nº 32 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Novedades en materia de Seguridad Social del RD-Ley 32/2021 con repercusión en la actuación inspectora

New developments in the field of Social Security in Royal Decree-Law 32/2021 with repercussions on the inspection process

Francisco Javier Calderón Pastor *Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

Cita Sugerida: CALDERÓN PASTOR, F.J.: «Novedades en materia de Seguridad Social del RD-Ley 32/2021 con repercusión en la actuación inspectora», *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 32 (2022): 217-239

Resumen

El Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha introducido importantes cambios tanto en normas laborales como de seguridad Social, centrándose el presente artículo en la descripción y análisis de las reformas en materia de Seguridad Social, especialmente en materia de cotizaciones, exenciones y en la prestación social en los denominados ERTE del Mecanismo RED. El estudio analiza las repercusiones de las mencionadas novedades sobre la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Palabras clave

reforma laboral 2022; Seguridad Social; ERTE; exención de cuotas; Inspección de Trabajo y Seguridad Social; cotización; Mecanismo RED

Abstract

Royal Decree-Law 32/2021, of 28 December, on urgent measures for labour reform, the guarantee of employment stability and the transformation of the labour market, has introduced important changes in both labour and social security regulations, this article focuses on the description and analysis of the reforms in the field of social security, especially in terms of contributions, exemptions and social benefits in the so-called ERTE of the RED Mechanism. The study analyses the consequences of the above-mentioned developments on the work of the Labour and Social Security Inspectorate.

Keywords

labor reform 2022; Social Security; ERTE; exemption from quotas; Labor and Social Security Inspection; contribution; RED Mechanism

El presente comentario se va a centrar en el análisis de los aspectos de Seguridad Social del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, así como en sus reformas o matizaciones posteriores.

La mayoría de las cuestiones que serán objeto de nuestra atención se refieren o giran alrededor de la cotización a la Seguridad Social, si bien es muy importante desde el punto de vista de las posibles actuaciones inspectoras el realizar un pequeño estudio de la nueva prestación social en los denominados ERTEs del Mecanismo RED. Por ende, desde un punto de vista sistemático, agruparemos el comentario en dos grandes bloques: A) Cotización a la Seguridad Social, B) Protección social en los ERTES del mecanismo RED.

1. NOVEDADES EN MATERIA DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

1.1. Cotización adicional en los contratos de duración determinada inferior a 30 días

Tal y como se señala en la propia exposición de motivos del RD-Ley 32/2021, a pesar de las sucesivas modificaciones que ha experimentado la legislación laboral española, el marco institucional

no ha sido capaz de abordar de manera eficaz el problema de la excesiva tasa de temporalidad, que se sitúa de manera sistemática muy por encima de la media europea (casi 12 puntos porcentuales).

Una de las medidas destinadas a luchar contra la inaceptable tasa de temporalidad en la contratación es precisamente el recargo en las cotizaciones de los contratos de duración determinada. Desde un punto de vista histórico, es una medida que nos ha acompañado en nuestra legislación, aunque con diversas redacciones, los últimos 20 años. Se introduce por la Disposición Adicional Sexta de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, contemplando un incremento de cotización del 36% en la cuota empresarial por contingencias comunes para contratos inferiores a 7 días. Dicha redacción se traslada al artículo 151 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 23 de octubre, añadiendo la exclusión del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios incorporada en el artículo 4 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad Social. Posteriormente el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en su Disposición Final Segunda apartado 4, modifica la redacción del mencionado artículo 151, rebajando la duración a menos de 6 días e incrementando del 36 al 40% el recargo, manteniéndose como única exclusión el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios.

La redacción actual del artículo 151 del TRLGSS, tras la modificación operada por el Real Decreto-Ley 32/2021, está vigente desde el 31 de diciembre de 2021, por lo tanto, afecta a las personas trabajadoras con contratos de trabajo de duración determinada inferior a 30 días que hayan finalizado a el mismo a partir del día 31 de diciembre de 2021, con independencia que el contrato se hubiese formalizado con anterioridad. La Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas de cotización para el año 2022, en su artículo 26 regula esta cotización adicional.

