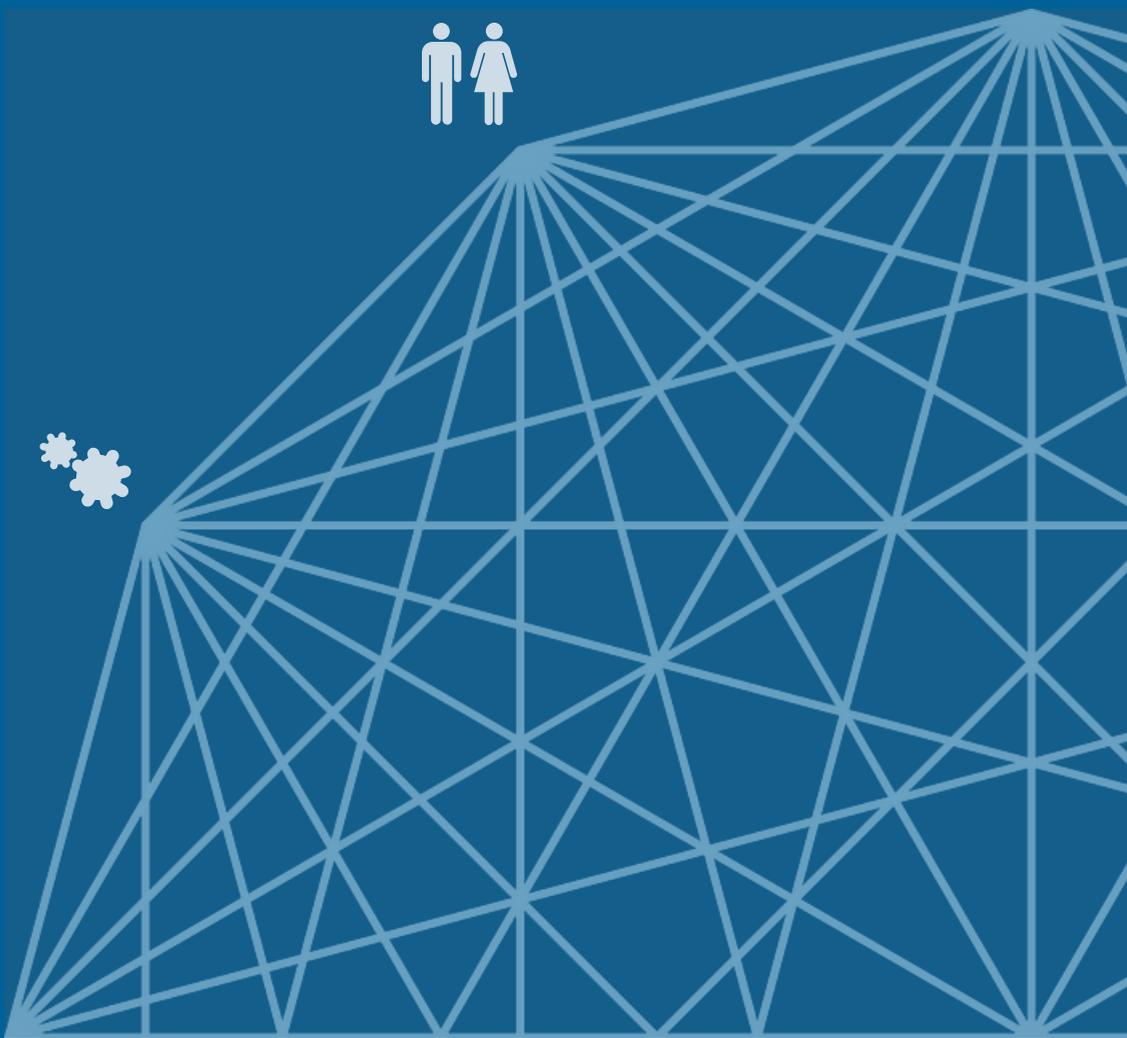


TRABAJO, PERSONA, DERECHO, MERCADO

Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social



Octubre 2020. N° 1

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 1

Monográfico

RESPUESTAS LABORALES Y DE
PROTECCIÓN SOCIAL A LA PANDEMIA POR CORONAVIRUS

Sevilla, 2020

CONSEJO EDITORIAL

Presidencia

María Fernanda Fernández López (Universidad de Sevilla)

Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo (Universidad de Sevilla)

Dirección Ejecutiva

Francisco Javier Calvo Gallego (Universidad de Sevilla)

Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)

José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Secretario Ejecutivo y Coordinador

Miguel Ángel Martínez Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Secretaría General

María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)

Emilia Castellano Burguillo (Universidad de Huelva)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Coordinación General

Antonio José Valverde Asencio (Universidad de Sevilla)

María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva)

Secretario

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca (Universidad de Sevilla)

Vocales

María José Asquerino Lamparero (Universidad de Sevilla)

Pierre Cialti (Universidad Pablo de Olavide)

Ana Domínguez Morales (Universidad de Sevilla)

Iluminada Feria Basilio (Universidad de Huelva)

Carmen Ferradans Caramés (Universidad de Cádiz)

Macarena Hernández Bejarano (Universidad de Sevilla)

María del Junco Cachero (Universidad de Cádiz)

Francisco Lozano Lares (Universidad de Málaga)

Iluminada Ordóñez Casado (Universidad de Málaga)

Rosa Pérez Yáñez (Universidad de Málaga)

Gema Quintero Lima (Universidad Carlos III de Madrid)

María Sepúlveda Gómez (Universidad de Sevilla)

CONSEJO ASESOR

Presidencia

Eva Garrido Pérez (Universidad de Cádiz)
José Manuel Gómez Muñoz (Universidad de Sevilla)

Vocales

Francisco Alemán Páez (Universidad de Córdoba)
Cristina Alessi (Università di Brescia)
Carlos Luis Alfonso Mellado (Universitat de València)
Jaime Cabeza Pereiro (Universidade de Vigo)
Jesús Cruz Villalón (Universidad de Sevilla)
Juan José Fernández Domínguez (Universidad de León)
Carolina Gala Durán (Universitat Autònoma de Barcelona)
Francisco Javier Hierro Hierro (Universidad de Extremadura)
Manuel Luque Parra (Universitat Pompeu Fabra)
Carolina Martínez Moreno (Universidad de Oviedo)
Maria do Rosario Palma Ramalho (Universidade de Lisboa)
María José Romero Ródenas (Universidad de Castilla-La Mancha)
Sebastián de Soto Rioja (Universidad de Huelva)
Patrizia Tullini (Università di Bologna)
Yolanda Valdeolivas García (Universidad Autónoma de Madrid)
Francisco Vila Tierno (Universidad de Málaga)
Cristina Antoñanzas Peñalva, en representación de UGT
José Blas Fernández Sánchez, en representación del Consejo Andaluz de Graduados Sociales
Fernando Rocha Sánchez, en representación de la Fundación 1º Mayo (CCOO)

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Coordinación general

Juan Carlos Álvarez Cortés (Universidad de Málaga)
José Manuel Morales Ortega (Universidad de Málaga)

Este trabajo está autorizado bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObra-Derivada 4.0 (CC-BY-NC-ND 4.0), lo que significa que el texto puede ser compartido y redistribuido, siempre que se reconozca adecuadamente la autoría, pero no puede ser mezclado, transformado ni se puede construir a partir de él. No se puede utilizar el material para una finalidad comercial. Para más detalles consúltese http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es_ES.

Los términos de la licencia Creative Commons para reutilización no se aplican para cualquier contenido (como gráficas, figuras, fotos, extractos, etc.) que no sea original de la publicación *Open Acces* y puede ser necesario un permiso adicional del titular de los derechos. La obligación de investigar y aclarar los permisos necesarios será solamente de aquellos que reutilicen el material.



Ética en la publicación. La revista *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* solo publicará artículos originales y de calidad científica contrastada. Se velará estrictamente para que no se produzcan malas prácticas en la publicación científica, tales como la deformación o invención de datos, el plagio o la duplicidad. Los autores tienen la responsabilidad de garantizar que los trabajos son originales e inéditos y que cumplen con la legalidad vigente y los permisos necesarios. Los artículos que no cumplan estas normas éticas serán descartados. Las opiniones y hechos consignados en cada artículo son de exclusiva responsabilidad de sus autores. El Consejo de Redacción de *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* no se hace responsable, en ningún caso, de la credibilidad y autenticidad de los trabajos.

Declaración de privacidad. Los nombres, direcciones de correo-e, o cualquier otro dato de índole personal introducidos en esta revista se usarán solo para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito.

© Editorial Universidad de Sevilla
C/ Porvenir, nº 27. 41013 Sevilla
Telfs.: 954 487 451 - 954 487 447. FAX: 954 487 443
Correo electrónico: eus2@us.es
<http://editorial.us.es/>

© Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 2020
<https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/index>
Correo electrónico: tpdmsecretaria@us.es

e-ISSN: 2660-4884

Nº DOI: <http://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2020.i1>

Dirección Postal:

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla
C/ Enramadilla, 18-20. 41018 Sevilla

Diseño de la cubierta: Espiral Patrimonio S.L.

Maquetación: Archivos y Publicaciones Scriptorium, S.L.

ÍNDICE

Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Juan Carlos Álvarez Cortés, Francisco Javier Calvo Gallego y José Manuel Morales Ortega Editorial. <i>Do you want to join the meeting?</i>	7
Juan Carlos Álvarez Cortés y José Manuel Morales Ortega Presentación	13
José M. Morales Ortega Tiempo de trabajo y crisis sanitaria: adaptación y reducción de jornada y permiso obligatorio recuperable	17
<i>Working time and health crisis: adaptation and reduction of working hours and recoverable compulsory leave</i>	
Juan Pedrosa González El papel de los sindicatos en la crisis por covid-19	49
<i>The role of trade unions in the crisis by covid-19</i>	
Miguel Carlos Rodríguez-Piñero Royo Crónica de la desescalada: el final de los ERTES COVID y el retorno a la normalidad laboral	73
<i>A chronicle of de-escalation: the end of special COVID temporary lay-offs and the return to labour normality</i>	
Carolina Gala Durán El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes	111
<i>The new state minimum living income: legal regime and pending challenges</i>	

Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca	
De la incapacidad temporal, su flexibilización y desfiguración en tiempos de coronavirus	157
<i>Temporary Incapacity Benefit: increased flexibility and misrepresentation in the context of coronavirus</i>	
Juan Carlos Álvarez Cortés	
La protección de los trabajadores autónomos por cese de actividad durante el estado de alarma y la protección tras su finalización	181
<i>Protection of self-employed workers due to cessation of activity during the alarm state and protection after its end</i>	
Cristina Alessi, Francesca Malzani, Fabio Ravelli e Maria Luisa Vallauri	
L'emergenza COVID-19 in Italia e il diritto del lavoro	223
<i>La emergenza COVID-19 in Italia y el derecho al trabajo</i>	
Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca	
Agenda	241
Normas para los autores de la Revista	243
Compromiso ético para la publicación de artículos	249

CRÓNICA DE LA DEESCALADA: EL FINAL DE LOS ERTES COVID Y EL RETORNO A LA NORMALIDAD LABORAL

A CHRONICLE OF DE-ESCALATION: THE END OF SPECIAL COVID TEMPORARY LAY-OFFS AND THE RETURN TO LABOUR NORMALITY

Miguel Carlos RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

Universidad de Sevilla

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7926-6175>

mrodriguez07@us.es

RESUMEN: La crisis sanitaria provocada por la COVID-19 ha obligado al Derecho del Trabajo español a realizar un notable esfuerzo, diseñando un conjunto de medidas dirigido a facilitar el confinamiento de los ciudadanos a la vez que se limitan los efectos negativos de este sobre la economía y el empleo. El instrumento fundamental para ello ha sido el expediente de regulación temporal de empleo, una figura ya conocida en nuestro Derecho que ha sido rediseñado para ser utilizado en este contexto tan difícil y sin precedentes. Una vez superado el estado de alarma, e iniciado el proceso de retorno a la normalidad, ha hecho falta aprobar un conjunto de disposiciones que faciliten la terminación de estos ERTES especiales del COVID. Estas disposiciones recogen acuerdos previos de los interlocutores sociales que han asumido un marcado protagonismo en la gestión de este proceso.

PALABRAS CLAVE: COVID-19, expediente de regulación de empleo, cotización a la seguridad social, protección por desempleo, estado de alarma.

