

ACTUALIDAD JURÍDICO LABORAL

Efectos sobre los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, 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.

SUMARIO:

I ESPECIALIDADES EN LOS EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO, POR FUERZA MAYOR.

1. Las circunstancias justificativas de la calificación como fuerza mayor, a efectos de suspensión de contrato y reducción de jornada: la pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19.
2. La calificación de los supuestos motivados por la caída de la demanda y de la actividad económica doméstica.
3. La imposibilidad de adoptar medidas de flexibilidad o de implantar el teletrabajo.
4. La imposibilidad de adoptar medidas de extinción de contratos por causas objetivas ni por despido colectivo.
5. La determinación de los trabajadores afectados por el ERTE derivado de fuerza mayor.
6. La inclusión de los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada.
7. La afectación del ERTE al personal fijo-discontinuo.
8. Especialidades en la tramitación de los ERTES por fuerza mayor.
9. La impugnación del ERTE.

II. ESPECIALIDADES EN LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO, POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y PRODUCTIVAS.

1. La aplicación temporal de estas especialidades.
2. La preferencia de la legitimación sindical para negociar en las empresas sin representación.
3. Las especialidades del período de consultas, y sobre la posibilidad de reducir el mismo a una sola reunión, por acuerdo de las partes.

III. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO, Y EL PAGO DE COTIZACIONES SOCIALES, EN CASO DE ERTE.

1. Especialidades en materia de protección por desempleo de los trabajadores afectados por un ERTE.
2. Situación de los trabajadores fijos-discontinuos en materia de prestaciones por desempleo.
3. La reducción o exoneración de cotizaciones sociales en los ERTES por fuerza mayor.
4. El ámbito temporal de las medidas en materia de prestaciones por desempleo y cotizaciones sociales.
5. La prestación extraordinaria por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

Presentación

LAS MEDIDAS LABORALES DEL RDL 8/2020.

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE 18-03-2020), adopta un conjunto de medidas con la finalidad, declarada en su exposición de motivos, de reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y reforzar la lucha contra la enfermedad.

Entró en vigor en el día de su publicación oficial -Disp. final novena- y con una vigencia de un mes, sin perjuicio de que pueda ser prorrogado por nuevo RDL.

Entre toda la diversidad de medidas económicas y sociales, destaca por su incidencia en las relaciones laborales las previstas en el Capítulo segundo, en las que se introduce una regulación para la flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, para *“ evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo”*.

Entre las novedades que introduce el RDL 8/2020 se encuentran:

Medidas de flexibilidad laboral, trabajo a distancia y medidas de conciliación:

- Medidas de implantación preferente del trabajo a distancia (art. 5).
- Regulación del derecho de adaptación de horario y reducción de jornada de las personas trabajadoras (art. 6).

En relación con el trabajo autónomo:

- Reconocimiento de prestación extraordinaria por cese de actividad para los afectados por la declaración del estado de alarma (Art. 17).
- Aplicación a socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado encuadrados en el RETA (art. 17.5).

Novedades en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTES):

- Calificación como fuerza mayor, a efectos de suspensión de contrato y reducción de jornada, de las situaciones de pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19. (art. 22.1).
- Especialidades en la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo, tanto por fuerza mayor (art. 22.2), como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art 23).
- Exoneración o reducción de cotización empresarial a la Seguridad Social en caso de ERTES por fuerza mayor. (art. 24).
- Especialidades en materia de protección por desempleo de los trabajadores afectados por un ERTE (art.25):
 - Acceso de los trabajadores afectados por un ERTE a la prestación contributiva por desempleo, aunque carezcan del periodo de cotización necesario para tener acceso a ella (art. 25.1.a).
 - No cómputo del periodo de la suspensión del contrato o la reducción de la jornada a efectos de consumir los periodos máximos de percepción legalmente establecidos (art. 25.1.b).
 - Reglas específicas en materia de base reguladora y duración de la prestación (art. 25.3).
 - Extensión de trabajadores de sociedades laborales (art. 25.2) y cooperativas de trabajo asociado (art. 25.2 y 5).
 - Situación de los trabajadores fijos-discontinuos en materia de prestaciones por desempleo.(art. 25.6).
- Salvaguarda del empleo durante seis meses (Disp. Adicional Sexta).

En este trabajo queremos poner en evidencia las implicaciones que inciden en materia de suspensión de contratos o reducción de jornada, sobre todo, cuando derivan de fuerza mayor, que es donde se centran las novedades tanto en la calificación de la causa, el acceso a la prestación por desempleo, y la exención del pago de cotizaciones. Pero

también se introducen cambios en relación con los expedientes suspensivos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, que afectan a su tramitación, y ya veremos como afecta a otros efectos.

Se trata de consideraciones urgentes ante la inmediata entrada en vigor de la normativa, a la vista de su publicación, y cuyas consideraciones no puede enterarse definitivas, máxime cuando en su aplicación práctica quedan por conocer los criterios aplicativos que vaya a asumir la Administración.

I - ESPECIALIDADES EN LOS EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO, POR FUERZA MAYOR.

1. Las circunstancias justificativas de la calificación como fuerza mayor, a efectos de suspensión de contrato y reducción de jornada: la pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19.

El RDL 8/2020 regula en el CAPÍTULO II lo que llama: “*Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos*”. Comienza con el art. 22 que establece en su número 1:

Artículo 22. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor.

*1. Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en **pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19**, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen **suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad**, o bien en **situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla** o la adopción de medidas de **aislamiento preventivo** decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de **fuerza mayor**, con las consecuencias que se derivan del **artículo 47** del*

texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

En relación con la configuración de la causa legal de suspensión del contrato por fuerza mayor, podemos decir lo siguiente:

- Se trata de una declaración legal de supuesto de fuerza mayor, que evita los problemas de calificación de estos supuestos, donde la motivación de la alteración de la actividad productiva viene motivada por medidas sanitarias, alteraciones productivas, incidencia en la salud de la plantilla, que si no tuvieran esa calificación legal sería muy problemático asimilar a fuerza mayor o caso fortuito, o a otra tipología de causas, lo que afectaría a su régimen legal.
- Esta calificación sólo se aplica a los expedientes de suspensión de contrato y reducción de jornada. No se contempla su aplicación a los despidos colectivos, ni tampoco supone un reconocimiento legal, en otros ámbitos, en los que se considere que tales supuestos son causas de fuerza mayor. En concreto, no se puede usar esta calificación para tramitar despidos colectivos, pero tampoco para acordar despidos objetivos, ni terminaciones de contratos de trabajo, ni para operar como causa justificativa del incumplimiento contractual por el empresario. Estamos por tanto ante una calificación que opera exclusivamente en relación con los ERTES, y en los demás casos sí se requiere un juicio de calificación para ajustarse al concepto legal estricto de fuerza mayor.
- Para que opere la fuerza mayor como causa de la suspensión de contratos o reducción de jornada, se requiere que la empresa se vea afectada por los efectos que ha tenido el COVID-19 en cualquiera de los ámbitos en los que el mismo se ha manifestado: La norma hace una enumeración de efectos del COVID-19 en la actividad productiva de la empresa que comprende la mayor parte, pero permite asimilar cualquier otro que se pueda justificar:
 - Suspensión o cancelación de actividades y cierre temporal de locales de afluencia pública, motivados por las medidas adoptadas en el Decreto 463/2020 que declaró el estado de alarma, o las que ulteriormente acuerden las autoridades públicas. Entre ellas destacamos la suspensión de la actividad educativa o de formación impartidas en otros centros públicos o privados -art. 9-. La suspensión de la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas -art. 10-, con las excepciones que contiene el precepto. La suspensión de la apertura al público de museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio indicados en el anexo del real decreto.

