

RELACIONES LABORALES

Tipología y regulación de los ERTES covid-19 tras el Decreto-Ley 2/2021 de 26 de enero

Una nueva normativa aprobada en enero de este recién estrenado 2021 da continuidad a la fórmula de ERTES surgida como plan de contingencia para salvaguardar el empleo frente a la pandemia. La tipología se complica y también las obligaciones, excepciones y procedimientos a seguir para mantenerlos o acogerse a ellos.

JESÚS LAHERA FORTEZA,
Consultor de Abdón Pedrajas Littler.
Catedrático de Derecho del Trabajo
de la Universidad Complutense de Madrid (UCM).

MARCO NORMATIVO VIGENTE DE ERTES COVID-19]

La normativa laboral y social Covid-19 gira, de inicio, en torno a **dos tipos de ERTES suspensivos y de reducción de jornada:**

- De un lado, los **ERTES por fuerza mayor (FM)**, necesitados de autorización administrativa y vinculados a exoneraciones de cuotas sociales empresariales condicionadas a un mantenimiento posterior de empleo (art. 22 Decreto-Ley 8/2020, DL 8).
- De otro lado, los **ERTES por causa económica, organizativa, productiva, técnica (ETOP)** vinculada a Covid-19, con período de consulta con los representantes de los trabajadores y posible decisión de la empresa ante el desacuerdo, en principio sin exoneración de cuotas sociales, ni condicionalidad de mantenimiento posterior de empleo (art.23 Decreto-Ley 8/2020, DL 8), salvo que la norma lo prevea expresamente en supuestos específicos.

La aprobación, en marzo 2020 de sucesivos Decretos-Leyes (Decretos-Ley 18, 24 y 30) con la técnica de la prórroga de los ERTES FM, con revisión de las exoneraciones de cuotas sociales empresariales en función de sectores, la articulación de nuevos ERTES FM por impedimento o limitación de actividad y la incorporación de exoneraciones a determinados ERTES ETOP, ha disgregado varios tipos de ERTE, que se ordenarán a continuación sobre este modelo dual.

En este contexto, el nuevo Decreto-Ley 2/2021, DL 2 21 continúa la saga de **prórrogas** de los ERTES FM, en este caso hasta el **31 de mayo 2021**, sobre la base de estas diferenciaciones previstas en el DL 24 y, sobre todo, en el DL 30, que permanece, en virtud de esta nueva norma, prácticamente vigente en todo su contenido hasta dicha fecha. Las **técnicas de regulación de los ERTE COVID-19**, utilizadas en esta normativa laboral de excepción, en la pandemia, estaban ya previstas en los DL 8 y 9/2020, y se mantienen prorrogadas en los arts. 3 y 4 DL 2 2021, también hasta el **31 mayo 2021**. Específicamente, permanecen así vigentes hasta dicha fecha:

- **Cláusula de mantenimiento de empleo de 6 meses** tras inicio de la actividad vinculada a la exoneración de cuotas sociales (DA 6ª DL 8, delimitada por DF 3ª DL 18 y mencionada también en el art. 5 DL 30) junto a la limitación de reparto de dividendos y la exigencia de transparencia fiscal (art. 4 DL 30).

- La **“prohibición” de despedir** por FM o causa ETOP vinculada a Covid-19 de ERTE, siendo los despidos con causa injustificada (art. 2 DL 9).
- La **interrupción del cómputo de los contratos temporales** en ERTES suspensivos (art. 5 DL 9).
- Las **limitaciones de horas extras, nuevas contrataciones y nuevas contrataciones laborales** durante el ERTE (art.7 DL 30).
- Medidas **extraordinarias de protección social por desempleo** para trabajadores afectados por ERTE FM o causa ETOP vinculada a Covid-19, con cálculo de la prestación sobre el 70 por 100 de la base reguladora (art.25 DL 8 y 8.1 y 4 DL 30)
- **Reposición de la prestación de desempleo** para trabajadores afectados por ERTE FM o causa ETOP, pues el tiempo consumido no computará para quien acceda, antes del 1 enero 2022, a nueva prestación de desempleo por finalización de contrato temporal o despido (art.8.7 DL 30).
- **Protección social específica reforzada de desempleo en fijos discontinuos** afectados por ERTE, no llamados en temporada, o que hayan agotado el desempleo (art.9 DL 30).
- **Compatibilidad** de prestaciones de desempleo en ERTE con trabajo a tiempo parcial en determinados supuestos (art. 11 DL 30).
- Deber de las **empresas** en ERTE de **solicitud colectiva de prestaciones de desempleo** para los afectados (art.8.2 y 3 DL 30), aclarando ahora el art.4.1 DL 2 2021 que quien ya lo hubiera presentado no está obligado a presentarla de nuevo.