ABSTRACT: The health crisis caused by COVID-19 has forced Spanish Labor Law to make a notable effort, in order to design a set of measures aimed at facilitating the confinement of citizens while limiting its negative effects on economy and employment. The main instrument to this purpose has been temporary lay-offs, the so-called ERTES, a figure already known in Spanish Law that has been profoundly redesigned

Recibido: 6-7-2020; Aceptado: 5-8-2020; Versión definitiva: 5-10-2020.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 1 (2020) 73-109
<http://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2020.i1.05>

to be used in this unprecedented and difficult context. Once the state of alarm has been overcome, and once the process of returning to normality has begun, it has been necessary to pass a set of provisions that facilitate the termination of these special COVID ERTES. These provisions put into practice prior agreements of the social partners, as these have assumed a prominent role in the management of this process.

KEYWORDS: COVID-19, temporary lay-offs, contributions to social security, unemployment protection, state of alarm.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. EL PROCESO DE RETORNO A LA NORMALIDAD LABORAL. 3. OBJETIVOS DE LA DESESCALADA. 4. LOS ERTES POR FUERZA MAYOR DURANTE LA DESESCALADA. 5. LOS ERTES POR CAUSAS OBJETIVAS DURANTE LA DESESCALADA. 6. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DURANTE LA DESESCALADA. 7. LAS COTIZACIONES SOCIALES DURANTE LA DESESCALADA. 8. NUEVOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ERTES COVID. 8.1. La obligación de mantenimiento del empleo. 8.2. Limitaciones al acceso a los ERTES COVID. 8.3. La prohibición de obtener recursos humanos adicionales durante los ERTES COVID. 8.4. Situación de los trabajadores en ERTES COVID que no tengan derecho a prestaciones por desempleo. 9. LOS ERTES DEL REBROTE. 10. VALORACIÓN FINAL Y CONCLUSIONES. 11. BIBLIOGRAFÍA

1. PRESENTACIÓN

España es uno de los países más afectados por la pandemia mundial del COVID-19. Su impacto en la población, el sistema sanitario y la sociedad en su conjunto han sido devastadores, como también lo han sido las consecuencias en el empleo. Esto ha obligado a producir un marco normativo laboral excepcional, un Derecho del Trabajo del COVID-19 al que se dedican los diversos estudios de este número monográfico.

El instrumento por excelencia de este periodo lo han sido, sin duda, el expediente de suspensión o reducción temporal de empleo (ERTE), un mecanismo que supone la suspensión del contrato de trabajo o la reducción de su jornada, y la percepción por los trabajadores de prestaciones por desempleo, aun manteniendo formalmente su empleo. Estos ERTES, cuya regulación hasta ahora en vigor se debía a la reforma laboral del gobierno conservador de 2012 para hacer frente a los efectos de la crisis financiera mundial de 2008, habían sido tradicionalmente (y a pesar de los esfuerzos del legislador) escasamente utilizados por los empresarios españoles. Esta crisis posterior, la de la COVID-19, ha alterado radicalmente su papel en nuestro mercado de trabajo.

El momento determinante fue la entrada en vigor del estado de alarma, declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, posteriormente prorrogado en varias ocasiones. En lo estrictamente laboral, el punto de partida fue la aprobación del Real

Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19¹, cuyos artículos 22 y 23 crearon dos modalidades de lo que podemos denominar como “ERTES COVID”: fuerza mayor (ERTE FM) y por causas objetivas (ERTE ETOP). El gobierno utilizó tanto la figura del ERTE como su división en modalidades, dando lugar a una imagen equívoca de continuidad con la legislación laboral ordinaria, la existente cuando se inició el estado de alarma. La realidad fue que se crearon dos figuras nuevas, inspiradas si se quiere en las preexistentes, pero con regulaciones muy diferentes y sin vocación de continuidad. En la Exposición de Motivos del RDL 8/2020 se dice que en su articulado se incluyen “las medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos”; flexibilización que ha afectado a los aspectos esenciales de su ordenación. Otros Reales Decretos-Leyes posteriores fueron interviniendo en algunos de estos, completando y modificando su régimen jurídico.

En esta Exposición de Motivos se explicitan también los objetivos que se pretendían alcanzar:

las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTES) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. A la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos.

Esta solución tenía todo el sentido en el momento de su adopción, con un escenario en el que el estado de alarma se pensaba corto. La larga duración del estado de alarma llevó a que las medidas COVID-19 tuvieron una duración mucho mayor de la prevista originalmente lo que ha llevado a sucesivas prórrogas de las iniciativas diseñadas para adaptar el Derecho del Trabajo español a las singularidades del confinamiento. Pero tanto la alarma como las normas que la aplicaban en lo laboral fueron llegando a su fin, lo que llevó a la necesidad de diseñar un proceso para finalizar también la vigencia de estas medidas y planificar el retorno a la normalidad, que comenzó antes incluso de terminar el estado de alarma propiamente dicho.

El objetivo de este trabajo es analizar el proceso de abandono progresivo de las especialidades que en materia de ERTE se habían establecido durante la alarma sanitaria, una verdadera fase final del Derecho del Trabajo del COVID-19. Utilizaremos, para denominarla, la expresión que se ha generalizado para nombrar este periodo: la

1. Sobre este RDL, Beltrán de Heredia Ruiz 2020a; Calvo Gallego & Rodríguez-Piñero Royo 2020a; Roqueta Buj 2020.

desescalada. Podemos denominar a la producción normativa de esta como “el Derecho del Trabajo de la desescalada”; o, quizás mejor, como “la desescalada del Derecho del Trabajo”, que comienza el retorno a su condición natural tras la mutación radical que le supuso ponerse al servicio del estado de alarma.

En este trabajo realizaremos un análisis de las normas laborales dictadas durante este periodo, centrándonos en las aplicables a estos particulares mecanismos de suspensión contractual y de reducción de jornada. Este será el material normativo con el que se trabajará, que se verá completado con el estudio, allí donde sea necesario, de las normas dictadas en fases anteriores del Derecho del Trabajo COVID-19.

Trabajar con normas tan recientes obliga a adaptar el enfoque de análisis y el material de apoyo. Hace falta un esfuerzo interpretativo para facilitar la aplicación de unas normas que, por su carácter urgente y por las especiales circunstancias en que se elaboraron, presentan numerosas carencias en su redacción y algunos errores técnicos².

No contamos con jurisprudencia que pueda ayudarnos a interpretar las normas que estudiamos. No ha dado tiempo a que la academia genere un volumen de producción bibliográfica sobre estas regulaciones. Por ello, manejaremos fuentes que no son comúnmente utilizadas en los estudios jurídicos, como documentos de distinta naturaleza jurídica elaborados por administraciones públicas. Las fuentes doctrinales serán sobre todo blogs y publicaciones on-line, como ha sido común durante este periodo.

La hipótesis de partida es que nos encontramos en una fase final del Derecho del Trabajo del COVID, en la que el legislador intenta compaginar dos objetivos fundamentales: por un lado, abandonar paulatinamente los ERTES especiales aprobados para esta situación excepcional; por otro, asegurar que esto se haga de una manera progresiva, dando tiempo a las empresas a adaptarse al nuevo escenario posterior al estado de alarma.

2. EL PROCESO DE RETORNO A LA NORMALIDAD LABORAL

La primera norma que se dicta en esta fase es el Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo. Es una norma muy escueta, de extensión mucho menor a la de los RDLs precedentes. Esto es así porque su contenido es estrictamente laboral, sin incluir, como en los anteriores, disposiciones de

2. Al haberse dictado en una fase relativamente tranquila de la excepcionalidad laboral podría parecer que el Gobierno tuvo más tiempo para diseñar y redactar estas normas, al menos en comparación con las primeras de este periodo. Lo cierto es que esto no ha sido así del todo, ya que en la mayor parte de los casos el Gobierno se limitó a aplicar acuerdos previos de los interlocutores sociales, que en ocasiones tuvieron que firmarse con premura. En algunos casos había plazos que cumplir, porque terminaban vigencias prefijadas. Aun así, por lo general, estamos ante normas algo más elaboradas y mejor escritas que sus antecesoras.

otra naturaleza. Es una respuesta concreta a un problema concreto; y la aplicación de un acuerdo previo que se ceñía a cuestiones laborales. También se apoya continuamente en las regulaciones anteriores, a las que se remite. A pesar de su escasa dimensión (solo cinco artículos), su regulación es significativa, y genera multitud de dudas que han obligado a un esfuerzo interpretativo importante³.

La segunda es el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial⁴. A diferencia de la anterior, es una norma mucho más extensa, en la medida en que, como de su título claramente se desprende, engloba dos grandes bloques temáticos, solo uno de los cuales es propiamente laboral⁵.

Ambas normas aparecen íntimamente vinculadas, presentándose la segunda como una continuación de la primera, con una estructura y contenidos muy similares. De hecho, en la parte laboral las dos contienen artículos especulares, de tal modo que el que aparece en el primero reaparece en el segundo, con idéntica numeración y denominación, y contenidos actualizados.

Quizás la característica más relevante de esta fase del Derecho de la crisis sanitaria haya sido la recuperación del papel de los interlocutores sociales, que había quedado bastante oculto durante la fase de construcción como consecuencia de la urgencia impuesta al Gobierno de la Nación para aprobar estas medidas⁶. En realidad, la desescalada laboral propiamente dicha comienza con la firma el 11 de mayo de 2020 del Acuerdo Social en Defensa del Empleo por las cuatro Confederaciones sindicales y patronales nacionales⁷; acuerdo que fue puesto en práctica por el Consejo de Ministros mediante la aprobación del ya citado Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo.

Posteriormente se firmó un segundo pacto social, el II Acuerdo en Defensa del Empleo (II ASDE)⁸, alcanzado entre los Ministerios de Trabajo y Economía social,

3. Sobre el RDL 18/2020, entre otros muchos, Beltrán de Heredia Ruiz 2020b, Calvo Gallego & Rodríguez-Piñero Royo 2020b, Camas Rodas 2020, Gómez Abelleira 2020, Rojo Torrecilla 2020a.

4. Esta norma fue objeto en su momento de numerosos comentarios y análisis; entre otros: Aragón Gómez 2020; Baylos Grau 2020b; Beltrán de Heredia Ruiz 2020c; Cruz Villalón 2020; Rojo Torrecilla 2020c; Puebla Pinilla 2020.

5. Un estudio de su tramitación en Rojo Torrecilla 2020b.

6. Es necesario, sin embargo, valorar adecuadamente esta pretendida ausencia, porque seguramente es más formal que real. No podemos olvidar que en marzo de este año se firmó por los cuatro interlocutores sociales estatales un acuerdo de propuestas de los agentes económicos y sociales. Es igualmente significativo que por estas mismas fechas se constituyera una mesa de seguimiento de la crisis provocada por el coronavirus, entre cuyas funciones se encontraba diseñar medidas económicas para afrontar la situación con la participación de patronal y sindicatos. De alguna manera, estaban ya presentes en el intercambio político que produjo las grandes medidas de esta primera fase; aunque sin una gran visibilidad, lo que seguramente ocultó la verdadera dimensión de su actuación.

7. Para un análisis de este acuerdo, Baylos Grau 2020a.

8. Un estudio completo y una interesante valoración en Baylos Grau, 2020c.

de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y los cuatro interlocutores sociales estatales, para dar continuidad a estas medidas extraordinarias COVID-19, “prorrogando su espíritu pero adaptándolas al momento actual”⁹. Para dar cumplimiento a este II Acuerdo, el Gobierno de la Nación promulgó el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, que regula una nueva etapa de este proceso de desescalada.

El liderazgo de los sujetos colectivos en esta nueva fase se pone de manifiesto con la creación de la Comisión de seguimiento tripartita laboral del proceso de desconfinamiento por la disposición adicional segunda del RDL 18/2020, órgano tripartito¹⁰ al que se le atribuye un papel de primer nivel en la gestión de este proceso¹¹. El posterior RDL 24/2020 amplía sus competencias¹².

9. Según la Exposición de Motivos del RDL 24/2020, que implementa este Acuerdo, “El título I del presente real decreto-ley es el resultado de un acuerdo del diálogo social, el II Acuerdo en Defensa del Empleo (II ASDE), alcanzado entre los Ministerios de Trabajo y Economía social, y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de nuestro país, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), Comisiones Obreras (CC.OO.) y la Unión General de Trabajadores (UGT), cuyo objetivo es, precisamente, modular las medidas extraordinarias y excepcionales previstas en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y en el I ASDE, cuya vigencia termina el día 30 de junio de 2020, prorrogando su espíritu pero adaptándolas al momento actual. Sus fundamentos son la persistencia de los efectos de la crisis sanitaria en el funcionamiento regular de las empresas y su capacidad de prestación íntegra de servicios, el carácter no homogéneo de dicha recuperación y la posibilidad de que puedan restablecerse, con un alcance limitado, ciertas restricciones de actividad por razones sanitarias”.