- Restricciones en el transporte público, que puede suponer, para las empresas que gestionan el transporte público, la reducción de actividad acordada gubernativamente -art. 14 RD 463/2020-.
- También puede afectar a las demás empresas en la medida que dichas restricciones al transporte puedan imposibilitar el acceso del personal a los centros de trabajo, lo mismo que las restricciones a la movilidad de las personas y/o las mercancías, lo que puede ser más complejo acreditar.
- Falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad. Comprende todos los casos en los que la alteración de la actividad productiva de la empresa deriva de la rotura de la cadena de suministros. Se trata de una medida de naturaleza productiva, que no requiere acreditar que los efectos o las medidas ante el COVID-19 inciden en la actividad de la empresa de forma directa, pero sí en las empresas que son suministradoras de mercancías, bienes, equipos o servicios que son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.

Esto extiende el concepto de fuerza mayor al conjunto del tejido productivo, y no sólo a los sectores directamente afectados por las medidas de cierre de actividad vinculadas al estado de alarma.

Esto supone, además, que la rotura en la cadena de suministros no pueda calificarse como causa productiva y la tramitación del ERTE se tiene que seguir por la vía de la causa de fuerza mayor.

La norma sólo alude a los casos de falta de suministros, pero ya veremos la incidencia de otros factores impuestos por el colapso económico a la hora de calificar la situación como fuerza mayor.

- Situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria. Es el efecto directo del COVID-19 en la plantilla que obliga a adoptar medidas incompatibles con el mantenimiento de la normalidad productiva.

La alteración de la capacidad productiva deriva, por una parte, de las bajas laborales, bien por contagio por COVID-19, bien por la adopción de medidas de aislamiento preventivo que igualmente tienen la calificación de baja por

IT por accidente de trabajo. Igualmente puede comprender supuestos en los que no se han declarado tales bajas, ni medidas de aislamiento, pero se aprecia la existencia de un riesgo urgente para la salud laboral, declarado por la autoridad sanitaria. Requiere que la declaración de la medida de aislamiento preventivo la adopte la autoridad sanitaria, y no parece admitir la declaración por los servicios de prevención del centro de trabajo, lo que puede generar situaciones de riesgo laboral extremo en caso de que no exista una rápida coordinación.

No obstante, habría que aclarar que el personal de baja o en situación de aislamiento está en situación de IT por accidente de trabajo, por lo que su contrato está suspendido por esa circunstancia, lo que determina, además, su protección social en la medida que tienen derecho al subsidio de IT por accidente de trabajo.

Ello se entiende sin perjuicio de su inclusión en el ERTE aunque se encuentren de baja, de modo que si se les da de alta por curación o porque se les levanta el aislamiento, en caso de que continúen las medidas de cese o reducción de actividad, puedan pasar a la situación de suspensión del contrato de trabajo en virtud del ERTE aplicable a la empresa.

2. La calificación de los supuestos motivados por la caída de la demanda y de la actividad económica doméstica.

Hemos visto que la suspensión o cancelación de actividades, para ser calificada como fuerza mayor, tiene que estar prevista específicamente como medida directa adoptada por la declaración del estado de alarma, o si tienen esa calificación los supuestos en los que la pérdida de la actividad empresarial es un efecto directo de la situación generada por el COVID-19, pero no es un imperativo legalmente impuesto por el RD de Alarma ni por decisión de la autoridad competente.

En concreto, la norma alude a la falta de suministros, pero cabe plantear si ese es el único caso en que procede la declaración de fuerza mayor, o caben otras causas como la pérdida de la demanda, o de la capacidad financiera de la empresa, generada por la situación creada por el COVID-19.

Dado que la norma contempla expresamente los ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, parece entender que no puede asimilarse, sin más, que el concepto de fuerza mayor derivado del COVID-19 recoge todos los casos que integran lo

que el propio RDL denomina situación de *“disrupción temporal y generalizada de la actividad económica”*.

Esto puede generar problemas de calificación que deberán de resolverse, pues las diferencias son importantes en cuanto a su régimen legal, negociación sindical, efectos, y cotizaciones sociales. No parece haber diferencias en materia de protección por desempleo, donde las medidas de protección del art. 25 se aplican tanto a los ERTES por fuerza mayor del art 22, como a los demás del art. 23.

El propio RDL 8/2020 reconoce la vinculación de la caída de la demanda con la situación provocada por el COVID-19, cuando dice que *“Más allá de la caída de demanda externa, las medidas de contención tienen un impacto directo sobre la demanda y la actividad económica doméstica. El cierre de los colegios, la suspensión de actos públicos, y la prohibición de vuelos u otros transportes tienen un impacto directo sobre la demanda, de nuevo principalmente en el sector de turismo y servicios conexos, transporte, educación y cultura”*.

Además es muy artificioso diferenciar el colapso de la actividad económica -coyuntural- motivado por las medidas restrictivas oficiales, o por la propia enfermedad, que por los efectos de tales medidas o de la enfermedad en el conjunto del sistema económico.

Por otra parte, desde un punto de vista sistemático y finalista, a la hora de interpretar la norma, hay que tener en cuenta que la misma asume que *“la prioridad absoluta en materia económica radica en proteger y dar soporte al tejido productivo y social para minimizar el impacto y lograr que, una vez finalizada la alarma sanitaria, se produzca lo antes posible un rebote en la actividad”*. Sería ilógico que las medidas sólo se dirijan a preservar la actividad económica que tiene que cesar por imperativo legal, pero no el tejido productivo que tienen que cesar por imperativo económico, tanto por la pérdida de suministros, como se contempla expresamente, como por la pérdida de la demanda, o por los problemas financieros motivados por situación creada por el COVID-19.

Aunque el RDL sólo alude a la pérdida de suministros, se trata de una ejemplificación del impacto que el COVID-19 tiene en el sistema económico, pero no puede entenderse que agote los supuestos de calificación como fuerza mayor.

Por estas razones creemos que no sólo en caso de que la paralización o reducción de la actividad empresarial venga motivada por la falta de suministros, sino que también se debe calificar como fuerza mayor otras causas como la pérdida de la demanda, o de la capacidad financiera de la empresa, generada por la situación creada por el COVID-19.