En este marco normativo, se desarrollan a continuación los distintos tipos de ERTES COVID-19 y sus condiciones, tras el DL 2 21.

ERTES POR FUERZA MAYOR (FM)]

// ERTES FM estructurales COVID-19 del art. 22 Decreto-Ley 8/2020

Los ERTES FM estructurales COVID-19 autorizados, en su día, por la autoridad laboral competente, durante el estado de alarma, en virtud del art. 22 DL 8, están ahora, de nuevo, prorrogados, en todos sus efectos, hasta el 31 mayo 2021. Conforme al sistema vigente de exoneraciones de cuotas sociales empresariales, a partir del 1 febrero 2021 y hasta el 31 mayo 2021, en las actividades específicas de la DA 1 DL 2 21 habría de dos tipos de estos ERTES FM estructurales:

- **Estructurales con exoneraciones de cuotas sociales** en actividades con código CNAE-09 del Anexo DL 2 21 y en empresas dependientes o en la cadena de valor de las mismas, previa acreditación de la autoridad laboral en

el marco de la DA 1.2 DL 30. En empresas de menos de 50 trabajadores opera el 85 por 100 de exoneración y en más de 50 trabajadores el 75 por 100. Se condicionan las nuevas exoneraciones a cláusula de mantenimiento de empleo de seis meses tras inicio de actividad como ha quedado antes expuesto.

- **Estructurales sin exoneraciones de cuotas sociales** en actividades fuera del código CNAE-09 del Anexo DL 2 21 o en empresas no dependientes o fuera de la cadena de valor de las mismas, en el marco de la DA 1.2 DL 30. Se incluyen también las empresas que, pese a estar en los supuestos sectoriales de la DA 2 21, no solicitan estas nuevas exoneraciones de cuotas sociales. Si no se solicitan nuevas exoneraciones no se aplica, lógicamente, la condición de mantenimiento de empleo de seis meses tras inicio de actividad.

// ERTES FM nuevas restricciones COVID-19

Los DL 24, 30 y, ahora, el DL 2 21, han articulado nuevos ERTES FM ante las nuevas restricciones, por motivos de salud pública, en la segunda y tercera ola de la pandemia, adoptadas por las autoridades autonómicas en cada uno de sus territorios. Estos ERTES necesitan, en cada caso, de autorización administrativa en el marco de la norma aplicable y se sujetan a lo establecido en las correspondientes resoluciones administrativas. Los ERTES FM de nuevas restricciones fundamentados en el DL 24 y DL 30 han sido prorrogados, también, hasta el 31 mayo 2021.

- **ERTES FM por impedimento de desarrollo de la actividad de la DA 1ª.2 DL 24.** Están prorrogados hasta 31 mayo 2021 en virtud del art. 1.2 DL 2 21, con las exoneraciones de cuotas sociales del art. 1.3 DL 2 21. Este precepto se remite, a su vez, al art. 2.1 DL 30, por lo que opera 100 por 100 de exoneración en empresas de menos de cincuenta trabajadores y 90 por 100 en más de cincuenta trabajadores, durante el período de cierre y hasta el 31 mayo 2021.

Los ERTES FM estructurales COVID-19 autorizados por la autoridad laboral competente durante el estado de alarma están ahora, de nuevo, prorrogados en todos sus efectos hasta el 31 mayo 2021 •

Una vez obtenida resolución administrativa positiva, o por silencio positivo, el paso de situaciones de impedimento o limitación, o de limitación a impedimento, no requiere tramitar nuevo ERTE