10. Merece la pena incidir en la composición de este órgano, que estará integrado por las personas al efecto designadas por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, y las cuatro confederaciones más representativas a nivel estatal (CEOE, CEPYME, UGT y CCOO). Es, como se ve, una comisión tripartita, como tantas otras, aunque con la particularidad de que la representación gubernamental está duplicada. Es fácil entender las razones para ello: las competencias tradicionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se han escindido en dos departamentos ministeriales, cada uno de los cuales está liderado por uno de los dos partidos de la coalición gubernamental. El propósito de equilibrar la presencia de estos partidos es claro. Alguien malintencionado (no es el caso), la calificaría como cuatripartita. El liderazgo entre ambos departamentos parece tenerlo el Ministerio de Trabajo y Economía Social, al ser el órgano que convocará las reuniones.

11. En el RDL 18/2020 se le atribuyen expresamente cuatro funciones: el seguimiento de las medidas que, en el ámbito laboral, se están adoptando durante la fase de excepcionalidad atenuada; el intercambio de los datos e información recabadas por las Organizaciones integrantes y el Ministerio de Trabajo y Economía Social, al respecto; proponer y debatir “aquellas medidas que se propongan por este o por cualquiera de las organizaciones que la integran”; y ser consultada antes de adoptar cualquiera de las medidas de prórroga de los ERTES recogidas en la disposición adicional primera.

12. Así, según su disposición adicional segunda, tendrá también la función de valorar las medidas recogidas en esta disposición y de la evolución de la actividad económica y el empleo, así como el análisis de las eventuales medidas futuras para la protección del empleo y del tejido productivo.

La disposición adicional sexta de esta norma crea un órgano similar, pero para el ámbito del trabajo autónomo. Se constituye, así, una Comisión de seguimiento de las medidas de apoyo para la recuperación de la actividad de los trabajadores autónomos en el ámbito de la Seguridad Social, integrada por representantes designados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, por la parte gubernamental; y por la Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA), la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA) y la Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores (UATAE), por la parte social. La función de esta comisión será realizar el seguimiento y evaluación de las medidas establecidas para este colectivo en el RDL 24/2020.

El apoyo a los agentes sociales en el RDL 24/2020 va más allá, y junto a estos órganos de participación institucional se prevé el desarrollo del diálogo social para gestionar la desescalada. Así, la disposición adicional cuarta dispone que el Ministerio de Trabajo y Economía Social se reunirá, a la mayor brevedad posible, con los cuatro interlocutores sociales más representativos, a nivel nacional, para tratar diversas cuestiones relacionadas con la prestación por desempleo reconocida durante los expedientes de regulación temporal de empleo derivados del COVID-19. En concreto, se ocupará de la situación de las personas con varios contratos a tiempo parcial y las posibles soluciones al consumo durante el estado de alarma de las prestaciones y subsidios por desempleo de personas no afectadas por expedientes de regulación temporal de empleo.

Adicionalmente, la disposición adicional quinta RDL 24/2020 se ocupa del denominado “pacto por el empleo”, que en realidad supone el compromiso de negociar medidas tendentes a la creación de empleo a través de las cuatro mesas de diálogo constituidas con el Presidente del Gobierno.

Se puede decir que en esta fase los interlocutores sociales encontraron por fin su sitio en este proceso, pudiendo aportar unas soluciones que pueden ser muy efectivas, precisamente por haber sido diseñadas por los mismos protagonistas de la aplicación de todo el conjunto normativo aprobado durante el estado de alarma, con el conocimiento de los problemas reales que esto supone; y por haber sido consensuadas entre todos.

3. OBJETIVOS DE LA DESESCALADA

Es fácil identificar los objetivos de las normas y acuerdos de esta fase. Ya lo indican los interlocutores sociales, que uno de los objetivos de su acuerdo era «transitar hasta un escenario de nueva normalidad». Una vez superada la fase de confinamiento total, según la Exposición de Motivos del RDL 18/2020,

se impone la necesidad, tras este periodo excepcional, de reactivar de manera progresiva la economía, mediante la dinamización de aquellos sectores cuya actividad continúa limitada por restricciones sanitarias derivadas, entre otras situaciones, por las medidas de confinamiento y contención acordadas en el marco del estado de alarma.

El objetivo que se plantean es

proporcionar una respuesta ponderada ante la situación descrita, teniendo en consideración los efectos que la emergencia sanitaria y las medidas de contención y las limitaciones han causado en la actividad de las empresas y en los contratos de trabajo, y en especial sobre las rentas salariales, a la par que atender al panorama de desescalada y a la reanudación progresiva de la actividad económica, que requiere de los mecanismos de sostén, racionalidad social y protección necesarios.

En concreto, la normativa de esta segunda fase va a dar respuesta a algunas de las cuestiones que más inseguridad habían generado en la gestión de las medidas laborales de la crisis del COVID-19: la duración de los ERTES especiales ofrecidos a las empresas para gestionar esta situación; y la conexión entre ambos tipos de expedientes. Estas cuestiones han ido surgiendo a medida que se ha ido comprobando que no nos encontrábamos frente a una paralización parcial de la economía durante un corto periodo de tiempo, como al principio parecía, sino de un estado mucho más largo al que seguiría otro aún mayor de dificultades económicas. Esto llevó a muchas empresas a acogerse a ERTE FM, pero a la vez iniciar la tramitación de otro ETOP para cuando finalizara el confinamiento y comenzarán los problemas. Los sucesivos acuerdos interconfederales y las normas gubernamentales que los aplican afrontan las dos cuestiones señaladas, con un tratamiento muy diferente de cada uno de los dos tipos de ERTE, los FM y los ETOP. En los apartados siguientes veremos cómo.

Pero ambas normas van a desempeñar una segunda función, la de completar el régimen jurídico de los ERTES COVID en algunos aspectos que no habían quedado adecuadamente resueltos en sus regulaciones de origen, o que habían demostrado ser más complicados de lo esperado. También lo veremos durante este estudio, por lo que nos bastará con citarlos ahora:

- Detallar la obligación de mantenimiento del empleo, presente ya desde el RDL 8/2020.
- Establecer limitaciones al acceso a los ERTES COVID a determinadas empresas.
- Prohibir la utilización de determinados instrumentos de contratación durante los ERTES COVID.
- Establecer ventajas para los trabajadores en ERTES COVID que no tengan derecho a prestaciones por desempleo.

4. LOS ERTES POR FUERZA MAYOR DURANTE LA DESESCALADA

El artículo 1º RDL 18/2020 tiene como objeto los ERTES FM, bajo el epígrafe de “especialidades aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en las causas recogidas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 durante el desconfinamiento”. Así pues, este artículo 1 se aplica a los ERTES FM especiales del estado de alarma, continuando en la construcción de su régimen jurídico. Y lo hace para un momento concreto, el de la desescalada, la nueva fase en la que ya nos encontramos. En esto se diferencia de las medidas anteriores, contenidas en los RDLs precedentes, que afinaron estas reglas para el mismo contexto de alarma.

Estas medidas son muy concretas: a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, continuarán en situación de fuerza mayor total derivada del COVID-19 aquellas empresas y entidades que contaran con un ERTE basado en el citado artículo 22 RDL 8/2020, siempre que estuvieran afectadas por las causas referidas en dicho precepto que impidan el reinicio de su actividad, mientras duren las mismas y en ningún caso más allá del 30 de junio de 2020. Esta previsión hace dos cosas diferentes: desliga la duración de estos ERTES de la del estado de alarma, como se había hecho hasta este momento; y fija un límite máximo para su duración, la fecha del 30 de junio de este año que va a ser un verdadero hito en las políticas laborales en España.

Esta fecha es un límite máximo y global, para el conjunto de la economía. Es, también, variable, porque se prevé expresamente la posibilidad de que se amplíe: así, en la disposición adicional primera se dispone que, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, se podrá establecer una prórroga de estos ERTES, “en atención a las restricciones de la actividad vinculadas a razones sanitarias que subsistan llegado el 30 de junio de 2020”. Será una prórroga que dependerá del mantenimiento (o, en el peor de los casos, restitución) de las restricciones a la actividad empresarial que deberán justificarse por motivos estrictamente sanitarios. Esta prórroga solo podrá establecerse mediante acuerdo del Consejo de Ministros, y previa consulta a la Comisión de seguimiento tripartita laboral que se establece en la disposición adicional de este RDL 18/2020. Aunque era lógico prever que pueda ser el resultado de algún RDL posterior que sirviera para adoptar nuevas medidas de desescalada.

Concretamente la disposición adicional primera prevé esta posibilidad de extender la fecha límite del 30 de junio, en las siguientes situaciones:

- prórroga de los ERTES FM totales y parciales. Esto podrá hacerse exclusivamente si subsisten restricciones de la actividad vinculadas a razones sanitarias que vayan más allá del 30 de junio de 2020.
- prórroga de las exenciones reguladas en el artículo 4.

- prórroga de las medidas de protección por desempleo previstas en el artículo 25.1 del RDL 8/2020¹³.

Acercándonos ya a esta fecha límite, los interlocutores sociales acordaron prorrogar la duración de los ERTES FM, tras una compleja negociación que se produjo sobre todo respecto de este límite. Llegado el acuerdo, el artículo 1 RDL 24/2020 lo ha alargado hasta el 30 de septiembre de 2020, que se ha convertido, hasta el momento, en la nueva fecha límite de referencia. Prórroga que lo es de la duración de los efectos del ERTE, no de la posibilidad de solicitarlos, que debemos considerar ya terminada¹⁴. Se ha hecho uso, por tanto, de la previsión contenida en esta disposición adicional primera.

Pero esta es una referencia temporal que opera, como se ha dicho, en términos globales. Respecto de cada ERTE FM concreto funciona un mecanismo diferente para determinar la fecha en que termina. Según el artículo 1 el ERTE subsistirá mientras duren las causas que lo motivaron, que son las previstas en el artículo 22 RDL 8/2020. Se establece una conexión entre el mantenimiento de la medida y la presencia de estos elementos fácticos que justificaron a la empresa para acogerse a esta.

Directamente vinculada a esta forma de fijar la duración está la previsión del apartado 2º de este artículo 1, que impone a las empresas pasar a “situación de fuerza mayor parcial derivada del COVID-19”, a las empresas y entidades sujetas a un ERTE FM, desde el momento en el que las causas reflejadas en dicho precepto permitan la recuperación parcial de su actividad. Esta situación había sido ya prevista por la administración laboral (que venía admitiendo ERTES de este tipo que no afectaran al conjunto de la plantilla, aun dándose las causas legales).

La realidad es que los ERTES FM totales no lo eran del todo, ya que, aunque la actividad de la empresa, como tal, resultara imposibilitada por el estado de alarma, de esto no se derivaba que la totalidad de sus empleados tuvieran que ser incluidos en aquel. La práctica así lo demostraba, ya que las empresas solían mantener a algunas personas en puestos claves. Además, el artículo 22.1 preveía lo siguiente:

en relación con las actividades que deban mantenerse de acuerdo con la declaración del estado de alarma, otras normas de rango legal o las disposiciones dictadas por las autoridades delegadas en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020,

13. Reconocimiento del derecho a la prestación contributiva por desempleo, aunque se carezca del periodo de ocupación cotizada mínimo necesario para ello; que las prestaciones durante estos ERTES COVID-19 no consuman periodos de percepción.

14. Esto es lógico, considerando que el estado de alarma ya ha terminado, y las empresas pueden, como regla general, continuar con su actividad, por lo que esta fuerza mayor excepcional ha desaparecido. En la Exposición de Motivos del RDL 24/2020 se aclara que en este “se mantienen los expedientes basados en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que hayan sido solicitados antes de la entrada en vigor y, como máximo, hasta el 30 de septiembre de 2020”.

de 14 de marzo, se entenderá que concurre la fuerza mayor descrita en el párrafo anterior respecto de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada aplicables a la parte de actividad no afectada por las citadas condiciones de mantenimiento de la actividad¹⁵.

En estos casos, por definición, la misma entidad podía mantener en parte su actividad y cesar en el resto.

De la misma manera, en este precepto se preveía como opción para las empresas decidir “la suspensión de contratos o la reducción temporal de la jornada de trabajo con base en las circunstancias descritas en el apartado 1”; la reducción de jornada supone, en la normalidad de las cosas, que la actividad de la organización continúa, aunque en menor escala. Finalmente, la preferencia del artículo 5 RDL 8/2020 por el trabajo a distancia hacía posible que, en algunas empresas, una parte de los empleados teletrabajara, y que aquellos que no pudieran hacerlo se incluyeran en un ERTE FM, que se consideraba igualmente total (porque era el único tipo disponible entonces). Por todos estos motivos, la figura del ERTE FM que afectara tan solo a una parte de los trabajadores era una realidad. Solo que no tenía un tratamiento jurídico específico, estando todos sometidos a un mismo régimen. Esto tenía sentido, porque las primeras medidas lo eran para un confinamiento, cuando el objetivo era asegurar que la empresa cesara en su actividad. Ahora nos movemos en otro contexto, el de la desescalada, en el que lo que se pretende es otra cosa, iniciar el retorno a la actividad productiva. Debemos tener en cuenta este dato en todo momento a la hora de entender las medidas del RDL 18/2020.