Su aplicación práctica dependerá, esencialmente, del criterio que asuma la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo, si bien el criterio judicial definitivo puede demorarse en aplicación.

3. La imposibilidad de adoptar medidas de flexibilidad o de implantar el teletrabajo.

Además de la concurrencia de la causa constitutiva de fuerza mayor que hemos descrito, se requiere acreditar que la empresa no tiene posibilidad de continuar su actividad productiva, bien porque los efectos no son relevantes para mantener su actividad, y sobre todo, cuando no es posible adoptar otras medidas organizativas, producivas, o de flexibilidad, menos intensas que la suspensión de los contratos.

- En efecto, recordemos que como establece el propio RDL 8/2020, se habilitan mecanismos de flexibilidad que son preferentes, como la implantación del teletrabajo o trabajo a distancia, que según el art. 5 tiene carácter preferente, y constituye una obligación empresarial antes de acudir a otros mecanismos de flexibilidad cuando resulte “técnica y razonablemente posible”, y “el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado”.
- Lo mismo en las medidas de adaptación de horario y reducción de jornada que regula el art. 6, que es un derecho laboral, y que si con los mismos se asegura la continuidad de la actividad empresarial, excluye el recurso al ERTE. En esto se incluyen los cambios en la organización de turnos, en la jornada o circunstancias de la prestación.
- También tienen esa consideración preferente los cambios en la actividad productiva que sean factibles llevar a cabo, como reordenación de los centros, implantación de equipos de protección, siempre que se asegure una protección completa a la salud y seguridad de las personas trabajadoras, lo que igualmente puede ser un límite a la capacidad de reorganización empresarial.
- Por tanto, si la empresa puede continuar en todo o en parte la actividad con la adopción de tales medidas, y se preserva la seguridad y salud del personal, no procederá la suspensión de contratos por ERTE.
- Por ello podemos decir que el ERTE es una medida supletoria respecto de la adopción de otras medidas de flexibilidad, siempre y cuando se asegure completamente la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

- También puede suceder que, aunque sea factible el teletrabajo desde el punto de vista técnico, no lo sea desde el punto de vista productivo, si se produce una reducción intensa de la demanda como consecuencia de la situación generada, o incluso económico, si se afecta a la propia viabilidad de la empresa en caso de mantener los costes salariales y de cotización.
- De esta forma el ERTE puede funcionar como mecanismo defensivo para evitar incurrir en desequilibrios financieros de la empresa, lo que no cambia su calificación como causa de fuerza mayor, en la medida que derivado de la situación socio-económica y social generada por el COVID-19.

4. La imposibilidad de adoptar medidas de extinción de contratos por causas objetivas ni por despido colectivo.

Estas medidas derivadas del COVID-19 implican una situación legal de suspensión de contratos de trabajo. Ello excluye considerar que tales supuestos puedan motivar la adopción de medidas extintivas.

- Todo el conjunto de efectos que ha generado el COVID-19 determinan medidas extraordinarias de carácter coyuntural, motivada por la *“disrupción temporal y generalizada de la actividad económica”*, como dice la Exposición de Motivos del RDL 8/2020, y la finalidad de la regulación de los ERTES es precisamente *“evitar que la situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo”*.
- Por esta razón, las situaciones que hemos descrito que habilitan la adopción de la reducción de jornada o suspensión de contratos, dado que responden a situación coyuntural, no pueden justificar una extinción definitiva de los contratos por causas objetivas, ni por despidos colectivos, ni por despidos objetivos.
- Las medidas extintivas no han sido prohibidas ni excluidas por el RDL 8/2020, como ha sucedido en otros países, pero sí implica que los efectos sobre la actividad productiva de la empresa generado por el COVID-19, tengan legalmente establecida su calificación como causas de suspensión de contrato o reducción de jornada por fuerza mayor, lo que excluye considerarlas como causas de extinción del contrato.

5. La determinación de los trabajadores afectados por el ERTE derivado de fuerza mayor.

Conviene clarificar toda una serie de supuestos que pueden ser problemáticos a la hora de determinar el ámbito de afectación de estos ERTES motivados por la situación generada por el COVID-19, en lo que se refiere a los problemas vinculados a la determinación de los trabajadores afectados.

- Para la tramitación del ERTE por fuerza mayor no se toma en cuenta el número de trabajadores afectados (art. 22.2.b) RDL 8/2020 y 47.3 en relación con el art. 51.7 ET), lo mismo que cuando se trata de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47.1 ET). De esta forma es preciso tramitar el ERTE al margen de la plantilla de la empresa o censo de trabajo.
- Los puestos de trabajo incluidos en el ERTE serán los que se vean afectados por la cesación, cierre o reducción de la actividad empresarial, exigiéndose que se limite a aquéllos en los que concurra la causa justificativa de la suspensión. Para ello es preciso verificar que no sea posible adoptar otras medidas de flexibilidad que permitan la continuación de la actividad, como el teletrabajo, o medidas organizativas, como hemos visto.
- La afectación comprenderá al conjunto de la plantilla cuando la cesación de la actividad comprende a la totalidad de la misma, con las únicas excepciones del personal que sea necesario para la vigilancia o mantenimiento de las instalaciones, o que sea preciso para reanudar la actividad productiva.
- Igualmente puede afectar sólo a determinados centros de trabajo, en los casos en que la actividad productiva sólo tenga que cesar en los mismos. Esto es relevante a la hora de determinar la representación de los trabajadores afectados, pues a pesar de que en estos expedientes no hay propiamente un período de consultas, sí tienen legitimación para intervenir en el procedimiento, y sobre todo, para controlar la decisión empresarial y de la autoridad laboral, ejerciendo las acciones oportunas.
- Igualmente es posible que afecte sólo a determinadas líneas de producción, turnos, servicios concretos, respecto de uno o varios centros de trabajo.
- Como hemos dicho, el personal de baja o en situación de aislamiento, están en situación de IT por accidente de trabajo, por lo que su contrato está suspendido por esa circunstancia, lo que determina, además, su protección social en la medida que tienen derecho al subsidio de IT por accidente de trabajo. Ello se entiende sin

perjuicio de su inclusión en el ERTE aunque se encuentren de baja, de modo que si se les da de alta por curación o porque se levanta el aislamiento, en caso de que continúen las medidas de cese o reducción de actividad, puedan pasar a la situación de suspensión del contrato de trabajo en virtud del ERTE aplicable a la empresa.

6. La inclusión de los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada.

No es aceptable considerar que el personal con contratos de duración determinada, queden excluidos del ERTE, y se utilice el mecanismo extintivo de finalización del contrato temporal.

El punto de partida en esta materia ha de ser la prohibición de tratamiento discriminatorio entre el personal temporal y el fijo, como establece la Directiva sobre trabajo de duración determinada. Es por ello que ni nuestra legislación limita el ERTE al personal fijo, ni tampoco puede deducirse esa exclusión sin incurrir en una clara discriminación de este personal.