La nueva redacción supone un cambio notable en el modelo de cálculo de la cotización adicional, lo cual vamos a estudiar mediante el análisis comparativo de ambas dicciones literales:

1º.- La redacción anterior se refería a los contratos temporales, sin embargo, la nueva dicción hace referencia única y exclusivamente a los contratos de duración determinada.

De conformidad con la nueva redacción del artículo 15 del ET, por el Real Decreto-Ley 32/2021, el contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora, si bien el apartado 3º del art. 151 del TRLGSS excluye a los contratos por sustitución, lo que significa que en la práctica el recargo solo se aplicará a los contratos de circunstancias de la producción, tanto a tiempo completo (402) como a tiempo parcial (502).

2º.- El ámbito de las exclusiones se amplía, pasando de una única exclusión (Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios) a cuatro exclusiones: no se aplicará cuando sean celebrados con trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios (Código 0163), en el Sistema Especial para Empleados de Hogar (Código 0138), en el Régimen Especial para la Minería del Carbón (Código 0911) ni a los contratos por sustitución (Códigos 410 y 510).

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 5/2022, de 22 de marzo[1], ha modificado la redacción del apartado 3º del art. 151, con efectos desde el 31 de marzo de 2022, para excluir de la aplicación de la cotización adicional a la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades,

[1] Real Decreto ley 5/2022, de 22 de marzo, por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector (BOE de 23 de marzo).

técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad. La Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, que regula en su artículo 11 la cotización de los artistas y en el art. 26 la cotización adicional, pese a ser de fecha posterior, no recoge esta novedad.

El mencionado Real Decreto-Ley 5/2022, además de cambiar la denominación de la relación laboral especial y ampliar el campo de aplicación a las actividades técnicas o auxiliares, ha dado nueva redacción al art. 5 del RD 1435/1985, para regular el contrato laboral artístico de duración determinada, que solo se celebrará para cubrir necesidades temporales de la empresa, y que podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel, o por el tiempo que duren las distintas fases de la producción. Podrán acordarse prórrogas, siempre que la necesidad temporal de la empresa, que justificó su celebración, persista. Precisamente estos contratos de duración determinada, inferior a 30 días, están excluidos de la cotización adicional.

3º.- La cotización adicional, hasta el 30 de diciembre de 2021, eran para los contratos de menos de 6 días (la literalidad se refería a los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva sea igual o inferior a cinco días) y se ha ampliado a los contratos de duración determinada de duración inferior a 30 días.

4º.- Sin lugar a duda, el cambio más importante es el relativo a la forma de cálculo de la cotización adicional, al señalar el apartado 3º del mencionado art. 151, que dicha cotización adicional se calculará, multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes. Precisando el apartado 1º de dicho precepto que la cotización adicional "*será a cargo del empresario a la finalización del mismo*" (contrato). Es decir, 3 × 23,6% × 38,89 (base minina cotización grupo 8) = 27,53 euros cada vez que finalice un contrato de menos de treinta días. Al referirse el precepto a la finalización del contrato, habrá que entender por tal la fecha de baja comunicada a la Tesorería General de la Seguridad Social, por ende, si los 29 días abarcan prestación de servicios durante dos meses, la cotización adicional de los 27,53 euros se aplicará únicamente en el segundo mes.

Dicho tenor literal difiere totalmente de la redacción anterior (RD-Ley 28/2018), que indicaba que la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes se incrementará en un 40 por ciento: 40% × 23,6% × base de cotización (salario con la parte proporcional de las pagas extraordinarias). Por ejemplo, un contrato de 5 días con SMI suponía un recargo de 18,35 euros y si cobraba el doble del SMI el recargo eran 36,7 euros.