Estas empresas y entidades que puedan volver a su actividad 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. Se trata de una desescalada de las medidas especiales, que puede hacerse bien mediante la “desafectación” de trabajadores incluidos en estas, bien mediante un cambio en las reducciones de jornada que pudieran haberse pactado o establecido unilateralmente. Existe, de esta manera, un verdadero “deber de desafectar” o de “desescalar”, como reacción a los cambios en el entorno que permitan un retorno progresivo a la actividad.

Aplica a estos ERTES FM parciales el mismo referente temporal de los totales, pues sus efectos no podrán extenderse más allá del 30 de septiembre de 2020.

Se especifica también que este retorno deberá realizarse “primando los ajustes en términos de reducción de jornada”. Lo que supone, parece, que debe preferirse ampliar la jornada de los trabajadores que la tenían reducida como consecuencia del ERTE, antes de proceder al retorno de los que tenían el contrato suspendido.

Vamos a encontrar en este artículo 1 RDL 18/2020 una primera transición entre ERTES, la que se produce entre un ERTE FM total a otro parcial, en el marco

15. El subrayado es nuestro.

de una ampliación progresiva de las actividades permitidas. El apartado 3º contiene indicaciones sobre el procedimiento para poner en práctica esta desescalada, distinguiendo dos supuestos, según se abandone por completo el ERTE FM, o se haga solo de manera parcial. El punto de partida es, en ambos casos, la existencia de uno, total, previo.

El RDL 18/2020 utiliza una expresión, la de “renunciar al ERTE”, que plantea algunos problemas de interpretación. Si es completa, parece claro que supone que se abandonan las especialidades que han supuesto en la relación de trabajo, volviéndose a la normalidad. Si se hace así, esto es, si las empresas renuncian en su totalidad al expediente de regulación temporal de empleo autorizado, disponen de un plazo de 15 días, contados desde la fecha de efectos de la renuncia, para comunicarlo a la autoridad laboral. En este caso la renuncia se efectuará previa comunicación, al Servicio Público de Empleo Estatal, de las variaciones en los datos contenidos en la solicitud colectiva inicial de acceso a la protección por desempleo¹⁶.

Más complicada es la cuestión cuando se produce el tránsito del ERTE FM total a uno parcial, sin renunciar a aquel. Si así ocurre, las empresas y entidades 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. Esta comunicación es obligatoria cuando la flexibilización de las medidas de restricción que afectan a la actividad de la empresa permita la reincorporación al trabajo efectivo de aquellas, lo que confirma la existencia de un deber de reducir el alcance del ERTE como reacción al cambio de circunstancias en un contexto de desescalada progresiva. No se habla de “renuncia al ERTE” preexistente, lo que parece implicar que nos encontramos ante el mismo expediente, solo que modificado (reducido) en sus contenidos. En consecuencia, la suspensión o regularización del pago de las prestaciones que deriven de la modificación del ERTE, se efectuará previa comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal de las variaciones en los datos contenidos en la solicitud colectiva inicial de acceso a la protección por desempleo.

5. LOS ERTES POR CAUSAS OBJETIVAS DURANTE LA DESESCALADA

El artículo 2 del RDL 18/2020 se ocupó de las primeras medidas relacionadas con los ERTES ETOP de la desescalada, con un tratamiento muy diferente que el que se adoptó para los ERTES FM. En efecto, en el caso de los de fuerza mayor las

16. El RDL 24/2020 mantiene la expresión “renunciar”, pero en algunos casos utiliza también la de “desafectar”, que es la que se utiliza comúnmente en la práctica de estas medidas de suspensión contractual.

únicas novedades tienen que ver con la duración y el abandono progresivo de unas medidas que en lo demás se mantienen en sus propios términos. Para los de causas objetivas, por el contrario, esta norma resulta mucho más incisiva. El posterior RDL 24/2020 ha introducido también alguna novedad significativa en su regulación, como veremos.

En la desescalada, vamos a encontrar una diferenciación en el seno de los ERTES ETOP, según su fecha. Así, se distinguen:

- los ERTES ETOP iniciados antes de la entrada en vigor del RDL 18/2020, los previos al inicio de la desescalada. Estos continuarán rigiéndose por el artículo 23 original y por lo fijado en el momento de su reconocimiento. Se dice respecto de estos que “los expedientes de regulación temporal de empleo vigentes a la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley seguirán siendo aplicables en los términos previstos en la comunicación final de la empresa y hasta el término referido en la misma”.
- los procedimientos iniciados tras la entrada en vigor del RDL 18/2020 (y hasta el 30 de junio de 2020 originalmente).
- los iniciados tras la entrada en vigor del RDL 24/2020, (y hasta el 30 de septiembre).

A todos se les mantiene la aplicación del artículo 23 del RDL 8/2020; pero a los dos segundos, los de la desescalada, se les aplicarán las especialidades recogidas en ambos RDLs.

Lo más relevante de estas particularidades es que se prevé expresamente el tránsito de un ERTE FM a otro ETOP, admitiéndose que el segundo se solicite estando vigente el primero, y que ambos se sucedan sin interrupción, retrotrayéndose el inicio de efectos del uno a la terminación de los del otro. Con esto se acoge una práctica muy común hasta ahora. Darle una cobertura legal expresa ha sido una de las principales demandas empresariales durante este periodo.

Con los RDLs 18 y 24/2020 se abre a las empresas una ventana para poder solicitar los ERTES ETOP de acuerdo con el régimen especial COVID-19 (esto es, con las exigencias menores del artículo 23 RDL 8/2020 y las especialidades del artículo 2 RDL 18/2020), que se prolonga hasta la fecha límite del 30 de septiembre (originalmente, el 30 de junio). Parece que este es el límite máximo para beneficiarse de esta medida; a partir de entonces habrá que volver a los términos del artículo 47 ET.

El objetivo de la normativa de la desescalada es diferenciar varios tipos de ERTES ETOP, a partir de un elemento temporal. Sin embargo, el Gobierno no ha sido del todo cuidadoso en definir este. Nos explicamos: el artículo 2 RDL 18/2020 lleva por título “procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción comunicados a partir del desconfinamiento”. Parece que la fecha relevante es la de la comunicación empresarial,

que pone fin a la tramitación del expediente. Pero el apartado 1º habla de procedimientos de regulación temporal de empleo basados en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción “iniciados tras la entrada en vigor del presente real decreto-ley”. Al margen de que la fecha concreta del desconfiamento parece difícil de precisar, en cuanto es un procedimiento con fases que se aplican de manera desigual, es evidente que no es lo mismo la fecha de notificación que la de inicio. Respecto de esta última, queda por definir si es inicio del procedimiento o de sus efectos, que en este contexto de crisis puede variar considerablemente. El Gobierno ha sido consciente de este error, y en el artículo 2 RDL 24/2020 ha cambiado su título para referirse a los “procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, sin indicación alguna. Parece que se confirma que la fecha relevante es la del inicio del ERTE, no la de su comunicación.

6. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DURANTE LA DESESCALADA

Como es bien sabido, los ERTES COVID venían acompañados de un régimen especialísimo en materia de desempleo, recogido en el artículo 25 del RDL 8/2020.

El RDL 18/2020 mantiene en gran medida esta regulación, estableciendo en su artículo 3.1 que la prestación por desempleo especial COVID-19, si se nos permite llamarla así, durará como máximo hasta, otra vez, el 30 de junio de 2020: “Las medidas de protección por desempleo previstas en los apartados 1 al 5 del artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, resultarán aplicables hasta el 30 de junio de 2020”, se dice. Un tratamiento distinto recibe esta prestación cuando se aplica a los trabajadores fijos-discontinuos y fijos y periódicos: en este caso, “las medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo reguladas en el artículo 25.6 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, resultarán aplicables hasta el 31 de diciembre de 2020”. Poco más se hace, en realidad, más allá de fijar un límite temporal para esta particular prestación.

El tratamiento de esta cuestión en el RDL 24/2020 es mucho más incisivo, afectando mucho más a esta regulación¹⁷. Para empezar, realiza un nuevo alargamiento

17. La Exposición de Motivos explica esto con mayor detalle: “el artículo 3, relativo a las medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo, tiene en cuenta el carácter heterogéneo de la incidencia y la capacidad de recuperación en los diversos sectores económicos, por lo que se considera necesario prorrogar, hasta el 30 de septiembre, las medidas de protección asociadas a los expedientes de regulación temporal de empleo en los casos que se derivan del impacto del COVID-19 y que fueron inicialmente reguladas en el artículo 25 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo. Se extienden además las especiales medidas de protección por desempleo a las personas que sean afectadas por los nuevos expedientes que se tramiten en caso de rebrote, a los que se refiere la disposición adicional primera”.

de plazos, que ahora llegan hasta el 30 de septiembre (31 de diciembre para fijos discontinuos y fijos periódicos).

También se dispone que la entidad gestora de las prestaciones por desempleo prorrogará hasta el 30 de septiembre de 2020 la duración máxima de los derechos reconocidos en virtud de procedimientos de ERTE COVID, cuya fecha de inicio sea anterior a la entrada en vigor del RDL. Lo que parece implicar que los posteriores a este momento, esto es, los ERTES ETOP iniciados a partir del 27 de junio de 2020 no verán reconocidos estos derechos. La ventana para poder solicitar los ERTES especiales parece haberse cerrado completamente.

Así, para los ERTES ETOP en los que la fecha de la decisión empresarial se comunique a la Autoridad Laboral tras el 27 de junio, la empresa deberá formular solicitud colectiva de prestaciones por desempleo, en representación de las personas trabajadoras, en el modelo establecido al efecto en la página web o sede electrónica del SEPE. El plazo para la presentación de esta solicitud será el establecido en el artículo 268 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, esto es, en el plazo máximo de quince días desde que se produzca la situación legal de desempleo. La causa y fecha de efectos de esta situación legal de desempleo deberán figurar, en todo caso, en el certificado de empresa, que se considerará documento válido para su acreditación.

Se prevé la forma de proceder a la renuncia al ERTE o a la desafectación de algunos de los trabajadores: deberán comunicar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo la baja en la prestación de aquellas personas que dejen de estar afectadas por las medidas de suspensión o reducción con carácter previo a su efectividad. Esta comunicación se entiende sin perjuicio de la obligación de la empresa de comunicar a la entidad gestora las bajas y las variaciones de las medidas vinculadas a los ERTES COVID, en los términos legalmente establecidos y con carácter previo a su efectividad. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social tendrá dichos datos a su disposición, se añade.

Se señala, finalmente, la forma en que las empresas deberán comunicar la regularización de las prestaciones por desempleo, para los ERTES anteriores y posteriores a esta fecha de carácter parcial; esto es,

- en los casos en los que durante un mes natural se alternan periodos de actividad y de inactividad.
- en los supuestos de reducción de la jornada habitual.
- en los casos en los que se combinen ambos, días de inactividad y días en reducción de jornada.

Para estos casos se dice que la empresa deberá comunicar a mes vencido, a través de la comunicación de periodos de actividad de la aplicación *certific@2*, la información sobre los días trabajados en el mes natural anterior. En el caso de los días

trabajados en reducción de jornada, las horas trabajadas se convertirán en días completos equivalentes de actividad. Para ello se dividirá el número total de horas trabajadas en el mes entre el número de horas que constituyesen la jornada habitual de la persona trabajadora con carácter previo a la aplicación de la reducción de jornada.

7. LAS COTIZACIONES SOCIALES DURANTE LA DESESCALADA

Es en este aspecto de la regulación de los ERTES COVID donde las normas de este periodo expresan de manera más clara su función de diseñar un procedimiento de retorno a la normalidad, una vez superada la alarma sanitaria. Un retorno progresivo, que más que una pista de aterrizaje es una escalera para descender del edificio construido durante el estado de alarma hasta el suelo, el Derecho del Trabajo ordinario, antes de que esta construcción se derribe por sus propios constructores.

El procedimiento es muy concreto, ya que cuando se diseña se dispone ya de una información muy aproximada sobre lo que ocurrirá. Es, también, un procedimiento acordado, fruto de los acuerdos interprofesionales que precedieron a la intervención del legislador.