En relación con el impacto que pueda tener el cese o reducción de actividades empresariales, en relación con cada tipo de contratos, vemos que, salvo las precisiones que luego veremos sobre el contrato eventual por circunstancias de la producción, en los demás tipos contractuales temporales, ese cese o reducción de actividad temporal no es en absoluto, causa de extinción de los contratos temporales.

Es cierto que el art. 7 del RD 720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada, establece que:

Artículo 7. Suspensión de los contratos.

La suspensión de los contratos de duración determinada en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario.

Y el art. 45 regula, en el apartado i), la fuerza mayor temporal.

Lo mismo sucede para los contratos formativos según el art. 19.2 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.

Pero una cosa es que el contrato no amplíe su duración, y otra que opere la extinción, o que no puedan estar afectados por esa fuerza mayor temporal.

- En relación con el contrato de obra o servicio determinado, dado que estamos ante una situación coyuntural y temporal, la incidencia de los efectos del COVID-19 no implica, en absoluto, la finalización de la obra o servicio, que permita la extinción del contrato de obra o servicio determinado, sino que puede implicar a lo sumo, una paralización de su ejecución. Incluso puede suponer un retraso en la ejecución de la obra que, si no está sometida a plazo, implique en la práctica una ampliación de la duración temporal del contrato de obra o servicio.
- Si la obra se identifica con la ejecución de una contrata sujeta a plazo, el período de suspensión reduce el período de actividad laboral, pero no anticipa la extinción. La finalización del contrato sólo tendrá lugar con la finalización de la obra o servicio, ello, cuando concurren los requisitos previstos legal y jurisprudencialmente para ello y no tenga lugar la subrogación.
- Tampoco los contratos formativos, como el de prácticas o para la formación y el aprendizaje, tienen una causa de extinción que pueda operar por la interrupción de la actividad productiva, sin perjuicio de que el periodo de suspensión por ERTE pueda consumir la duración total de ese contrato.
- Lo mismo sucede con los contratos de interinidad por sustitución. En la interinidad por vacante sólo se puede plantear la pérdida del derecho a la reserva del puesto de trabajo, pero la misma no tiene lugar, lógicamente, por la suspensión del contrato o la reducción de jornada.
- En el contrato eventual podría ser más problemática su situación, pues puede haber un factor objetivo que permita considerar que ha concluido la acumulación de tareas o el exceso de pedidos. Pero no se puede olvidar que estos contratos exigen de una concreción temporal de su duración, y el plazo es viculante para la empresa, por lo que su extinción anticipada no es posible por esa razón. De esta forma deberán igualmente ser incluidos en el ERTE en la medida que no haya llegado al plazo de su término. Todo ello sin perjuicio de que llegado el término, pueda operar, en ese momento, como causa extintiva incluso durante la vigencia del ERTE, ya que el mismo no supone, como regla general, la ampliación de su duración.
- Los contratos a tiempo parcial, o de relevo, no tienen tampoco ninguna peculiaridad en cuanto a su inclusión en el ERTE, y no pueden ser excluidos del mismo cuando los puestos de trabajo estén afectados por el cese o paralización de la actividad.

7. La afectación del ERTE al personal fijo-discontinuo.

En relación con el personal fijo-discontinuo puede haber más problemas operativos, pues la dinámica de la relación están viculanda a los llamamientos y cese de actividad. En la regulación del RDL se introducen medidas específicas para este colectivo, pero limitadas exclusivamente a ordenar el acceso a la situación legal de desempleo.

En relación con este personal, en primer lugar, entendemos que deben ser incluidos en el ERTE cuando su período de actividad coincida con el periodo de suspensión previsto en el ERTE.

- El art. 25.6 del RDL 8/2020 se refiere exclusivamente a las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores fijos discontinuos, y expresamente contempla el caso de que tales trabajadores “hayan visto suspendidos sus contratos de trabajo como consecuencia del impacto del COVID-19 *durante periodos que, en caso de no haber concurrido dicha circunstancia extraordinaria, hubieran sido de actividad*”.
- Como se ve, la norma contempla que esos periodos no son de inactividad, sino de suspensión como consecuencia del impacto del COVID-19, lo que implica la suspensión por fuerza mayor regulada en el art. 22 del mismo RDL 8/2020.
- Además, la paralización de la actividad de la empresa o del centro motivado por el ERTE no constituye una causa justificada para dejar de efectuar el llamamiento, o como vencimiento anticipado de la actividad prevista.

El ERTE constituye en realidad una garantía esencial en el derecho a la estabilidad en el empleo de los trabajadores frente a decisiones empresariales por fuerza mayor o basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, a partir de un control administrativo con intervención sindical sobre la concurrencia de la fuerza mayor, o un control sindical sobre las causas invocadas y la proporcionalidad de las medidas, respectivamente.

La exclusión de los trabajadores fijos discontinuos de la garantía del ERTE constituye una diferencia de tratamiento lesiva del derecho fundamental a la igualdad ex art. 14 CE y 17 ET, al privarlos de una garantía esencial que sí se reconoce al resto de la plantilla incluida en el ERTE en la medida en que la falta de inicio o la interrupción de la prestación de servicios de los fijos discontinuos no opere en las fechas que, de ordinario, se corresponden con las de inicio y fin de cada campaña, sino que hayan sido drásticamente

alteradas por la misma causa determinante de la suspensión de contratos del resto de la plantilla.

De otro lado, la no inclusión de los fijos discontinuos en el expediente de suspensión de contratos supondría su exclusión del derecho a gozar de los beneficios en materia de prestaciones por desempleo obrantes en el RDI 8/2020, a pesar de la correspondencia de la causa determinante de su situación legal de desempleo con el resto de personal de la empresa, lo que igualmente constituye una diferencia de tratamiento arbitraria, desproporcionada y, por ello mismo, constitutiva de una discriminación.

A nivel de doctrina judicial, en la STSJ de La Rioja, (Sala de lo Social, Sección1ª) de 16 noviembre 2017, Rec. 220/2017 (JUR 2017\310485), se declaró injustificada la suspensión de los contratos de los trabajadores fijos discontinuos ante la mera decisión de la empresa de paralizar la producción y no darles trabajo efectivo una vez comenzada la campaña en virtud de causas organizativas (falta de materias primas) que la empresa no acreditó, con la condena de la empresa al abono del salario correspondiente a los días de suspensión por falta de prestación de servicios imputable al empresario.

Sobre la existencia de un despido colectivo de hecho ante la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos por encima de los umbrales del art. 51 ET en la fecha habitual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la Sentencia del TS de 10 mayo 2017, Rjud. 1623/2016 (RJ 2017\2822), que declaró la nulidad del despido colectivo.

