¿Puedo devolver al ERTE algunos de los trabajadores desafectados si la vuelta a la actividad no es cómo yo pensaba?



Se ha escrito mucho respecto a la desafectación de trabajadores de un ERTE, es decir, sobre la posibilidad de sacar, poco a poco y de forma progresiva, a los trabajadores que se encuentran en el ERTE para así adaptar las necesidades de personal a una vuelta a la actividad que se hace de forma escalonada y con restricciones.

Tanto es así que el Gobierno ya había anunciado que ello era posible, y el **Real Decreto-Ley 18/2020**, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo lo establece de forma expresa, dándole rango de Ley.

Sin embargo, ni el **Real Decreto-Ley 18/2020**, de 12 de mayo, ni tampoco el Acuerdo Social en Defensa del Empleo, adoptado por el Gobierno y los agentes sociales, hacen referencia alguna a la posibilidad contraria.

Nos referimos al caso de una empresa que, una vez iniciada su vuelta a la actividad, con las limitaciones y restricciones impuestas por el Gobierno en función de cada una de las fases, decide desafectar a varios trabajadores, pero se da cuenta de que la vuelta a esa actividad no ha sido como pensaba y no tiene ingresos ni actividad para mantener a todos los trabajadores que ha desafectado.

¿Podría entonces volver a incluir a alguno de ellos en el ERTE?

La verdad es que el **Real Decreto-Ley 18/2020**, de 12 de mayo, ha perdido una oportunidad única de pronunciarse sobre esta cuestión; y no dice nada al respecto.

Partiendo de la máxima que dice "lo que no está prohibido, está permitido", y, sobre todo, teniendo en cuenta que el ERTE es una medida de flexibilidad laboral cuyo fin último es evitar la extinción de contratos de trabajo, podemos aventurarnos a decir que no existe razón que impida dicha práctica.

Ahora bien, es necesario que entremos un poco más en detalle.

Los ERTE han sido prorrogados como máximo hasta el 30 de junio y el **Real Decreto-Ley 18/2020**, de 12 de mayo, permite, si la recuperación de la actividad no es total, mantener el ERTE vigente e ir desafectando trabajadores.

Ello supone, como dice la propia norma, que la situación de fuerza mayor, aunque sea parcial, subsiste y, por tanto, al menos hasta el 30 de junio de 2020, dichas causas siguen afectando a la empresa y a sus trabajadores y, en consecuencia, cabría, bajo ese paraguas del ERTE vigente, devolver al mismo a un trabajador que se ha desafectado; si al final la reapertura de la actividad no permite mantenerlo.

Además, el SEPE, como ya indicamos en un **Comentario anterior**, contempla esta posibilidad pues permite a las empresas comunicar los períodos de actividad de los trabajadores. O, dicho de otro modo, prevé que durante el ERTE haya periodos de afectación y desafectación.

****

Así, dentro de la situación de ERTE, la empresa deberá remitir los periodos de actividad de estos trabajadores a través de la aplicación **[certific@2.](https://sede.sepe.gob.es/portalSedeEstaticos/flows/gestorContenidos?page=index_certificados" \t "_blank)** Una vez esta información se encuentra "en manos" del SEPE, su propio sistema tratará:

* Como días protegidos por desempleo los que no se comuniquen como activos desde el inicio hasta el final del ERTE y
* Dará de baja la prestación por los días notificados como activos a través de **[certific@2.](https://sede.sepe.gob.es/portalSedeEstaticos/flows/gestorContenidos?page=index_certificados" \t "_blank)**

ES DECIR...

*Aunque no se diga expresamente en ninguna de las normas sobre los ERTEs aprobadas, podemos concluir que no está prohibido y que, por tanto, puede hacerse y el SEPE, además, ha previsto el cauce para ello.*

Ahora bien, no es descabellado pensar que la Administración, que en el **Real Decreto-Ley 18/2020**, de 12 de mayo, apuesta por la reincorporación de las personas trabajadoras afectadas en la medida necesaria para el desarrollo de su actividad, primando los ajustes en términos de reducción de jornada, pida que se justifique por qué se desafectó a un trabajador para después volverlo a incorporar al ERTE.

La desafectación supone decir que las causas que justificaban la suspensión o reducción de jornada de este trabajador han desaparecido y, por tanto, es lógico que, si se pretende reincorporar de nuevo al trabajador al ERTE se deban justificar las razones por las que vuelven a concurrir esas causas en la actividad de la empresa; y que la reversión no es arbitraria o caprichosa.

Entendemos que, además de al SEPE, y lógicamente a la Seguridad Social, es conveniente comunicar la reincorporación al ERTE a la Autoridad Laboral, pues si a dicha autoridad se le comunica el inicio del ERTE y, conforme al **Real Decreto-Ley 18/2020**, de 12 de Mayo, también la finalización total del ERTE, es una garantía para la empresa que quede constancia también de estas incidencias, especialmente, cuando las mismas tienen trascendencia a efectos de Seguridad Social y de prestaciones por desempleo. Digamos que creemos conveniente pecar de prudencia y guardar esa comunicación por si resultase necesario a efectos de prueba en el futuro.

El último aspecto que se plantea en este caso está relacionado con el **cambio en las exenciones de cotización a la Seguridad Social** que lleva a cabo el **Real Decreto-Ley 18/2020**, de 12 de marzo.

La cuestión es si el trabajador que devolvemos al ERTE, después de haberlo desafectado, podría beneficiarse de las exoneraciones previstas para los meses de mayo y junio para los trabajadores que permanecen en el ERTE.



Entendemos, aunque sin la seguridad jurídica que da una norma expresa, que si la devolución del trabajador al ERTE obedece a razones justificadas de pervivencia de las causas de fuerza mayor que justifican dicho ERTE, que además, está vigente hasta el 30 de Junio, la respuesta debe ser afirmativa, es decir, el trabajador que vuelve al ERTE dará derecho a las exenciones de cotización establecidas en el **Real Decreto-Ley 18/2020**, de 12 de Marzo, para los trabajadores que no se incorporan a la actividad.

No obstante...

*Como hemos señalado al inicio, el****Real Decreto-Ley 18/2020****, de 12 de marzo, no establece nada al respecto, por lo que, dada la vertiginosidad con la que se producen los cambios en estas cuestiones, aconsejamos, en primer lugar, cautela a la hora de tomar las decisiones y, en segundo lugar, estar atentos, casi a diario, a las novedades que se puedan producir.*