El punto de partida es el artículo 25 RDL 8/2020, que establece el régimen de las cotizaciones sociales a los ERTES COVID durante la fase de alarma. Esta primera regulación se caracteriza por:

- se distingue según el tipo de ERTE, de tal manera que solo los ERTES FM se benefician de estas cotizaciones¹⁸.
- se diferencia el alcance de la exoneración en función de la dimensión de la empresa, según tuviera menos o más de cincuenta trabajadores.
- la cuantía de la exoneración podía ser del 100% o del 75%, según la dimensión
- se establece un mecanismo especial, simplificado, para su solicitud¹⁹.
- las exoneraciones no tenían efectos sobre las personas trabajadoras afectadas, ya que se consideraban los periodos de disfrute como efectivamente

18. De hecho, el artículo 24 se titula “medidas extraordinarias en materia de cotización en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor relacionados con el COVID-19”. En su apartado 1º, se señala que “en los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19 definida en el artículo 22, la Tesorería General de la Seguridad Social exonerará a la empresa del abono de la aportación empresarial (...)”. Es clara la limitación de los beneficiarios de estas especialidades.

19. Se preveía que la exoneración de cuotas se aplicaría por la Tesorería General de la Seguridad Social a instancia del empresario, previa comunicación de la identificación de los trabajadores y periodo de la suspensión o reducción de jornada. A efectos del control de la exoneración de cuotas era suficiente la verificación de que el Servicio Público de Empleo Estatal procediera al reconocimiento de la correspondiente prestación por desempleo por el periodo de que se trate.

cotizados a todos los efectos, sin que resultara de aplicación lo establecido en el artículo 20 LGSS.

A partir de esta situación, los RDLs de la desescalada vienen a adaptar esta regulación original para orientarla hacia su finalización y retorno al estatus quo pre-COVID.

Lo primero que se hace es redefinir quiénes son los beneficiarios de estas exoneraciones. En un principio, el RDL 18/2020 mantiene su limitación a los ERTES FM²⁰. Pero, con posterioridad, el RDL 24/2020 va a operar una ampliación del ámbito de beneficiarios al señalar su artículo 4 que las medidas extraordinarias en materia de cotización que recoge están “vinculadas a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en las causas recogidas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo”; esto es, tanto los ERTES FM como los ETOP²¹. Este precepto dedica apartados diferenciados para cada uno de estos²².

Esta ampliación se explica seguramente por la imposibilidad de instar nuevos ERTES FM a partir de la entrada en vigor de esta disposición. No se aplica, sin embargo, a todos los ERTES ETOP, sino solo a los que las empresas hubieran decidido con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 24/2020, así como a aquellos que fueran continuación de un ERTE FM previo, parece que incluso si se deciden con posterioridad a esta fecha²³. Esta limitación resulta coherente con lo que vimos disponía el artículo 3.3 de este, que señalaba cómo realizar la comunicación de la decisión empresarial a la Autoridad Laboral tras esta entrada en vigor, lo que indica que se están diferenciando dos tipos de ERTES ETOP, en función de esta referencia temporal.

20. Tanto en el título de su artículo 4 como en el articulado de este se repite la referencia a las “medidas extraordinarias en materia de cotización vinculadas a las medidas reguladas en el artículo 1” y, a las “empresas y entidades a las que se refiere el apartado 1 del artículo 1”.

21. Esta posibilidad estaba prevista en la disposición adicional primera del RDL 18/2020, que contemplaba diversas alternativas para extender las medidas especiales en materia de cotización; entre estas, se preveía extenderlas a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en causas objetivas. Estas medidas deberían haberse adoptado mediante acuerdo del Consejo de Ministros, y previa consulta a la Comisión de seguimiento tripartita laboral. No se ha utilizado este procedimiento, sino que se acudido a la aprobación de un nuevo RDL. Esto resulta coherente con la necesidad de dar cumplimiento al II Acuerdo en Defensa del Empleo.

22. En la Exposición de Motivos del RDL 24/2020 se explica cuál es el objetivo de esta extensión: “continuar facilitando una transición adecuada que posibilite la recuperación gradual de la actividad empresarial y que se desarrolle de forma acompasada con la recuperación de la actividad económica general, contando, para ello, con el estímulo necesario”.

23. Así lo indica la Exposición de Motivos: “la misma exención se aplicará, conforme al citado artículo 4 y a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley, a los expedientes de regulación temporal de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción a que se refiere el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, tanto a los anteriores a dicha entrada en vigor como a aquellos iniciados tras la finalización de expedientes basados en la causa prevista en el artículo 22 de dicho real decreto-ley”.

Lo segundo que se fija es la duración de las exoneraciones, que alcanza primero el 30 de junio (art. 4 RDL 18/2020) y después hasta el 30 de septiembre (art. 4 RDL 24/2020).

De esta manera, en su conjunto, se prevén siete meses de exoneración de cotizaciones, una cifra que nos indica la duración total del periodo de excepcionalidad provocado por la COVID-19, y que se ha establecido de manera progresiva del siguiente modo:

- Marzo y abril de 2020 (artículo 24 el RDL 8/2020).
- Mayo y junio de 2020 (art. 4 RDL 18/2020).
- Julio, agosto y septiembre de 2020 (art. 4 RDL 24/2020).

En tercer lugar, se fija también el alcance de las exoneraciones, en dos aspectos, el material y el porcentual. En lo material, la exoneración alcanza a la aportación empresarial, prevista en el artículo 273.2 del texto refundido LGSS²⁴, así como en el relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta. Lo porcentual se fija de acuerdo con una categorización que ahora se verá.

Un cuarto elemento del sistema de exoneraciones de la desescalada es la categorización, la distinción entre distintos supuestos, a partir de unos elementos diferenciales, que determinan la cuantía concreta de estas. Son estos elementos:

- El tipo de ERTE (a partir del 27 de junio de 2020),
- La dimensión de la empresa (hasta cincuenta trabajadores, o cincuenta trabajadores o más),
- El mes del que se trate (hay porcentajes diferenciados para los meses comprendidos entre mayo y septiembre; marzo y abril tenían asignada una misma reducción),
- El hecho de que el trabajador esté afectado por el ERTE o haya reiniciado su actividad.

A partir de estos factores, se establece la cuantía concreta de reducción en la cotización de la que se podrán beneficiar las empresas en cada momento,

Como novedad respecto de las primeras medidas, adoptadas al inicio del confinamiento, ahora se incluyen en el cálculo de este umbral no solo a los trabajadores en alta, sino también a los asimilados a estos. Lo que abre la puerta a incluir en dicho cómputo a personas vinculadas a la empresa pero en una variedad de situaciones contractuales: excedencia forzosa, excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo, periodos de inactividad entre trabajos de temporada, altos cargos

24. Como es sabido, según esta disposición, “en los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato, la empresa ingresará la aportación que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación del trabajador, una vez efectuado el descuento a que se refiere el apartado anterior”.

de la empresa, etc. Esta inclusión se introduce en el artículo 4 RDL 18/2020, y se reitera en el homónimo del RDL 24/2020²⁵.

En cuanto a la forma en que se aplicarán, el apartado 3º dispone que estas exenciones se aplicarán por la Tesorería General de la Seguridad Social a instancia de la empresa, previa comunicación sobre la situación de fuerza mayor total o parcial, así como de la identificación de las personas trabajadoras afectadas y periodo de la suspensión o reducción de jornada. Para que la exoneración resulte de aplicación, esta comunicación se realizará, por cada código de cuenta de cotización, mediante una declaración responsable, que deberá presentarse, antes de que se solicite el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente, a través del Sistema RED.

Será suficiente, a los efectos de su control, según añade el apartado 4º, que la verificación de que el Servicio Público de Empleo Estatal (o, en su caso, el Instituto Social de la Marina) proceda al reconocimiento de la correspondiente prestación por desempleo por el periodo de que se trate. En un primer momento (art. 4.4 RDL 18/2020) se preveía que la Tesorería General podía establecer los sistemas de comunicación necesarios con el Servicio Público de Empleo Estatal para el contraste con sus bases de datos del contenido de las declaraciones responsables y de los periodos de disfrute de las prestaciones por desempleo. Luego se añadió que ambas entidades proporcionarán a la Tesorería General de la Seguridad Social la información de las prestaciones de desempleo reconocidas a los trabajadores incluidos en ambos tipos de ERTE COVID, desde el mes de marzo hasta la finalización de las exenciones (artículo 4.4 RDL 24/2020).

Como ya se preveía en el artículo 24.2 RDL 8/2020, estas exenciones en la cotización no tendrán efectos para las personas trabajadoras, manteniéndose la consideración del periodo en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el artículo 20 LGSS.

Para terminar, merece la pena destacar cómo el artículo 4.6 RDL 18/2020 aclara las fuentes de financiación de estas exoneraciones:

- a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social, en el caso de la aportación empresarial por contingencias comunes,
- a cargo de las mutuas colaboradoras, en el caso de la aportación empresarial por contingencias profesionales,
- a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, en el caso de la aportación empresarial para desempleo y para formación profesional,

25. Para mantener la coherencia internormativa, la disposición adicional primera RDL 18/2020 da nueva redacción al apartado 1 del artículo 24 RDL, para establecer que, a la hora de calcular el umbral que determina el porcentaje de exoneración de las cuotas en los ERTES FM vinculados al COVID-19, se tendrán en cuenta el número de personas empleadas en la empresa, así como aquellas “asimiladas a personas trabajadoras por cuenta ajena”.

- a cargo del Fondo de Garantía Salarial, en el caso de las aportaciones que financian sus prestaciones.

En el RDL 24/2020 se altera la redacción de este precepto, que dice ahora que

las exenciones reguladas en este artículo serán a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social, de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, del Servicio Público de Empleo Estatal y del Fondo de Garantía Salarial, respecto a las aportaciones que financien las prestaciones cubiertas por cada uno de ellos²⁶.

Este sería el régimen general. El RDL 24/2020 crea, además, un régimen especial, recogido en su disposición adicional primera, para algunas entidades que se consideran merecedoras de una especial protección por sus características geográficas o sectoriales, o por encontrarse en situaciones extraordinarias²⁷, que se aplica a partir del 1 de julio. Así, las empresas y entidades que, a 30 de junio de 2020, continúen en situación de fuerza mayor total, disfrutarán de una reducción especial en sus cuotas. El alcance material de la exoneración es el mismo del régimen general de los ERTES COVID durante la desescalada: la aportación empresarial del artículo 273.2 LGSS y las cuotas por conceptos de recaudación conjunta. Los porcentajes y condiciones varían igualmente en función de la dimensión de la empresa, el mes y si los trabajadores han sido reactivados o continúan en el ERTE.

8. NUEVOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ERTES COVID

Como en su momento se indicó, algunas de las medidas adoptadas durante la fase de desescalada no tenían el objeto de regular propiamente esta, sino el de completar la regulación de las figuras centrales propias de la crisis sanitaria global, que no había sido adecuadamente resuelta cuando fueron introducidas.

26. Es interesante señalar que el RDL 18/2020, para mantener la coherencia entre las distintas normas de este periodo, modificó el artículo 24 del RDL 8/2020, que introdujo en un primer momento esta exoneración, mediante la adición de un nuevo apartado 5º, de redacción similar a la de su artículo 4.6. El RDL 24/2020 no ha modificado, sin embargo, esta disposición, por lo que sigue vigente con esta redacción diferente.

27. La Exposición de Motivos la explica en los siguientes términos: “la disposición adicional primera recoge las medidas de transición y acompañamiento que se han entendido necesarias para determinadas empresas y entidades que, por características geográficas o sectoriales, o ante situaciones extraordinarias, necesitan de una especial atención y protección”.

8.1. La obligación de mantenimiento del empleo

Vamos a encontrar este objetivo claramente en la disposición final primera RDL 18/2020, dedicada a la modificación del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. En su apartado tercero el RDL continúa con la delimitación de la obligación de mantenimiento del empleo, prevista ya desde el inicio del periodo, a partir de la famosa disposición adicional sexta del RDL 8/2020. Este era uno de los aspectos más oscuros de la reforma, ante su falta de definición original, que se ha compensado, en parte, con cambios legislativos y documentos administrativos. La disposición final primera viene a introducir una nueva redacción, mucho más extensa, de este precepto²⁸. Ahora se aclaran su alcance y sus consecuencias, a través de la concreción de sus ámbitos subjetivo y objetivo, de las medidas vinculadas y de las consecuencias de su incumplimiento, teniendo en cuenta además las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable y, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo²⁹.

En el régimen vigente, las medidas extraordinarias previstas para los ERTES FM 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. Se aclara qué se entiende por “mantenimiento del empleo”, que será “la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla”. Se añade (apartado 2º) que este compromiso “se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes”. Queda claro que el Gobierno ha optado por un modelo nominalista en cuanto al mantenimiento del empleo, de tal modo que no basta con que la empresa conserve las dimensiones de su plantilla, sino que deberá asegurar la ocupación a todos los trabajadores afectados por el expediente, que deberán ser reincorporados efectivamente a su trabajo, sin poder ser despedidos o ver sus contratos extinguidos.