Las diferencias son notables:

- Frente a un método de cálculo variable, en función de la base de cotización, y por ende, en función de los salarios percibidos, se ha pasado a una forma de cálculo de cuota fija de 27,53 euros por cada contrato, a su finalización, siendo indiferente que dure un día o veintinueve días.
- Será más gravoso para el empresario cuantos más contratos celebre y cuanto más corta sea su duración, por ejemplo, está más penalizado el celebrar tres contratos de un día que un contrato de tres días, mientras que en el sistema anterior era indiferente.
- En sentido contrario, no tendrá ninguna influencia en el nuevo sistema la cuantía de las retribuciones, que en el sistema anterior si era un factor fundamental.
- En los contratos de duración superior a cinco días (de seis a veintinueve días) se mantienen la penalización y anteriormente no había recargo.

Para finalizar haremos referencia a dos posibles problemas prácticos de la redacción del art. 151 del TRLGSS:

a. ¿Siendo la necesidad de mano de obra temporal y no estructural se puede celebrar un contrato indefinido o contrato de fijo discontinuo para evitar el abono del recargo o cotización adicional?

Pensemos, por ejemplo, en un evento que se celebra por primera y única vez en una ciudad y que necesita 100 personas trabajadoras (personal de cocina, camareros, conserjería…etc.), lo que implicaría un coste de cotización adicional de 2.750 euros. Desde un punto de vista práctico se puede plantear el debate sobre un posible interés empresarial en hacer contratos indefinidos o contrato de fijo discontinuo para evitar el abono de dicha cotización adicional.

Como consecuencia de la extinción de dichos contratos indefinidos, si consideramos un salario equivalente al SMI, el empresario debería abonar 105,48 euros por la indemnización por despido improcedente por cada uno de los 100 trabajadores[2], cantidad muy alta, consecuencia de la interpretación consolidada del Tribunal Supremo del prorrateo de la indemnización por meses[3]. Pudiera pensarse que la elevada cifra de la indemnización va a disuadir de emplear la fórmula del contrato indefinido, pero ha de tenerse en cuenta que puede emplearse el contrato indefinido sometido a periodo de prueba o el de fijo discontinuo para no pagar la elevada indemnización.

Ante posibles fraudes de ley a la Seguridad Social, como el expuesto en el ejemplo, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al amparo del art. 6 apartado 4º del Código Civil, será de vital importancia. La utilización de modalidades contractuales en fraude de ley se tipifica como infracción grave en materia laboral en el artículo 7 apartado 2º del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS), considerándose una infracción por cada uno de los trabajadores afectados, y no cotizar en la cuantía debida, se tipifica como infracción grave en materia de Seguridad Social en el artículo 22 apartado 3º, salvo que se estime que la conducta descrita pueda tener cabida en la infracción muy grave del artículo 23 letra f) del mismo cuerpo legal, por comunicar o consignar datos falsos, que ocasionen liquidaciones fraudulentas en las cuotas a satisfacer a la Seguridad Social.

No obstante lo anterior, de *lege ferenda*, la solución más operativa desde un punto de vista práctico para acabar con estas posibles prácticas de ingeniería jurídica con fines fraudulentos, sería dar una nueva redacción más sencilla al apartado 1º del art. 151 del TRLGSS, sustituyendo la expresión "contratos de duración determinada inferior a 30 días" por "los contratos de duración inferior a 30 días".

b. ¿en los contratos cuya duración efectiva sea igual o inferior a cinco días se sigue aplicando el coeficiente multiplicador del 1,4 a efectos de periodo mínimo de cotización?

El actual artículo 249 bis del TRLGSS a los únicos y exclusivos efectos de acreditar periodo mínimo de cotización de algunas prestaciones de la Seguridad Social y no para otras cuestiones (verbigracia, el porcentaje aplicable a la base reguladora), considera cada día de trabajo como 1,4 días de cotización, es decir, cada cinco días de trabajo una semana cotizada por el efecto del descanso semanal.