De esta forma, los ajustes en el desarrollo de la actividad del personal fijo discontinuo generados por el COVID-19 se tienen que articular a través del ERTE por fuerza mayor. No es posible considerar que en tales casos se les excluya del ERTE, ni en el caso de que vengan desempeñando su actividad, ni en el caso de que no la desempeñen, pero que el ERTE afecte al período en que estaba prevista su incorporación.

Es por ello que se puede producir dos situaciones.

- Fijos discontinuos que están prestando servicios en el momento de cese o reducción de la actividad de la empresa. En tal caso se deberán incluir en el ERTE como los demás trabajadores, pasan a la situación de contrato suspendido por fuerza mayor temporal y no como período de falta de actividad. Su protección social se regula en el art 25.6 de modo que pasarían a percibir la prestación por desempleo por fuerza mayor derivada del COVID-19, sin exigir período de carencia -art. 25.1.a), y el periodo de suspensión que coincida con el período que hubiera debido ser de actividad, podrá volver a percibirse hasta un máximo de 90 días, cuando vuelvan a estar en situación legal de desempleo -art. 25.6-.

- También puede suceder que al tiempo de que opere la causa suspensiva de fuerza mayor no estén prestando servicios por no haberse iniciado el período de llamamiento. Sin embargo, si durante la vigencia del ERTE debería de tener lugar ese llamamiento, deberán ser incluidos en el mismo, pues como hemos visto, el COVID-19 genera situación de suspensión del contrato, y no de suspensión de los llamamientos. Esto permite que se incluyan en el ERTE sin perjuicio de que el derecho a prestaciones por desempleo sólo se produzca a partir del momento en que se tendría que haber llevado a cabo dicho llamamiento.

8. Especialidades en la tramitación de los ERTES por fuerza mayor.

Se regula en el núm. 2 del art. 22:

*2. En los supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contratos o la reducción temporal de la jornada de trabajo con base en las circunstancias descritas en el apartado 1, se aplicarán las siguientes **especialidades**, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes:*

*a) El procedimiento se iniciará mediante **solicitud de la empresa**, que se acompañará de un **informe** relativo a la vinculación de la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, así como, en su caso, de la correspondiente **documentación acreditativa**. La empresa deberá comunicar su solicitud a las **personas trabajadoras** y trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la **representación** de estas.*

*b) La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada prevista en este artículo, deberá ser constatada por la **autoridad laboral**, cualquiera que sea el **número de personas trabajadoras** afectadas.*

*c) La resolución de la autoridad laboral se dictará en el plazo de **cinco días** desde la solicitud, previo **informe, en su caso, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social** y deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa correspondiendo a ésta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada, que surtirán **efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor**.*

*d) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será **potestativa** para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de cinco días.*

Estas especialidades se aplican a los expedientes iniciados o comunicados a la autoridad laboral después de la entrada en vigor del RDL 8/2020, pues los iniciados o comunicados antes están excluidos -Disp Transitoria Primera, núm. 1-.

Ello no quiere decir que los iniciados o autorizados antes no gocen de los beneficios en materia de cotizaciones o desempleo, pues sí pueden acogerse a los mismos, como luego veremos, siempre que deriven del COVID-19, aunque se hayan comunicado, autorizado o iniciado con anterioridad al RDL 8/2020.

En relación con toda la diversidad de problemas que pueden surgir en la aplicación de esta norma, podemos hacer las siguientes consideraciones sobre los aspectos que pueden ser más problemáticos, sin perjuicio de que sea preciso disponer de un análisis sistemático sobre la forma de llevar a cabo su aplicación práctica:

- Respecto de la normativa aplicable a estos procedimientos, las previsiones del art 22.2 del RDL 8/2020 suponen especialidades y modificaciones sobre lo que regula el art. 47.3 ET en relación con el art. 51.7 del mismo, y los artículos 31 a 33 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. En lo no regulado en el RDL 8/2020, se aplicarán, por tanto, dichas normas.
- El ET, al regular los ERTES por fuerza mayor -art. 47.3- se limita a remitirse al art. 51.7 ET, que regula procedimiento de extinción de contratos por fuerza mayor.
- Como veremos, tampoco el RDL 8/2020 introduce grandes cambios en la tramitación de estos expedientes, pues sigue básicamente el mismo esquema que ya regula el ET.
- No se contempla un período de consultas con los representantes, sino exclusivamente el traslado de la solicitud de suspensión de contratos, y la documentación acreditativa que se ha remitido a la autoridad laboral, igualmente, a la representación de los trabajadores, en caso de existir.
- Ese traslado se deberá llevar a cabo de forma simultánea a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores, -art. 32 del Reglamento Despidos Colectivos y ERTES- que por tanto pueden intervenir desde el primer momento.

- En la tramitación del expediente, se debe asegurar el trámite contradictorio. El art. 51.7 ET, en relación con el art. 47.3- reconoce a los representantes de los trabajadores la condición de “parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento”, y es una medida que si bien el art. 22.2 del RDL 8/2020 no lo menciona, no es incompatible en absoluto, sino todo lo contrario, lo presupone. No es aceptable que la urgencia -en realidad es el mismo plazo de 5 días que el previsto en el ET- justifique la exclusión de la participación sindical en estas decisiones.
- Esto impone, en primer lugar, la posibilidad de que los representantes puedan formular alegaciones, aportar documentación, o reclamar información o documentación complementaria.
- Además, en caso de que la administración vaya a tener en cuenta en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución *“otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aportados por la empresa en su solicitud, se dará a ésta y a los representantes legales de los trabajadores el oportuno trámite de audiencia, que deberá realizarse en el término de un día”*. -Art. 33.2 del Reglamento-.
- A diferencia de lo que sucede en los expedientes de fuerza mayor regulados en el ET, en el RDL 8/2020 no se contempla la posibilidad de recabar otro informe distinto que el de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Seguramente sea para evitar dilaciones en el procedimiento, pero igualmente se puede exigir el reclamar información de la autoridad sanitaria. En la aplicación práctica más bien parece que será la Inspección la que tenga que bucar y acreditar los hechos que puedan ser relevantes y no consten en la documentación.
- El alcance de la decisión de la autoridad laboral se limita a constatar la existencia de la causa de fuerza mayor alegada por la empresa. No supone técnicamente una decisión extintiva, sino que esa decisión corresponde adoptarla a la empresa, lo que significa que las acciones se han de dirigir contra la decisión empresarial.
- Se aclara que los efectos de la suspensión de contratos o reducción de jornada se producen *“desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor”*, lo que implica la posibilidad de efectos retroactivos, anteriores a la resolución, o incluso anteriores a la solicitud si la misma se hubiera realizado cuando el cese de actividad era una realidad consumada. Esto tiene importancia pues, por una parte, libera a la empresa del pago de salarios, pero por otra, determina los efectos de la situación legal de desempleo.

- Cabe plantear la situación que se produce si la Administración no resuelve en el plazo de cinco días.

Lo más lógico es esperar a la resolución, máxime cuando tendrá efectos retroactivos a la fecha del hecho causante.