Se mantienen las excepciones lógicas ya introducidas durante la vigencia del RDL 8/2020. De manera temprana, la Dirección General de Trabajo, en respuesta a una consulta elevada por CEOE, interpretó en su momento esta prescripción en los siguientes términos:

28. Un completo análisis de esta disposición en Mercader Uguina & Puebla Pinilla 2020; también en Todolí Signes 2020.

29. Si bien, como señalan Mercader Uguina & Puebla Pinilla 2020, en esta materia seguimos en gran parte “caminando entre tinieblas”.

la empresa deberá mantener el empleo de manera que no podrán producirse extinciones –sin perjuicio, por tanto de suspensiones o reducciones de jornada–, salvo aquellas que resulten ajenas a la voluntad del empresario o que se puedan resolverse válida y lícitamente por la concurrencia de las causas previstas en el artículo 49.1.c), teniendo en cuenta, no obstante, lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 9/2020 a propósito de la extensión del periodo suspendido, debiendo en caso contrario reintegrarse las cuotas dejadas de ingresar. Ahora es la propia norma la que viene a acoger este criterio.

Así, no se considerará incumplido dicho 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 este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. 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.

Es en las consecuencias donde el acuerdo resulta más incisivo: deberán reintegrar la totalidad de las cotizaciones de cuyo pago fueron exoneradas, con recargos e intereses. Ello con independencia del número de trabajadores afectados. Será la Inspección de Trabajo la que determine la cantidad a devolver. Se señala, de este modo, que

las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.

Conscientes del alcance potencial de esta solución, que puede resultar excesiva para muchas empresas, especialmente en el contexto de crisis económica postco-vid-19, se prevén algunos mecanismos para reducir sus efectos. Por un lado, se tendrá en cuenta la especificidad de los distintos sectores, en particular aquellos con alta estacionalidad o variabilidad en el empleo; lo que supone que en algunos sectores económicos se admitirán despidos sin que se considere incumplido el deber de mantener el empleo.

Por otro, se exonera del deber de reintegro cuando la empresa se encuentre en riesgo de concurso. Estar en esta situación cuando se dé el supuesto previsto en el artículo 5.2 de la Ley Concursal de 2003 (la todavía vigente, al estar la nueva todavía en su amplia *vacatio legis*): cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden

servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2. Son estos:

- el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
- la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
- el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor.
- el incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes, siempre que haya transcurrido el plazo correspondiente: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Hay un aspecto significativo en esta nueva redacción de la disposición adicional sexta que merece destacarse: en su versión original se decía 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”. Esto es, el compromiso de empleo se vinculaba con todas las medidas recogidas en el RDL, incluyendo los dos tipos de ERTE (FM y ETOP). A partir de esta reforma, queda claro que esta obligación rige respecto exclusivamente de los ERTES del artículo 22, los de fuerza mayor. Así lo había interpretado ya la Dirección General de Trabajo, que había afirmado que solo regía en caso de fuerza mayor.

Este cambio debe tener un sentido, algún efecto para los amparados en causa ETOP, que parecen quedar exonerados de este deber. Al menos, los posteriores a la aprobación del RDL 18/2020. Esta exclusión no ha durado, sin embargo, mucho.

Y ello porque, con posterioridad, el artículo 6 del RDL 24/2020 ha modificado esta regulación señalando en su apartado primero que este compromiso de mantenimiento del empleo se extenderá también a las empresas y entidades que apliquen un expediente de regulación temporal de empleo por causas ETOP, siempre que estas se beneficien de las medidas extraordinarias en materia de cotización previstas en el artículo 4 del mismo RDL. Esto tiene sentido, puesto que si se han extendido a los ERTES ETOP los beneficios originalmente reconocidos exclusivamente a los ERTES FM, es lógico que se les aplique también la obligación de mantener los empleos que aparece vinculada a aquéllos.

Otro aspecto del régimen del deber de mantener el empleo que no había sido resuelto cuando se introdujo en el RDL 8/2020 era el de su duración. Los posteriores de la desescalada lo han completado, señalando el RDL 18/2020 que el plazo de seis meses se computa desde la fecha de reanudación de la actividad. Esta regla se aplica

solo a los ERTES COVID realizados antes de finales de junio de este año, ya que, con posterioridad, el artículo 6.2 del RDL 24/2020 dispone que este plazo empezará a computarse desde la entrada en vigor del propio RDL para las empresas que se beneficien por primera vez de las medidas extraordinarias previstas en materia de cotizaciones.

8.2. Limitaciones al acceso a los ERTES COVID

El artículo 5 RDL 18/2020 introdujo dos medidas adicionales dirigidas a introducir elementos de equidad en este reparto de los costes que suponen los ERTES entre trabajadores, empresas y Estado.

La primera medida es excluir de algunas de estas medidas a las empresas que tengan su domicilio fiscal en territorios considerados como paraísos fiscales. En concreto, se dice que estas “no podrán acogerse a los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en el artículo 1 de este real decreto-ley”. Esto es, a los ERTES FM prorrogados por esta norma hasta el 30 de junio de este año. Entendemos que solo de estos, los que se han beneficiado de la publicación de esta ampliación de plazo, y en tanto en cuanto dure esta. Es cierto que no queda claro del todo. Podría pensarse que esta disposición supone que estas empresas quedan excluidas por completo de los ERTES de este tipo; esto supondría una aplicación retroactiva de esta limitación, ya que cuando se introdujeron estos expedientes en el RDL 8/2020 no se señaló nada al respecto, y las empresas con beneficios podían acogerse a estos sin problemas. Este hecho, y la referencia expresa a los ERTES “regulados en el artículo 1 de este real decreto-ley”, y no a los ERTES del artículo 22 del RDL 8/2020 nos induce a pensar así.

Tamaño exclusión rige para “las empresas y entidades que tengan su domicilio fiscal en países o territorios calificados como paraísos fiscales conforme a la normativa vigente”, por lo que habrá que estar a lo que estas dispongan.

El artículo 5 RDL 18/2020 dice que estas empresas, las que radican en paraísos fiscales y/o repartan beneficios, “no podrán acogerse a los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en el artículo 1 de este real decreto-ley”. *Contrario sensu*, parece que estas sí podían utilizar la medida del ERTE ETOP, que en este momento no tenían beneficios en materia de cotización. El artículo 5 del RDL 24/2020 extiende la prohibición a acogerse “a los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en los artículos 1 y 2 del presente real decreto-ley”, lo que incluye también ahora a ambos tipos de ERTE COVID, pues a ambos se extiende este beneficio.

La segunda medida que se impone es que las empresas que ocupen a más de cincuenta trabajadores, acogidas a ERTES, no podrán repartir beneficios, salvo que

devuelvan los beneficios recibidos³⁰. En estos términos, las sociedades mercantiles u otras personas jurídicas acogidas a estos expedientes y que utilicen los recursos públicos destinados a los mismos, no podrán proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos expedientes de regulación temporal de empleo. Aunque la redacción del precepto pretende aclarar su alcance, se plantea la duda de si la referencia al ejercicio fiscal se refiere al momento de generación del dividendo, o al de reparto efectivo de este. Una complicación es la fecha en la que se aprueba el RDL 18/2020, algunas semanas antes de que se termine de liquidar el impuesto de sociedades y se pueda determinar el resultado del año fiscal a los efectos de tomar la decisión sobre el reparto o no de beneficios.

No es una prohibición absoluta: podrán hacerlo si abonon previamente el importe correspondiente a la exoneración aplicada a las cuotas de la Seguridad Social. No se tendrá en cuenta el ejercicio en el que la sociedad no distribuya dividendos, a los efectos del ejercicio del derecho de separación de los socios previsto en el apartado 1 del artículo 348 bis del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

De nuevo, se distingue entre las empresas atendiendo a la dimensión de su plantilla, ya que esta limitación se aplicará a aquellas entidades que, a fecha de 29 de febrero de 2020, tuvieran menos de cincuenta personas trabajadoras, o asimiladas a las mismas, en situación de alta en la Seguridad Social.

El artículo 5 RDL 24/2020 amplía el ámbito de aplicación de esta restricción, una vez más, a los ERTES ETOP.

8.3. La prohibición de obtener recursos humanos adicionales durante los ERTES COVID

El RDL 24/2020 introduce un nuevo aspecto en el régimen jurídico de los ERTES COVID, fruto del acuerdo social, destinado a garantizar que estas medidas cumplen su función, y que las empresas van a desafectar efectivamente a los trabajadores afectados por estos en caso de necesitar incrementar su actividad. Para ello, se les impide cualquier medida alternativa para incrementar su capacidad productiva que no suponga el retorno de sus empleados al trabajo. Esta nueva regla, introducida justo cuando la excepcionalidad ya termina, viene a apoyar la existencia de un cierto “deber de desafectar” que se impone a las empresas beneficiarias de ERTES COVID.

Con este fin se señala que las empresas, mientras dure la aplicación de un ERTE COVID, no podrán realizar horas extraordinarias, establecer nuevas externalizaciones

30. Originalmente, solo las acogidas a ERTES FM; a partir del RDL 24/2020, también las que tienen un ERTE ETOP.

de la actividad ni concertar nuevas contrataciones, sean directas o indirectas³¹. No podrán, de esta manera, incrementar la jornada de sus empleados no afectados por la suspensión, ni obtener la colaboración de otras empresas, tanto ETT como empresas contratistas³². Esta prohibición se aplica tanto a los ERTES FM (artículo 1.3) como a los ERTES ETOP (artículo 2.5).

La norma establece también situaciones que, a modo de excepción, permitirán recurrir a estas medidas: cuando las personas reguladas y que prestan servicios en el centro de trabajo afectado por las nuevas contrataciones, directas o indirectas, o externalizaciones, no puedan, por formación, capacitación u otras razones objetivas y justificadas, desarrollar las funciones encomendadas a aquellas. La posibilidad de aplicar esta excepción queda supeditada a la información al respecto por parte de la empresa a la representación legal de su plantilla, con carácter previo a su puesta en práctica.

Las consecuencias de incumplir este mandato no quedan claras, por más que se diga que “podrán constituir infracciones de la empresa afectada”, ya que la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social no recoge un tipo específico para incumplimientos como estos. De nuevo la vertiente sancionadora de una norma de este periodo resulta deficiente, y seguramente deberá ser completada. No es la primera vez que ocurre esto durante el periodo de la crisis sanitaria global.

8.4. Situación de los trabajadores en ERTES COVID que no tengan derecho a prestaciones por desempleo

La disposición adicional segunda recoge una medida destinada a mejorar la protección de las personas afectadas por ERTES COVID que no tengan derecho a las prestaciones por desempleo³³. Para estos trabajadores se dispone que se considerarán en situación asimilada al alta durante dichos periodos, a los efectos de considerar estos como efectivamente cotizados aunque la empresa no haya estado obligada al ingreso de la aportación empresarial. Esto se aplicará únicamente durante los periodos de aplicación de las exenciones en la cotización previstos para los ERTES COVID en las sucesivas regulaciones de estos. Se tomará como base de cotización

31. Llama la atención la modernidad del lenguaje utilizado en la redacción de este precepto, en el que encontramos expresiones que, sin ser estrictamente nuevas, no son las que suelen aparecer en nuestras normas laborales. Así, se habla de “externalización” para referirse a la subcontratación; y de “contratación indirecta” para referirse a las ETT.

32. Repárese en que se habla de “nuevas externalizaciones”, lo que parece legitimar, otra vez *con- trario sensu*, que se reactiven subcontrataciones preexistentes al ERTE.

33. Encontramos un ejemplo de estas situaciones en la Exposición de Motivos del RDL 24/2020: “por ejemplo, los asimilados a trabajadores por cuenta ajena a los que se refiere la letra c) del apartado 2 del artículo 136 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre”.

para estos periodos de suspensión o reducción de jornada el promedio de las bases de cotización de los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de dichas situaciones.

9. LOS ERTES DEL REBROTE

El restablecimiento de la vida cotidiana, superado el confinamiento provocado por la COVID-19, se ha hecho con grandes precauciones, lo que no puede evitar la preocupación por un posible aumento de la incidencia de la enfermedad, rompiendo la tendencia descendiente que hemos sido capaces de establecer en los últimos meses. Se ha acuñado una expresión, la de “rebrote”, para definir las situaciones en las que se produce un aumento del número de contagios, hasta ahora localizado. Pues bien, el Derecho del Trabajo no ha sido ajeno a esta posibilidad, y las normas reguladoras de la desescalada laboral han previsto expresamente qué hacer si se produce una situación de este tipo y se adoptan nuevas medidas excepcionales.