- **ERTES FM por impedimento de desarrollo de la actividad del art. 2.1 DL 30.** Están prorrogados hasta el 31 mayo 2021 en virtud del art. 1.3 DL 2/21 con las mismas exoneraciones del art. 2.1 DL 30, por lo que opera 100 por 100 de exoneración en empresas de menos de cincuenta trabajadores y 90 por 100 en más de cincuenta trabajadores, durante el período de cierre y hasta el 31 mayo 2021. El procedimiento de solicitud a instancia de la empresa es el establecido en el art. 2 DL 30.
- **ERTES FM por limitación del desarrollo normalizado de la actividad del art. 2.2 DL 30.** Están prorrogados hasta el 31 mayo 2021 en virtud del art. 1.4 DL 2 21. Las exoneraciones de cuotas sociales son, en empresas de menos de cincuenta trabajadores, en febrero 100 por 100, marzo 90 por 100, abril 85 por 100 y mayo 80 por 100. En empresas de más de cincuenta trabajadores, las exoneraciones de cuotas sociales son en febrero 90 por 100, marzo 80 por 100, abril 75 por 100 y mayo 70 por 100. El procedimiento de solicitud a instancia de la empresa es el establecido en el art. 2 DL 30.
- **ERTES FM por impedimento de desarrollo de la actividad del art. 2.1 DL 2 21.** En este marco, se puede solicitar autorización administrativa de ERTE FM por impedimento de desarrollo de la actividad a partir del 1 febrero hasta el 31 mayo 2021. Las exoneraciones de cuotas sociales son las previstas en el art. 2.1 DL 30, esto es, 100 por 100 de exoneración en empresas de menos de cincuenta trabajadores y 90 por 100 en más de cincuenta trabajadores, durante el período de cierre y hasta el 31 mayo 2021. El procedimiento de solicitud a instancia de la empresa es el establecido en el art. 2 DL 30.
- **ERTES FM por limitación de desarrollo normalizado de actividad del art. 2.1 DL 2 21.** En este marco, se puede solicitar autorización administrativa de ERTE FM por limitación del desarrollo normalizado de actividad

a partir del 1 febrero hasta el 31 mayo 2021. Se aplican las exoneraciones de cuotas sociales del art.1.4 DL 2 21. Esto es, en empresas de menos de cincuenta trabajadores, en febrero 100 por 100, marzo 90 por 100, abril 85 por 100 y mayo 80 por 100. En empresas de más de cincuenta trabajadores, en febrero 90 por 100, marzo 80 por 100, abril 75 por 100 y mayo 70 por 100. El procedimiento de solicitud a instancia de la empresa es el establecido en el art. 2 DL 30.

// ERTES FM de tránsito entre nuevas restricciones

Esta diversificación de ERTES FM por nuevas restricciones en la pandemia puede conllevar **tránsitos, de impedimento a limitación o viceversa**, que los arts. 2,2 y 3 DL 2 21 solucionan, no obligando a la empresa a solicitar a la autoridad administrativa nuevo ERTE. Así, una vez obtenida resolución administrativa positiva, o por silencio positivo, el paso de situaciones de impedimento o limitación, o de limitación a impedimento, no requiere tramitar nuevo ERTE. Resultarán aplicables, eso sí, en cada caso, las exoneraciones de cuotas sociales antes expuestas que son distintas si es por impedimento o por limitación de actividad.

A estos efectos, la empresa debe comunicar los cambios del ERTE FM a la autoridad laboral competente y a los representantes de los trabajadores, así como efectuar una declaración responsable ante Tesorería de Seguridad Social para acceder a las correspondientes exoneraciones sociales.

ERTES POR CAUSA ETOP VINCULADA A COVID-19]

Los ERTES **con causa ETOP vinculada a la crisis de Covid-19** del art. 23 DL 8 fueron regulados en el art. 3 DL 30, que mantenía estas reglas con algunas especialidades.

Ahora, de nuevo, el art. 3.1 DL 2 21 mantiene, hasta el 31 mayo 2021, el art. 3 DL 30, siendo aplicable el art. 23 DL 8 con estas especialidades. Se aplican, por tanto, las reglas del art. 23 DL 8, con los plazos más breves allí previstos, la comisión negociadora se constituye en 5 días y las consultas duran máximo 7 días. En caso de ausencia de representación de los trabajadores, se debe comunicar el inicio de consultas a sindicatos más representativos y representativos del sector y, en caso de no conformarse esta representación sindical, se abre la vía de comisión ad hoc elegida directamente por

los trabajadores conforme el art. 41.4 ET. En caso de desacuerdo con la representación de los trabajadores, en cualquier supuesto, decide la empresa, sin perjuicio de impugnación judicial colectiva o individual.