El problema hermenéutico se plantea por la falta de adaptación de la dicción del mencionado art. 249 Bis a la nueva redacción del art. 151, ambos del mismo cuerpo legal, ya que literalmente se refiere *"…a los contratos de carácter temporal cuya duración efectiva sea igual o inferior a cinco días, regulados en el artículo 151 de esta ley…"* . Es claro y notorio que la redacción del actual art. 151, tras el RD Ley 32/2021, no contempla los contratos temporales sino los contratos de duración

[2] Calculadora de indemnización del poder judicial en un despido improcedente de 33 días por año de servicio. A diferencia de la indemnización de 1,52 euros en un contrato temporal a 12 días por año de servicio.

[3] El prorrateo de los días que exceden o no llegan a un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo (SSTS 20-7-2009, recurso 2398/2008, ECLI:ES:TS:2009:5261; 20-6-2012, recurso 2931/2011, ECLI:ES:TS:2012:4645; y 6-5-2014, recurso 562/2013, ECLI:ES:TS:2014:2125).

determinada y no se refiere a los contratos de duración efectiva igual o inferior a cinco días sino a los contratos de duración inferior a 30 días.

Si la intención del legislador era, como parece, el mantener que los contratos temporales cuya duración efectiva sea igual o inferior a cinco días cada día de trabajo se considerará como 1,4 días de cotización, desde el punto de vista de una adecuada técnica legislativa, sería más apropiado el haber eliminado cualquier referencia a la nueva redacción del artículo 151.

1.2. Cotización en los contratos formativos en alternancia:

Se regula en la nueva Disposición Adicional Cuadragésima Tercera del TRLGSS, incorporada por el RD-Ley 32/2021, y la primera duda surge en relación con la obligación o no de cotizar por formación profesional, puesto que esta DA 43ª es muy clara al señalar que "*…se cotiza por la totalidad de las contingencias de la Seguridad Social…ingresará las cuotas únicas correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, que serán a su exclusivo cargo, así como las correspondientes a desempleo*[4] *y por formación profesional, que serán a cargo del empresario y del trabajador…"*, sin embargo, el artículo 11 apartado 4º del Estatuto de los Trabajadores, también en redacción del RD Ley 32/2021, expresamente señala que "*La acción protectora de la Seguridad Social de las personas que suscriban un contrato formativo comprenderá todas las contingencias protegibles y prestaciones, incluido el desempleo y la cobertura del Fondo de Garantía Salarial",* por tanto, no incluye la referencia literal a la formación profesional.

A mayor abundamiento de la falta de rigor técnico, el artículo 249 apartado 2º del TRLGSS no ha sido objeto de reforma, y si bien es cierto que, en relación con el derogado contrato para la formación y aprendizaje, señala de manera explicita *"Los contratos suscritos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior de este artículo estarán exentos de la cotización por formación profesional".*

La Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, tampoco resuelve claramente el problema interpretativo planteado, aunque parece apuntar en el sentido positivo de la obligación de cotizar, puesto que en el art. 43 regula la cotización de los contratos de formación en alternancia sin incluir la cotización por formación profesional y en su DT 4ª indica que, hasta tanto no se determine por la correspondiente LPGE las cuotas únicas aplicables en los términos de la DA 43ª, la cotización de los contratos de formación en alternancia se efectuará conforme a lo dispuesto en el artículo 43.

Más allá de la duda expuesta, lo cierto que es la DA 43ª del TRLGSS, introduce un cambio importante en la manera de cotizar por los nuevos contratos de formación en alternancia respecto a los extintos contratos para la formación y el aprendizaje, distinguiendo en función de la cuantía de la base de cotización mensual por contingencias comunes determinada conforme a las reglas establecidas en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda:

Base de cotización mensual por contingencias comunes no supera la base mínima mensual de cotización de dicho Régimen (1.166,70€):

En este caso la cotización sigue como antes de la reforma: se acude a las cuotas únicas que determine para cada ejercicio la correspondiente LPGE, en concreto al art. 106 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de PGE para el año 2022, desarrollado por la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo.