No es posible considerar la causa de fuerza mayor si no hay resolución expresa. El sentido del procedimiento administrativo que debe tramitarse para la suspensión o reducción de jornada por fuerza mayor es la constatación de la existencia de dicha fuerza mayor por parte de la autoridad laboral -art. 22.2.b) del RDL 8/202, que actúa como presupuesto o condicionante de la ulterior decisión de la empresa.

La constatación de la fuerza mayor por la autoridad laboral no confiere a la empleadora un derecho o facultad frente a la misma, ni tampoco frente a los trabajadores, dado que la decisión empresarial de suspender los contratos o reducir la jornada tiene su causa en los efectos que generan las circunstancias determinantes de la fuerza mayor sobre el funcionamiento de la empresa.

La ausencia de resolución administrativa en el plazo de cinco días que se contempla en el apartado c) de aquel precepto, lo que evidencia es que la fuerza mayor no ha sido constatada por la Autoridad Laboral.

En tal caso, los efectos son los previstos en los apartados 4 y 5 el art. 33.1 del RD 1483/2012:

- En todo caso, la empleadora puede considerar que el silencio administrativo es desestimatorio de su solicitud, y cuenta con la posibilidad de impugnar el acto desestimatorio por silencio administrativo ante la Jurisdicción Social (art. 33.5 el RD 1483/2012).
 - La empresa puede iniciar el procedimiento ordinario de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 23 del RDL 8/2020 y art. 33.4 del RD 1483/2012).
- En relación con **socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales** incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social o en algunos de los regímenes especiales que protejan la contingencia de desempleo, será de aplicación el procedimiento específico previsto en el Real Decreto

42/1996, de 19 de enero, salvo en lo relativo al plazo para la emisión de resolución por parte de la Autoridad Laboral y al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que se regirán por lo previsto en los apartados c) y d) del art. 22.2 del RDL 8/2020 que hemos visto.

9. La impugnación del ERTE.

La decisión del ERTE se impugna por la vía de conflicto colectivo, según lo dispuesto en el art. 153 LRJS, si bien exige que se superen los umbrales previstos para el despido colectivo.

Dice el precepto que:

Artículo 153. Ámbito de aplicación. (conflicto colectivo)

*1. Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten..., o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y **las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores,...***

Al tramitarse como conflicto colectivo, se permite que se sigan las actuaciones judiciales según el RD 463/2020, ya que están excepcionados de la reglam general de suspensión de plazos y actuaciones procesales.

Cuando no se alcancen los umbrales, el procedimiento es el previsto en el art. 138 LRJS según el cual:

Artículo 138. Tramitación.

1. El proceso se iniciará por demanda de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, aunque no se haya seguido el procedimiento de los artículos 40, 41 y 47 del Estatuto de los Trabajadores.

Según el art. 64.1 LRJS, está excepcionado de conciliación en cualquier caso.

Y recordamos la causa de nulidad por la falta de autorización administratativ que aprecie la fuerza mayor.

Este procedimiento no está excluido de la suspensión de plazos procesales, lo que puede suponer que cuando no se alcancen los umbrales, se generen notables dificultades para su admisión a trámite.

Nos remitimos al estudio específico que hemos hecho, pero indicamos que se podría admitir su tramitación si se invocan derechos fundamentales, o se acreditan perjuicios irreparables a las personas trabajadoras.

II. ESPECIALIDADES EN LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO, POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y PRODUCTIVAS.

1. La aplicación temporal de estas especialidades.

Como hemos visto en relación con los ERTES por fuerza mayor, las especialidades se aplican a los que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor del RDL 8/2020. Las especialidades se aplican a los expedientes iniciados o comunicados a la autoridad laboral después de la entrada en vigor del RDL 8/2020, pues los iniciados o comunicados antes están excluidos -Disp Transitoria Primera, núm. 1-.

Ello no quiere decir que los iniciados o autorizados antes no gocen de los beneficios en materia de desempleo -núm. 2-.

2. La preferencia de la legitimación sindical para negociar en las empresas sin representación.

Establece el art. 23.1 que:

“a) En el supuesto de que **no exista representación legal** de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los **sindicatos más representativos y representativos del sector** al que

pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por **una persona por cada uno de los sindicatos** que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las **mayorías representativas correspondientes**. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por **tres trabajadores** de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

*En cualquiera de los supuestos anteriores, la comisión representativa deberá estar constituida en el improrrogable **plazo de 5 días**”.*

- La peculiaridad en cuanto a la legitimación es que tiene preferencia la legitimación sindical frente a los representantes ad hoc. De esta forma, los representantes ad hoc sólo puede operar cuando no se constituya la comisión integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que pertenezca la empresa.
- No establece plazo para constituir esa comisión por las organizaciones sindicales, pero partiendo de que debe constituirse en cinco días, parece que si no se ha constituido, pueden acudir a la misma los tres trabajadores de la propia empresa, en cuyo caso pueden desplazar a la representación sindical.
- Esto obliga a disponer de un sistema de designación de representantes sindicales particularmente ágil, y disponible en cuanto se recibe la comunicación del inicio del período de consultas.
- En caso de representación sindical, los acuerdos se adoptan según su representatividad en el sector de cada sindicato, aunque cada sindicato cuente con un sólo miembro en la comisión.

3. Las especialidades del período de consultas, y sobre la posibilidad de reducir el mismo a una sola reunión, por acuerdo de las partes.

En relación con el desarrollo del período de consultas, se establece.

b) El periodo de consultas entre la empresa y la representación de las personas trabajadoras o la comisión representativa prevista en el punto anterior no deberá exceder del plazo máximo de siete días.

c) El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuya solicitud será potestativa para la autoridad laboral, se evacuará en el plazo improrrogable de siete días.

- No contempla especialidades en lo que se refiere al número de reuniones del período de consultas de los ERTES motivados por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- Hay que tener en cuenta que en relación con el período de consultas de los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, en los apartados 2 a 4 del art. 20 del RD 1483/2012, se dispone expresamente:

“2. A la apertura del periodo de consultas se fijará un calendario de reuniones a celebrar dentro del mismo, que respetará lo establecido en este artículo, si bien las partes podrán acordar de otra forma el número de reuniones e intervalos entre las mismas.

Salvo pacto en contrario, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, la primera reunión se celebrará en un plazo no inferior a un día desde la fecha de la entrega de la comunicación a que se refiere el artículo 19.1.

3. El periodo de consultas tendrá una duración no superior a quince días. Salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2, se deberán celebrar, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a siete días ni inferior a tres.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el periodo de consultas podrá darse por finalizado en todo caso cuando las partes alcancen un acuerdo.”

A nivel reglamentario se establece una regulación del período de consultas estableciéndose una duración máxima y un número mínimo de dos reuniones, indicando expresamente “salvo pacto en contrario”, cuyo único alcance posible es considerar que las partes den por finalizado y agotado el período de consultas con una única reunión, ya que la posibilidad de que se realicen más de dos reuniones ya se encuentra contemplada con la indicación de que deben realizarse al menos dos reuniones.