Recordemos el escenario en el que nos movemos: los ERTES COVID siguen vigentes hasta la fecha de su finalización, con el límite del 30 de septiembre de 2020; ya no resulta posible solicitar un ERTE FM; y los ERTES ETOP que se puedan solicitar no disfrutaban de las ventajas que tuvieron en su momento.

En esta situación de tránsito progresivo a la normalidad, ¿qué ocurre si un rebrote de la enfermedad obliga a adoptar restricciones a la movilidad o a la actividad económica? De dar respuesta a esta pregunta se ocupa la disposición adicional primera RDL 24/2020, que introduce lo que podemos denominar como “ERTES REBROTE”³⁴.

El supuesto de hecho es que las empresas y entidades vean impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en alguno de sus centros de trabajo. Y el régimen que contiene se aplica a partir del 1 de julio de 2020.

Estas empresas deberán solicitar y obtener autorización de un expediente de regulación temporal de empleo de fuerza mayor en base a lo previsto en el artículo 47.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Una vez obtenida esta autorización, las empresas podrán beneficiarse de unas exoneraciones que se fijan en función de la dimensión de la empresa: cuando la empresa hubiera tenido menos de cincuenta personas trabajadoras o asimiladas a las mismas en situación de alta en la Seguridad Social a 29 de febrero de 2020, la exoneración llegará al 80 % de la aportación empresarial devengada durante el periodo

34. De manera parecida los denomina Beltrán de Heredia, que los califica como “ERTE por fuerza mayor por rebrote”; en Beltrán de Heredia Ruiz 2020c.

de cierre, y hasta el 30 de septiembre; si la plantilla de la empresa supera esta dimensión, esta reducción se reduce al 60 %. Estas exoneraciones se aplicarán respecto de las personas trabajadoras adscritas y en alta en los códigos de cuenta de cotización de los centros de trabajo afectados.

El régimen jurídico de las exenciones de estos ERTES-REBROTE se completa con las siguientes reglas:

- En primer lugar, serán incompatibles con las indicadas en el artículo 4 RDL 24/2020.
- En segundo lugar, les resultarán de aplicación los apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 4 RDL 4/2020.
- El alcance de la exoneración será similar a la prevista para los ERTES COVID, esto es, la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 LGSS y las cuotas por conceptos de recaudación conjunta.
- Finalmente, cuando estas las empresas y entidades reinicien su actividad, les serán de aplicación desde dicho momento, y hasta el 30 de septiembre de 2020, las medidas reguladas en el artículo 4.1 RDL 24/2020; esto es, las exoneraciones previstas para los ERTES FM.

De esta manera, los ERTES REBROTE serán mayormente unos ERTES ordinario, del Estatuto de los Trabajadores. La causa a alegar será la fuerza mayor, siendo esta la posible medida restrictiva de su actividad impuesta por los poderes públicos para combatir el repunte de la enfermedad. Las especialidades no están ya en la tramitación, sino en el régimen de cotizaciones a la Seguridad Social. Una figura muy próxima ya a los ERTES comunes, de la normalidad laboral a la que ya nos estamos acercando.

10. VALORACIÓN FINAL Y CONCLUSIONES

La construcción del Derecho del Trabajo de la emergencia laboral, se ha realizado sobre la base de la adaptación de una figura ya conocida, pero poco utilizada, la del ERTE, a la que se han añadido tal número de especialidades y adaptaciones que hemos podido hablar con razón de unos “ERTES COVID”, cuya utilización ha sido masiva durante este periodo. Aparecieron como tales en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que ha actuado como el verdadero texto central de este Derecho laboral excepcional. Norma verdaderamente de urgencia, elaborada para una realidad desconocida y sin precedentes, ha sido completada por otras posteriores para resolver algunas de sus carencias y para mejorar la protección que pretendía ofrecer para trabajadores y empresas.

Dieciséis reales decretos-leyes y tres meses y medio después, el RDL 24/2020, de 26 de junio, parece haber dado el último paso en la evolución del Derecho del Trabajo de la emergencia sanitaria, en una fase de claro retorno a la normalidad. Aunque no será la última de estas disposiciones que veamos, lo cierto es que dibuja un escenario cuyo final, el 30 de septiembre, nos deja prácticamente en la normalidad laboral, en las mismas reglas que regulaban las relaciones laborales antes del estado de alarma. Esta norma, junto con su antecesora directa el RDL 18/2020, establece la regulación de los ERTES COVID a lo largo de una serie de etapas que el legislador laboral ha fijado para facilitar la vuelta al orden normal de las cosas, a la aplicación ordinaria del Estatuto de los Trabajadores y del resto del ordenamiento laboral.

El recurso a los ERTES se explica porque el Gobierno español, al igual que los de otras naciones que han debido afrontar una crisis similar, acudió a las figuras laborales disponibles. Y, entre estas, estos mecanismos de suspensión contractual y reducción de jornada parecían la opción más evidente. Se adecuaba perfectamente a los objetivos que se querían lograr con el Derecho del Trabajo de la Pandemia Mundial, asegurar a la vez el confinamiento de los trabajadores y la salvaguardia de los puestos de trabajo, mediante la ayuda económica a las empresas, a las que se les levantaban los costes laborales, tanto salariales como de Seguridad Social, en tanto no fuera posible volver a la situación previa. La valoración del éxito o fracaso de esta medida debe hacerse teniendo en cuenta estos objetivos, que en un principio eran prioritariamente sanitarios.

Disponibilidad y adecuación no son los únicos criterios que deben ser tenidos en cuenta para evaluar la decisión de optar por estos expedientes en lugar de por otro tipo de medidas. Se trata de opción que encaja en los esquemas de la responsabilidad social, como una forma de reestructuración socialmente responsable. En efecto, su objetivo de asegurar el mantenimiento del empleo durante una crisis que se presumía temporal resultaba coherente con los modelos de gestión de los procesos de reestructuración laboral diseñados de acuerdo con los principios de la responsabilidad social empresarial³⁵. De hecho, en la crisis anterior, la iniciada a nivel mundial con la caída de Lehman Brothers, se había promovido el uso de los ERTES como alternativa menos costosa en términos sociales que los ERES entonces disponibles para las empresas. La regulación que todavía existe en el Estatuto de los Trabajadores refleja esta intención, que sin embargo no pudo ser llevada a la práctica por la gravedad de las dificultades para las empresas.

Apostar por los ERTES parece también una buena idea desde los esquemas de la flexibilidad, que, aunque están un poco olvidados, siguen siendo la estrategia oficial de la Unión Europea en materia laboral³⁶. Los ERTES COVID compaginan

35. Sobre esta construcción, Rodríguez-Piñero Royo, 2012.

36. Para un estudio de la legislación de este periodo desde el punto de vista de la flexibilidad, véase Lahera Forteza, 2020.

una seguridad para los trabajadores –mantienen su empleo y un ingreso, sin afectar a prestaciones futuras–, con una flexibilidad para las empresas –que pueden reducir sus costes laborales y su capacidad productiva con mucha facilidad y sin grandes costes–. La excepcionalidad laboral ha permitido introducir el tercer elemento que hace viable los modelos flexigueros, y que había faltado en España: la intervención del Estado aportando los fondos necesarios para financiar las medidas de soporte económico a los trabajadores a los que las empresas daban de baja temporalmente. Esta contribución, que ya existía en realidad, fue potenciada hasta convertirla en el elemento central que hacía que todo el mecanismo funcionara. Ha sido el esfuerzo del Estado, a través de prestaciones sociales y exoneraciones a cotizaciones, lo que ha hecho posible evitar una destrucción masiva de empleos a lo largo de los meses de la crisis COVID-19.

Cumplida su función, superadas las restricciones más importantes a la actividad de las empresas y agotada, quizás, la capacidad económica del Estado, ahora es el momento de gestionar la compleja situación con los recursos tradicionales del Derecho del Trabajo español. La desaparición progresiva de los ERTES COVID expresa, así, el final de la excepcionalidad.

La normalidad parece estar ya a la vista y poco de lo que hemos experimentado durante la crisis subsistirá. No estaría mal, sin embargo, que algo sobreviva: la capacidad de empresas, trabajadores e interlocutores sociales de llegar a acuerdos, tanto en las empresas como a nivel nacional. Este clima de colaboración y confianza, que no es el normal en España, ha ayudado mucho para gestionar esta crisis. Ojalá podamos mantenerlo para capear lo que se nos viene encima ahora.

11. ADENDA: EL IMPACTO DEL RDL 30/2020, DE 30 DE SEPTIEMBRE

Este trabajo pretendió originalmente analizar una fase concreta del Derecho del Trabajo de la crisis del COVID-19, la que se denominó de manera general como “la desescalada”. Se preveía un retorno razonablemente rápido a una situación de normalidad, y se intentó responder a las necesidades de trabajadores y empresarios prorrogando los ERTES hasta una fecha considerada razonablemente como de finalización de la anormalidad. Se le puso término, así, a la “anormalidad COVID”, al Derecho del Trabajo de la emergencia sanitaria cuya finalización se vislumbraba ya. Básicamente, se resolvió la situación de los ERTES especiales para las empresas afectadas por la pandemia cuya vigencia estaba por terminar. La fecha que se eligió fue la del 30 de septiembre de 2020, superado el verano. Se esperaba, y tenía sentido, que la situación a esta fecha habría permitido ya el regreso a la normalidad productiva, y por tanto a la laboral. Los interlocutores sociales se dotaban no sólo de una solución

adecuada para estos meses; sino también de un plazo suficiente para negociar nuevas medidas, en caso de considerarse necesarias.

Desgraciadamente, las cosas no fueron como se esperaba. El rebrote se adelantó, y la repuesta de los poderes públicos y de la sociedad no fue capaz de detenerlo. La fecha del 30 de septiembre demostró ser excesivamente optimista, y parecía que el plazo podría terminar sin que la situación se hubiera resuelto. La continuidad de los ERTES COVID se planteó como un problema de primer orden para la sociedad española, porque su finalización antes de producirse la recuperación económica abocaba a las empresas al desastre y a los trabajadores al despido. El tan temido “paso del ERTE al ERE”, que siempre se quiso evitar, parecía una realidad palpable.

Se disponía de un plazo razonable para negociar, pero el acuerdo tardó demasiado en llegar, agotándose el límite máximo disponible. Forma parte de nuestra cultura de relaciones laborales la tensión en los procedimientos de negociación, el agotamiento de los plazos, los acuerdos tras sesiones exhaustivas. Nos lo podríamos haber ahorrado, porque la voluntad del gobierno de no dejar caer a los ERTES COVID era clara. Nos jugábamos, además, mucho. No puede ser que un tema tan importante tenga que ser resuelto en las últimas horas, tras una agonía de anuncios y cancelaciones, sin que los destinatarios de la nueva regulación, empresas, trabajadores y asesores, tengamos ocasión de conocerla y de preparar mínimamente su aplicación. Ya no tenemos la excusa de lo inesperado o sobrevenido, porque sabíamos hace meses que este momento iba a llegar. Es lo que pasa cuando adoptas medidas a plazo, como se ha venido haciendo durante la crisis sanitaria; y cuando lo haces fiándolo a escenarios futuros que no se cumplen.

Finalmente se llegó a la publicación en el Boletín Oficial del Estado núm. 259, de 30 de septiembre de 2020 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. Esta norma se publicó estando cerrado y maquetado este artículo, y abre una nueva fase, tras la frustración del proceso de desescalada iniciado por el RDL 18/2020, que prolonga el proceso hasta el 31 de enero de 2021. Se mantienen algunos elementos del modelo anterior, pero también se introducen otras novedades significativas. De lo uno y de lo otro me ocuparé en las pocas páginas de este anexo. Toda esta nueva regulación requiere y merece un estudio en profundidad, que está ya en curso. No es lo que pretendo hacer aquí, sino que me limitaré a indicar algunos elementos que entiendo fundamentales para conocer cómo será esta nueva fase.

Lo primero, lo más urgente, es que se prorrogan los ERTES COVID FM basados en el artículo 22 RDL 8/2020 vigentes a la entrada en vigor del RDL 30/2020; esta prórroga es automática, y se prolonga hasta el 31 de enero de 2021. Se repite lo que ya se hizo en su momento con el RDL 18/2020 y el RDL 24/2020, que se ha comentado en este artículo.

Durante su periodo de vigencia, algunos de estos ERTES FM prorrogados automáticamente podrán continuar beneficiándose de exoneraciones en las cotizaciones. A estos efectos se mantiene la distinción entre las empresas por la dimensión de la plantilla: 85% de reducción para las de menos de 50 trabajadores; 75% para el resto.