Estos ERTES ETOP tienen la **duración pactada con los representantes de los trabajadores o, en su caso, unilateral de la empresa, correspondiente a cada uno de ellos.**

El art. 3.1 DL 2 21 mantiene viva la opción prevista en el art.3.4 DL 30, hasta el 31 mayo 2021, de una prórroga del ERTE, que finaliza su vigencia, siempre que se alcance acuerdo con los representantes de los trabajadores en período de consultas. En este caso es imprescindible el acuerdo con los representantes de los trabajadores que negociaron el ERTE que se pretende prorrogar.

En el marco de la DA 1 DL 2 21, como ya sucedía en la DA 1 DL 30, hay que distinguir ERTES por causa ETOP vinculada a COVID-19, con o sin exoneraciones de cuotas sociales, entre el 1 febrero y 31 mayo 2021.

- **ERTE ETOP COVID-19 con exoneraciones de cuotas sociales empresariales.** Como precisa, la DA 1.2.C DL 2/21 que se remite a la DA 1.3.c DL 30, son los ERTES ETOP, anteriores a 27 junio 2020, con actividades dentro del código CNAE-09 del Anexo DL 30, que reciben exoneraciones de cuotas sociales en virtud del art. 4.2 DL 24. Hay que incluir también, en estas actividades, los ERTES anteriores a 27 junio que sean prorrogados por acuerdo con los representantes de los trabajadores en los términos del art.3.4 DL 30 prorrogado por el art. 3.1 DL 2 21 hasta el 31 mayo 2021. Las exoneraciones aplicables son en empresas de menos de 50 trabajadores, el 85 por 100, y en más de 50 trabajadores el 75 por 100. Se recuerda que se condicionan las nuevas exoneraciones a cláusula de mantenimiento de empleo de seis meses tras inicio de actividad.

- **ERTE ETOP COVID-19 sin exoneraciones de cuotas sociales empresariales.** En consecuencia, como ya sucedía aplicando el DL 30, estos ERTES anteriores a 27 de junio, fuera de las actividades del Anexo DL 2 21, carecen de exoneraciones de cuotas sociales. Tampoco tienen exoneraciones sociales los ERTES posteriores a 27 de junio, sea cual sea la actividad de la empresa. Por tanto, cualquier ERTE ETOP COVID-19 aprobado en la actualidad carecería de exoneraciones sociales, sea cual sea la actividad de la empresa.

ERTES DE TRÁNSITO DE FM A ETOP COVID-19]

Se prevén situaciones de tránsito de ERTE FM a ERTE ETOP COVID-19 que, como ya sucedía en el DL 30 y confirma ahora la DA 1 DL 2 21, reciben exoneraciones de cuotas sociales, en determinadas circunstancias.

- **ERTES de tránsito con exoneraciones de cuotas sociales.** En el marco de la DA 1.2.c y d DL 2 21, que se remite a la DA 3.b DL 30, en las actividades con código CNAE-09 del Anexo DL 2 21, o dependientes o de cadena de valor de las mismas, las empresas reciben las mismas exoneraciones que si fuera un ERTE FM prorrogado. Puede ser el caso de tránsitos desde la FM estructural del art. 22 DL 8, ya realizados en el marco del DL 30 y de, ahora, tránsitos de FM estructural del art. 22 DL 8 a ETOP COVID-19, entre el 1 febrero y 31 mayo 2021, como prevé expresamente la DA 1.2.b DL 2 21. En consecuencia, las exoneraciones aplicables en estos ERTES ETOP son en empresas de menos de 50 trabajadores, el 85 por 100, y en más de 50 trabajadores el 75 por 100. Se recuerda que se condicionan las nuevas exoneraciones a cláusula de mantenimiento de empleo de seis meses tras inicio de actividad.
- **ERTES de tránsito sin exoneraciones de cuotas sociales.** Si la empresa no desarrolla actividades del Anexo DL 2 21, o de cadena de valor, el ERTE ETOP, que proviene de este tipo de tránsito desde la FM estructural, carece de exoneración de cuotas sociales empresariales. Tampoco se prevén exoneraciones en supuestos de tránsito, sea cual sea la actividad, de FM de nuevas restricciones, antes enunciadas, a ETOP COVID-19.]