En definitiva, el RD 1483/2012 preserva la capacidad de autodeterminación por las partes negociadoras que intervienen en el período de consultas a la hora de determinar el número de reuniones y los intervalos temporales entre las mismas.

- El inciso final del primer párrafo del art. 20.2 del RD 1483/2012 indica que las partes pueden fijar el número de reuniones y los intervalos entre las mismas de forma diferente a los criterios fijados en dicho precepto.
- Si con carácter general es posible que por acuerdo de las partes se de por finalizado el período de consultas del ERTE con una única reunión, con mayor razón será posible respecto de los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o producción motivadas por la incidencia del COVID-19 donde se aplica el marco general de la regulación del RD 1483/2012 salvo las especialidades contempladas en el art. 23 del RDL 8/2020, y si en lo referente a la extensión del período de consultas la regulación especial de esta norma es acotar su duración máxima a siete días, con mayor razón será posible que las partes den por finalizadas las consultas con una única reunión.
- En todo caso, la validez del acuerdo en el período de consultas se encuentra condicionado a que se haya desarrollado una negociación real, y a que los representantes de los trabajadores hayan contado con una información y documentación sobre las causas que motivan la suspensión de contratos o reducción de jornada y el alcance de la medidas acordadas, suficiente para que el periodo de consultas cumpla su finalidad.
- Encuanto a su impugnación, vale lo que hemos dicho en relación con los ERTES de fuerza mayor, si bien al no precisar autorización, no opera la nulidad por este motivo.

III. LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO, Y EL PAGO DE COTIZACIONES SOCIALES, EN CASO DE ERTE.

1. Especialidades en materia de protección por desempleo de los trabajadores afectados por un ERTE:

Las especialidades las regula el art. 25, y aunque no es objeto de este trabajo analizar su régimen legal, nos limitamos a señalar que consisten, básicamente:

- Se reconoce el derecho a la prestación contributiva por desempleo.

- Para acceder a la misma, no se exige tener períodos mínimos de cotización.
- No computa el período en que estén percibiendo la prestación de los períodos a que puedan tener derecho ulteriormente.
- Se aplican también a sociedades cooperativas de trabajo asociado y a sociedades laborales cuando coticen al desempleo.
- La cuantía de la prestación se rige por las reglas generales, con la medida específica de que la base reguladora es el promedio de los últimos 180 días en la actividad objeto de suspensión, o el período trabajado en la actividad objeto de suspensión si fuera inferior. No permite completar la base reguladora con lo trabajado en otras actividades distintas.
- La duración también tiene una regla especial, importante, por cuanto se extiende mientras dure la situación de suspensión de contrato o reducción de jornada, aunque las cotizaciones no permitieran extender tal duración.

Se regula en estos términos:

*Artículo 25. Medidas extraordinarias en materia de protección por desempleo en aplicación de los procedimientos referidos en los **artículos 22 y 23.***

*1. En los supuestos en que la empresa decida la suspensión de contratos o la reducción temporal de la jornada de trabajo por las causas previstas en el **artículo 47** del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con base en las circunstancias extraordinarias reguladas en este real decreto-ley, el Servicio Público de Empleo Estatal y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, adoptarán las siguientes medidas:*

*a) El reconocimiento del derecho a la **prestación contributiva** por desempleo, regulada en el título III del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, a las personas trabajadoras afectadas, **aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.***

*b) **No computar** el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos.*

2. Podrán acogerse a las medidas reguladas en el apartado anterior, además de las personas trabajadoras incluidas en el artículo 264 del texto refundido de la Ley General de

la Seguridad Social, aquellas que tengan la condición de **socias trabajadoras de sociedades laborales y de cooperativas de trabajo asociado** que tengan previsto cotizar por la contingencia de desempleo.

En todos los casos se requerirá que el inicio de la relación laboral o societaria hubiera sido anterior a la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley.

3. Las medidas previstas en el apartado 1 serán aplicables a las personas trabajadoras afectadas tanto si en el momento de la adopción de la decisión empresarial tuvieran **suspendido** un derecho anterior a prestación o subsidio por desempleo como si **careciesen del período mínimo** de ocupación cotizada para causar derecho a prestación contributiva, o no hubiesen percibido prestación por desempleo precedente.

En todo caso, se reconocerá un nuevo derecho a la prestación contributiva por desempleo, con las siguientes especialidades respecto a la cuantía y duración:

a) La **base reguladora** de la prestación será la resultante de computar el promedio de las bases de los últimos **180 días cotizados** o, en su defecto, del período de tiempo inferior, inmediatamente anterior a la situación legal de desempleo, **trabajados al amparo de la relación laboral afectada por las circunstancias extraordinarias** que han originado directamente la suspensión del contrato o la reducción de la jornada de trabajo.

b) La duración de la prestación se extenderá **hasta la finalización del período de suspensión del contrato de trabajo o de reducción temporal** de la jornada de trabajo de las que trae causa.

4. La iniciación, instrucción y resolución del procedimiento de reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo se ajustará a lo dispuesto en la normativa legal y reglamentaria para los supuestos de suspensión temporal del contrato o de reducción temporal de la jornada derivados de causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza mayor.

5. En el caso de las personas socias trabajadoras de cooperativas a las que se refiere el apartado 2, la acreditación de las situaciones legales de desempleo exigirá que las causas que han originado la suspensión o reducción temporal de la jornada hayan sido debidamente constatadas por la autoridad laboral competente de acuerdo con el procedimiento regulado en el Real Decreto 42/1996, de 19 de enero, por el que se amplía la protección por desempleo a los socios trabajadores de Cooperativas de Trabajo Asociado.

2. Situación de los trabajadores fijos-discontinuos en materia de prestaciones por desempleo.

Respecto del personal fijo discontinuo se establece esta previsión, en el apartado 6 de art. 25, que consiste, básicamente:

- En permitir recuperar el período de prestación por desempleo que perciban durante la suspensión del contrato de trabajo por las causas extraordinarias motivadas por el COVID-19.
- Ello presupone, como dijimos anteriormente, que estos trabajadores sí deben ser incluidos en el ERTE, y que la falta de actividad por estos motivos no supone una causa justificada para no realizar los llamamientos. Por el contrario, si están prestando servicios han de pasar al ERTE, lo mismo que si está previsto que deban ser llamados mientras se prolonga el ERTE.
- Además, hay que aclarar la situación que se produce si la empresa no los incluye en el ERTE sino que comunica el fin del período de actividad, lo mismo que si cuando se tiene que efectuar el llamamiento, la empresa no los incluye en el ERTE. Los dos comportamientos pueden ser considerados como extinción del contrato o incluso despido. Dado que el precepto exige que los contratos estén suspendidos, puede ser problemático que en tales casos opere el derecho de reposición. Por ello, para evitar situaciones de perjuicio a este colectivo, parece que lo lógico es exigir su inclusión en el ERTE.