A continuación, se especifica que la cuota por contingencias comunes será a cargo del empresario y del trabajador, y la cuota por contingencias profesionales a cargo exclusivo del empresario.

[4] El artículo 290 del TRLGSS establece "*La cotización por la contingencia de desempleo en el contrato para la formación y el aprendizaje se efectuará por la cuota fija resultante de aplicar a la base mínima correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales el mismo tipo de cotización y distribución entre empresario y trabajador establecidos para el contrato en prácticas*". Precepto que tampoco está adaptado a la nueva redacción de la DA 43ª del TRLGSS.

Igualmente, ingresará las cuotas únicas correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, que serán a su exclusivo cargo, así como las correspondientes a desempleo y por formación profesional, que serán a cargo del empresario y del trabajador.

Base de cotización mensual por contingencias comunes supera la base mínima mensual de cotización de dicho Régimen (1.166,70 €):

La cuota a ingresar estará constituida por el resultado de sumandos: Primer sumando (hasta 1.166,70€): las cuotas únicas ya explicadas. Segundo sumando (cantidad que exceda de 1.166,70€): se aplican los tipos de cotización ordinarios del Régimen que corresponda.

En lógica coherencia con el cambio expuesto, se indica que la base de cotización a efecto de prestaciones será la base mínima mensual de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, salvo que el importe de la base de cotización sea superior, en cuyo caso se aplicará esta.

A diferencia de los contratos de formación y aprendizaje que únicamente se podían realizar a tiempo completo, en el nuevo contrato de formación en alternancia se permite su celebración a tiempo parcial, en consonancia con dicho cambio, se introduce una regla de cotización, para explicitar que a los contratos formativos en alternancia a tiempo parcial les resultarán de aplicación las normas de cotización indicadas para los contratos formativos en alternancia a tiempo completo.

La Disposición Transitoria Segunda del RD-Ley 32/2021 establece que la cotización de los contratos de formación en alternancia, que se suscriban a partir del 31 de diciembre de 2021 y hasta el 30 de marzo de 2022, se realizará conforme a lo establecido en el apartado doce del artículo 106 de la LPGE para el año 2022 sobre los contratos para la formación y el aprendizaje. La cotización de los contratos para la formación y el aprendizaje suscritos con anterioridad al 31 de diciembre de 2021, se realizará conforme a lo establecido en la DA 43ª del TRLGSS y, hasta el 30 de marzo de 2022, conforme al art. 106.12 de la LPGE para el año 2022.

1.3. Beneficios de Seguridad Social en los contratos temporales

Contratos formativos:

En el apartado 4º de la DA 43ª del TRLGSS, se indica que a los contratos formativos en alternancia les resultarán de aplicación los beneficios en la cotización a la Seguridad Social que, a la entrada en vigor de esta disposición, estén establecidos para los contratos para la formación y el aprendizaje. La Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, de 10 de febrero de 2022, al respecto aclara los siguientes extremos:

1º.- Se aplicarán a los contratos formativos en alternancia las reducciones en las cuotas del contrato de formación y el aprendizaje establecidos en el art. 3 de la Ley 3/2012, es decir, la contratación de trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo, tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos, del 100 por cien si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por ciento, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra.

2º.- Se aplicarán a los contratos formativos para la obtención de la práctica profesional los beneficios establecidos en el art. 7 de la Ley 3/2012: las empresas que transformen en indefinidos contratos en prácticas, a la finalización de su duración inicial o prorrogada, tendrán derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años. En el caso de mujeres, dichas bonificaciones serán de 58,33 euros/mes (700 euros/

año). Podrán ser beneficiarios de las bonificaciones las empresas que tengan menos de cincuenta trabajadores en el momento de producirse la contratación, incluidos los trabajadores autónomos, y sociedades laborales o cooperativas a las que se incorporen trabajadores como socios trabajadores o de trabajo, siempre que estas últimas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena. En el supuesto de trabajadores contratados en prácticas y puestos a disposición de empresas usuarias, estas tendrán derecho, en los mismos términos, a idénticas bonificaciones cuando, sin solución de continuidad, concierten con dichos trabajadores un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

3º.- Se aplicarán a los contratos formativos en alternancia y a los contratos formativos para la obtención de la práctica profesional las bonificaciones en las cuotas establecidos en la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores: Las empresas que celebren contratos formativos con trabajadores con discapacidad tendrán derecho a una bonificación de cuotas con cargo a los presupuestos del Servicio Público de Empleo Estatal, durante la vigencia del contrato, del cincuenta por ciento de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a contingencias comunes, previstas para estos contratos.

