones unilaterales prohibidas por la norma, de forma semejante al despido de una trabajadora embarazada, prohibido por el artículo 53.4.b del Estatuto de los Trabajadores.

Pero también que si la causa real del despido no está tipificada como determinante de nulidad, el despido debe ser declarado improcedente, no nulo. Aunque nos inclinamos por esta segunda opinión, ante esta incertidumbre, consideramos que es mejor no llevar a cabo despidos mientras estén vigentes las prohibiciones.

5º) Interpretación restrictiva de la cláusula de salvaguarda del empleo:

Si bien es positivo, como decíamos antes, que el Gobierno concrete el significado del compromiso de mantenimiento del empleo, la disposición final primera del Real Decreto-ley 8/2020 plantea nuevos problemas.

En primer lugar deja fuera la posibilidad de extinguir contratos de trabajo por causas objetivas, lo que no parece razonable en una situación en la que habrá empresas que tengan que afrontar pérdidas derivadas de la caída de la demanda. Es razonable, y no hace falta regularlo pues es doctrina jurisprudencial consolidada, que se prohíba despedir por las causas que motivaron el ERTE, pero no si la situación de la empresa se agrava por la inactividad. Con la norma en la mano habrá que aguardar a estar en *“riesgo de concurso de acreedores”* (desafortunada expresión, pues no existe tal figura en nuestro ordenamiento jurídico).

En segundo lugar, la norma deja fuera diversas causas lícitas de extinción contractual, como la extinción en período de prueba, por incapacidad o muerte del empresario o incluso por una nueva fuerza mayor. Teniendo en cuenta la interpretación restrictiva que en materia de bonificaciones de cuotas ha hecho con anterioridad la Tesorería General de la Seguridad Social, hay que entender que la lista contenida en el apartado 2 de la disposición final primera constituye un *“numerus clausus”*, una lista cerrada, y que, cualquier otra causa de extinción no incluida en ella obligará a la devolución de las cuotas exoneradas.

Estamos, por tanto, como decíamos más arriba, ante una de las normas más confusas y problemáticas, en materia laboral, desde el comienzo del estado de alarma, y mucho nos tememos que la interpretación de que de ella haga la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sea restrictiva y que los conflictos que de ella se deriven tengan que acabar dirimiéndose a los juzgados.

Para cualquier duda o aclaración adicional que precise contacte con [nosotros](#).

Javier Argüelles Silvosa

Abogado área Laboral
Kreston Iberaudit