Las empresas que pueden continuar beneficiándose de las reducciones son las siguientes

- empresas pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura y una reducida tasa de recuperación de actividad; estas empresas se identifican mediante una tabla anexa al RDL en la que se señala un listado cerrado de CNAEs
- empresas que formen parte de la cadena de valor de las empresas a las que se refiere el apartado anterior,
- empresas cuyo negocio dependa indirectamente y en su mayoría de estas mismas empresas

Éste ha sido el aspecto crucial del debate en torno a la prórroga de los ERTES FM, con las asociaciones empresariales demandando el mantenimiento de las reducciones con el mayor alcance posible frente a las (lógicas) resistencias gubernamentales. Al final se ha llegado a un acuerdo en el que se siguen beneficiando de estas ventajas las empresas de los sectores más afectados; a cambio de que los empresarios aceptaran el mantenimiento de algunas medidas relacionadas con el mantenimiento del empleo cuya supresión habían demandado.

Igualmente se mantiene la posibilidad de solicitar los ETOP extraordinarios hasta la misma fecha, el 31 de enero de 2021, que se convierte en un nuevo icono temporal, en un límite de duración del Derecho del Trabajo de la pandemia, que alcanzará así casi siete meses, si no se producen nuevas prórrogas. Más de lo que han durado algunas normas legales en España. se pueden tramitar a partir del 1 de octubre.

A éstos se aplicarán los términos previstos en la comunicación final de la empresa, previéndose además la posibilidad de prórroga por acuerdo. También se articula su aplicación como prolongación de un ERTE COVID FM anterior. Y se prevé que puedan aplicar exoneraciones como ERTE FM prorrogados, si están en uno de los CNAE del Anexo, en dos supuestos:

- si se inician tras un ERTE FM
- si ya se beneficiaron de exoneraciones en la cotización previstas en el RDL 24/2020.

Se declara también la subsistencia de los de rebrote, introducidos por el RDL 24/2020. Mantendrán las condiciones establecidas en las resoluciones de la autoridad laboral. Desde el 1 de octubre se les aplicarán las exoneraciones previstas para los ERTE FM por impedimento.

Y junto a ellos se introducen otros nuevos tipos, los ERTES por impedimento y por limitación del desarrollo normal de la actividad de la empresa. Los primeros, (ERTES por impedimento) se permiten a las empresas que no puedan desarrollar su actividad a resultas de decisiones de contención sanitaria de las autoridades posteriores al 1 de octubre. Los segundos (ERTES por limitaciones) se destinan a las empresas cuya actividad se vea limitada a resultas de decisiones de las autoridades. Ambos tienen su propia tabla de reducciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, y su duración se vincula a la de la de las nuevas medidas de impedimento o limitación. Como curiosidad el impedimento puede deberse a decisiones de autoridades públicas españolas o extranjeras, mientras que el de limitación sólo cabe por medidas adoptadas por las autoridades españolas. Esto se entiende si se tienen en cuenta los efectos de algunas decisiones sobre desplazamientos a España impuestas por los Gobiernos de otros Estados.

Un panorama muy amplio que pretende no sólo mantener disponibles estos instrumentos, sino también adaptarlos a las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse las empresas. Algo que con las urgencias de meses anteriores no hubo ocasión de hacer.

Junto a estas novedades abundan las medidas ya previstas en el RDL 24/2020 (o en normas anteriores de este periodo) cuya vigencia se mantiene. Entre éstas destacan aquellas que intentaban “moralizar” el comportamiento de las empresas beneficiarias de las ventajas recogidas en la normativa COVID, que se reiteran sin grandes novedades:

- se prohíbe una vez más el reparto de dividendos durante el ejercicio fiscal 2020 para estas empresas
- continúa la prohibición de utilizar un ERTE COVID para empresas con sede en paraísos fiscales
- se reitera la obligación de mantenimiento del empleo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, una de las medidas más criticadas por los sectores empresariales. Este mantenimiento es requisito indispensable para mantener las exoneraciones de cotizaciones a la Seguridad Social. Se incorpora ahora que si la empresa ya estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido, el inicio de los seis meses se producirá cuando el plazo de aquel haya terminado. Ésta sería la primera faceta de que se suele denominar “prohibición de despedir”, muy debatida durante las negociaciones para la prórroga de los ERTES COVID.
- Vuelve a establecerse que las causas justificativas de ERTE FM y ETOP COVID no pueden ser alegadas para justificar la extinción del contrato de trabajo, la otra cara de la “prohibición de despedir”
- La interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales de los afectados continúa vigente.

- Se reitera la prohibición de horas extraordinarias, de nuevas externalizaciones de la actividad y de nuevas contrataciones, sean éstas directas o indirectas.

Estas medidas vinculadas con el empleo, que se mantienen y alargan, podían tener todo el sentido cuando comenzó a aprobarse la legislación COVID; cuando se preveía que la paralización sería corta y la recuperación rápida. Una medida diseñada para una curva en V. Cuando la figura de ésta ni se acerca a lo que se esperaba, mantenerla en sus mismos términos parece inadecuado. Su alcance, también, al no preverse una proporción entre la dimensión y la causa de los despidos tras un ERTE.

Otro aspecto esencial de las negociaciones de la prórroga de los ERTES COVID fue el tratamiento de la protección por desempleo para los trabajadores incluidos en los ERTES. El alargamiento de la situación excepcional estaba generando una presión sobre los presupuestos públicos importante; y la aplicación de la normativa preexistente sobre desempleo estaba acernado la fecha de la reducción de la cuantía de las prestaciones del 70% al 50% de la base reguladora. Las pretensiones de las organizaciones sindicales durante la negociación se centraron en mantener el cómputo a cero de las prestaciones por desempleo, de tal modo que las percibidas durante un ERTE COVID no consumieran aquellas a las que se tenía derecho de acuerdo con la legislación en la materia (el llamado “contador a cero”); y a evitar la bajada en la cuantía de éstas, consecuencia de la misma legislación.

Tras el acuerdo el RDL 20/2020 se va a mantener hasta el 31 de enero de 2021 (otra vez la fecha fatídica) la base reguladora del 70%. También se mantiene hasta esta fecha no exigencia del periodo mínimo de cotización para poder acceder a la prestación.

La solución a la que se ha llegado en relación con el “contador a cero” ha sido más complicada. Esta regla termina, como tal, el 30 de septiembre, por lo que desde el primero de octubre se activa el cómputo del consumo de las prestaciones.

Sin embargo, se establece un sistema que permite eliminar este efecto para los trabajadores que accedan a un nuevo derecho con posterioridad al 1 de octubre de 2026. Además, no se computarán en ningún momento como consumidas las prestaciones por desempleo disfrutadas en ERTES COVID por aquellas que accedan a un nuevo derecho, antes del 1 de enero de 2022, como consecuencia de la finalización de un contrato de duración determinada o de un despido, individual o colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o un despido por cualquier causa declarado improcedente.

12. BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Gómez, Cristina (2020), “La empresa en la desescalada: medidas en materia de cotización a la luz del RD Ley 18/2020”, *El Foro de Labos*, accesible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/la-empresa-en-la-desescalada-medidas-en.html>
- Baylos Grau, Antonio (2020a), “El valor político de la firma del Acuerdo Social para la Defensa del Empleo”, *Según Antonio Baylos*, accesible en <https://baylos.blogspot.com/2020/05/el-valor-politico-de-la-firma-del.html>
- Baylos Grau, Antonio (2020b), “El acuerdo social en el BOE: El RDL 18/2020 de medidas sociales en defensa del empleo”, *Según Antonio Baylos*, accesible en <https://baylos.blogspot.com/2020/05/el-acuerdo-social-en-el-boe-el-rdl.html>
- Baylos Grau, Antonio (2020c), “El II Acuerdo Social de Defensa del Empleo y el RDL 24/2020 de 26 de junio”, *Según Antonio Baylos*, accesible en <https://baylos.blogspot.com/2020/06/>
- Baylos Grau, Antonio (2020d), “El Acuerdo para la Reactivación Económica y el Empleo”, *Según Antonio Baylos*, accesible en <https://baylos.blogspot.com/2020/07/el-acuerdo-para-la-reactivacion.html>
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2020a), “Síntesis de urgencia del RD Ley 8/2020 para hacer frente al impacto del COVID-19”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, accesible en <https://ignasibeltran.com/2020/03/18/sintesis-de-urgencia-del-rdley-8-2020-para-hacer-frente-al-impacto-del-covid-19/>
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2020b), “COVID-19 y RD Ley 18/2020: comentario crítico de urgencia”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, accesible en <https://ignasibeltran.com/2020/05/13/covid-19-y-rdley-18-2020-comentario-critico-de-urgencia/>
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2020c), “COVID-19 y RD Ley 24/2020: comentario crítico de urgencia”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, accesible en <https://ignasibeltran.com/2020/06/27/covid-19-y-rdley-24-2020-comentario-critico-de-urgencia/>
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2020d), “COVID-19 y expedientes de regulación temporal de empleo por fuerza mayor”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4.
- Calvo Gallego, Francisco Javier & Rodríguez-Piñero Royo, Miguel (2020a), “El tratamiento de los ERTE durante la actual crisis sanitaria”, *Trabajo, Persona, Mercado, Derecho*, accesible en <http://grupo.us.es/iwpr/2020/04/02/el-tratamiento-de-los-erte-durante-la-actual-crisis-sanitaria/>
- Calvo Gallego, Francisco Javier & Rodríguez-Piñero Royo, Miguel (2020b), “El final del principio: el RDL 18/2020 y el diseño de la desescalada laboral”, *Trabajo, Persona, Mercado, Derecho*, accesible en <http://grupo.us.es/iwpr/2020/05/18/el-final-del-principio-el-rdl-18-2020-y-el-diseno-de-la-desescalada-laboral/>

- Camas Rodas, Ferrán (2020), “Claves y curiosidades del Real Decreto-ley 18/2020 en defensa del empleo”, *El Diario de Ferrán Camas*, accesible en <https://www.fe-rrancamas.com/blog-derecho-laboral-inmigracion/claves-decretoley/ia431>
- Casas Baamonde, María Emilia & Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Miguel (2020), “Un nuevo Derecho del Trabajo en la emergencia. Las medidas laborales y de seguridad social en el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria del coronavirus COVID-19”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4, p. 317.
- Cruz Villalón, Jesús (2020), “Breve comentario de urgencia al decreto de prórroga de los ERTES”, *El Blog de Jesús Cruz*, accesible en <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2020/06/breve-comentario-de-urgencia-al-decreto.html>
- Gómez Abelleira, Francisco Javier (2020), “Fuerza mayor total y parcial: los ertes de transición”, *El Foro de Labos*, accesible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/06/fuerza-mayor-total-y-parcial-los-ertes.html>
- Lahera Forteza, Jesús (2020), “Flexiguridad laboral ante la crisis del coronavirus”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 4.
- Mercader Uguina, Jesús & Puebla Pinilla, Ana de la (2020), “El RD Ley 18/2020 y la “nueva” concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas”, *El Foro de Labos*, accesible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html>
- Puebla Pinilla, Ana de la (2020), “Los ERTES por fuerza mayor en la nueva normalidad: El RDL 24/2020, de 27 de junio”, *El Foro de Labos*, accesible en <https://forodelabos.blogspot.com/2020/07/los-ertes-por-fuerza-mayor-en-la-nueva.html>
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel (2012), “Responsabilidad social de los empleadores y crisis económica”, en AA.VV., *Estudios sobre derecho y responsabilidad social en un contexto de crisis*, Madrid.
- Rojo Torrecilla, Eduardo (2020a), “Emergencia sanitaria y legislación laboral. Sigue la saga Covid-19. Notas al RDL 18/2020 de 12 de mayo. La recuperación del diálogo social y de la flexibilidad pactada (y un importante preámbulo)”, *El blog de Eduardo Rojo*, accesible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/05/emergencia-sanitaria-y-legislacion_13.html
- Rojo Torrecilla, Eduardo (2020b), “La precuela del Real Decreto-Ley 24/2020 de 26 de junio. Documentos y propuestas sobre ERTES”, *El blog de Eduardo Rojo*, accesible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/06/la-precuela-del-real-decreto-ley-242020.html>
- Rojo Torrecilla, Eduardo (2020c), “Emergencia sanitaria y legislación laboral. ERTES “de transición” y “de rebrote”, y más medidas de apoyo al empleo autónomo. Notas a propósito del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial”, *El blog de Eduardo Rojo*, accesible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/06/emergencia-sanitaria-y-legislacion_28.html

Roqueta Buj, Remedios (2020), “*Los expedientes de regulación temporal de empleo*”, Valencia.

Todoí Signes, Adrián (2020), “Consecuencias de incumplir el compromiso de mantenimiento del empleo de 6 meses para los que se acogen al ERTE”, *Argumentos en Derecho Laboral*, <https://adriantodoli.com/2020/03/26/consecuencias-de-incumplir-el-compromiso-de-mantenimiento-del-empleo-de-6-meses-para-los-que-se-acogen-al-erte/>