En concreto, establece la norma:

6. Las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores fijos discontinuos y por aquellos que realizan trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, que hayan visto suspendidos sus contratos de trabajo como consecuencia del impacto del COVID-19 durante periodos que, en caso de no haber concurrido dicha circunstancia extraordinaria, hubieran sido de actividad, podrán volver a percibirse, con un límite máximo de 90 días, cuando vuelvan a encontrarse en situación legal de desempleo. Para determinar el periodo que, de no haber concurrido esta circunstancia, hubiera sido de actividad laboral, se estará al efectivamente trabajado por el trabajador durante el año natural anterior en base al mismo contrato de trabajo. En caso de ser el primer año, se estará a los periodos de actividad de otros trabajadores comparables en la empresa. Esta medida se aplicará al mismo derecho consumido, y se reconocerá de oficio por la Entidad Gestora cuando el interesado solicite su reanudación.

3. La reducción o exoneración de cotizaciones sociales en los ERTES por fuerza mayor.

Otra medida de gran alcance contenida en el RDL 8/2020 es la exoneración, total o parcial, según el tamaño de la empresa, en el pago de las cotizaciones sociales a la empresa y conceptos de recaudación conjunta, en los expedientes de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizados con base en el art. 22 por razón de fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19.

No se aplica a los casos de ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

Esa exoneración es el 100% si al empresa al día 29 de febrero de 2020 tuviera menos de 50 trabajadores. Y del 75% si tuviera 50 o más.

Esa exoneración no tiene efectos para la persona trabajadora, de modo que ese período se tiene por cotizado a todos los efectos.

El derecho a esta exoneración se vincula a un compromiso de mantenimiento del empleo.

Dispone la Disposición adicional sexta. Salvaguarda del empleo.

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.

En principio, comprende el número de puestos de trabajo, tanto temporales como fijos. Pero lo cierto es que el compromiso del mantenimiento del empleo no se desarrolla en su alcance práctico y puede haber muchos problemas de cómputo según las causas de extinción, o la vigencia de contratos temporales.

Afecta a las exenciones de cotizaciones sociales, de modo que si se incumple, la empresa puede venir obligada a reintegrarlas. Cabe entender la norma que se refiere a las medidas extraordinarias en el ámbito laboral que implican beneficios empresariales. Por tanto, no puede afectar al tratamiento de las prestaciones por desempleo, pues

4. El ámbito temporal de las medidas en materia de prestaciones por desempleo y cotizaciones sociales.

El apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera del RDley 8/2020, que dispone:

“ 2) Las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones y protección por desempleo reguladas en los artículos 24, 25, 26 y 27 serán de aplicación a los afectados por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, siempre que deriven directamente del COVID-19.”

Por ello, resulta fundamental estar a las concretas causas que fueron invocadas por la empresa para justificar la suspensión de aquellos contratos de trabajo.

- Si derivaban directamente del COVID-19, resultarán aplicables los beneficios en materia de exoneración de cotizaciones a la Seguridad Social, reposición de prestaciones para los trabajadores y demás previsiones contempladas en el RDL 8/32020 en materia de trámites para el reconocimiento y mantenimiento de las prestaciones de desempleo.
- Si las causas justificativas de aquella suspensión de contratos no derivan directamente del COVID-19, la innegable incidencia económico-productiva derivada del COVID-19 determina la existencia de hechos nuevos de relevancia determinantes de una diferencia esencial en la situación económico-productiva de la empresa, respecto a la que fue tomada en consideración y que sirvió de causa en el anterior expediente de suspensión de contratos.

En este caso, cabe plantear que la empresa podría comunicar a los trabajadores la finalización de la suspensión de sus contratos y el inicio inmediato de un nuevo expediente de suspensión, por la vía de los arts. 22 ó 23 del RDL 8/2020, donde podría ampliar el número de afectados, lo que no podría considerarse un fraude a las prestaciones por desempleo.

En la hipótesis anteriormente referida, ha de tenerse en cuenta que no operaría la reposición de las prestaciones de desempleo consumidas durante la actual suspensión del contrato.

Por lo demás, si la causa que motivó el anterior expediente de suspensión de contratos es diferente, el cambio relevante de las circunstancias que fueron tomadas en consideración para acordar la anterior suspensión de contratos

justifica que la empresa pueda tramitar un nuevo expediente de suspensión de contratos incluso durante la vigencia de otro anterior y, por esta vía, puede proceder a la tramitación de un nuevo expediente de suspensión de contratos por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en los términos del RDL 8/2020 que incluya a los trabajadores afectados por el anterior pero que todavía no se encuentran con sus contratos suspendidos.

5. La prestación extraordinaria por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

Por último queremos hacer una alusión a otra medida de protección social, en este caso para los trabajadores autónomos, regulada en el art. 17 del RDL 8/2020.

La prestación por cese de actividad establecida en el Real Decreto-Ley 8/2020, para los trabajadores por cuenta propia o autónomos es una prestación de carácter extraordinario, para hacer frente a una situación extraordinaria, por lo que mantiene un régimen jurídico propio y especial, diferenciado del régimen de la prestación ordinaria por cese de actividad.

De este modo, los requisitos exigibles para acceder a la prestación extraordinaria por cese de actividad son exclusivamente los contemplados en el artículo 17 del Real Decreto-ley 8/2020, entre los que no se incluye el deber de haber cotizado a la contingencia de cese de actividad.

Concretamente, para ser beneficiario de la prestación extraordinaria de cese por actividad se precisará únicamente:

- Suspensión de la actividad en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, o bien, si continúa la actividad, que se haya producido una reducción de la facturación, en al menos un 75%, en el mes anterior a la solicitud respecto del promedio de facturación del semestre anterior.
- No requiere causas justificativas de la reducción de facturación, y presume que se debe a la situación de paralización de la actividad económica generada por el COVID-19. Puede que la reducción de facturación se motive por necesidad de atender cuidados familiares, lo que puede plantear problemas interpretativos.
- Si fuera por situación de infección o inmovilización, procedería la situación de IT.
- Se requiere estar afiliado y en situación de alta el 14 de marzo 2020, la fecha de la declaración del estado de alarma bien en el RETA, bien en el Régimen Especial de

la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. No se requiere cotizar específicamente a la prestación de cese de actividad, y en la regulación de excepción, se configura como un beneficio general para el conjunto de los trabajadores autónomos, al margen de que estén o no protegidos frente al cese de actividad. En realidad no estamos ante un cese de actividad, y la contingencia de suspensión temporal no era objeto de cobertura, por lo que es lógico que no se exija la cotización a dicho cese.

- Es requisito hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. No obstante cabrá la posibilidad de regularizar los descubiertos de cotización previa invitación al pago, que deberá ingresarse en el plazo improrrogable de treinta días naturales.
- No se exige ningún período mínimo de cotización. Si bien el período de cotización previa podría afectar a la cuantía de la prestación.

**** *** ****