Contratos de duración determinada:

La Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, de 10 de febrero de 2022, mantiene en vigor los siguientes beneficios:

1º.- En relación con los beneficios establecidos en la Ley 43/2006, señalar que la mayoría se refieren a la celebración de contratos indefinidos. Sin embargo, algunos, como el recogido en el artículo 2 apartado 3º de la Ley 43/2006, serían plenamente aplicable a los contratos de duración determinada del artículo 15 del ET (circunstancias de la producción o sustitución) o a los contratos formativos del art. 11 del ET: cuando se trate de trabajadores con una discapacidad igual o superior al 33%, o que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, contratados por un centro especial de empleo, se aplicarán las bonificaciones del 100 por cien de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las cuotas de recaudación conjunta. La misma bonificación se disfrutará por los centros especiales de empleo en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento de empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

2º.- Para los contratos de sustitución se mantienen en vigor las bonificaciones del Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por nacimiento y cuidado de menor, adopción y acogimiento

Finalmente, señalar que el RD-Ley 32/2021 deroga la Disposición Adicional 21ª del ET, con fecha de efectos de 30 de marzo de 2022. Dicha DA 21ª regulaba las bonificaciones de los contratos de interinidad que se celebren con beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que lleven más de un año como perceptores, para sustituir a trabajadores que estén en la situación de excedencia de tres años por cuidado de hijo/ o de dos años por cuidado de familiares, darán derecho a una reducción en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes: a) 95% durante el primer año. b) 60% durante el segundo año. c) 50% durante el tercer año de excedencia del trabajador que se sustituye.

1.4. Cotización en los ERTES

El RD Ley 32/2021, por un lado, añade un nuevo artículo 153 Bis en el TRLGSS, que lleva por nombre "Cotización en los supuestos de reducción de jornada o suspensión de contrato", y por otro lado, modifica la redacción del apartado 2 del artículo 273, para eliminar cualquier referencia a la cotización empresarial, quedando redactado como sigue "*En los supuestos de reducción de jornada o suspensión del contrato, la entidad gestora ingresará únicamente la aportación del trabajador, una vez efectuado el descuento a que se refiere el apartado anterior.*"[5].

El nuevo art. 153 Bis incorpora cuatro reglas de cotización en los supuestos de reducción temporal de jornada o suspensión temporal del contrato de trabajo, ya sea por decisión del empresario al amparo de lo establecido en los artículos 47 o 47 bis del ET, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal de acuerdo con los artículos 169 y siguientes del texto refundido de la Ley Concursal, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo:

1º.- La empresa está obligada al ingreso de las cuotas correspondientes a la aportación empresarial. Obligación empresarial no condicionada, lo que significa que no se hace depender de que el trabajador perciba o no la prestación por desempleo o, en su caso, la nueva prestación social regulada en la DA 41ª del TRLGSS.

2º.- Corresponde al SEPE o al ISM el ingreso de la aportación del trabajador en los términos previstos en el artículo 273.2 y en la disposición adicional cuadragésimo primera, respectivamente. A diferencia de la cuota empresarial, en este caso si nos encontramos ante una obligación condicionada, porque única y exclusivamente el SEPE ingresará la cuota obrera cuando se tenga derecho a la prestación por desempleo o a la prestación a la que se refiere la disposición adicional cuadragésima primera, mediante el descuento a que se refiere el artículo 273.

3º.- No supone ninguna novedad la forma de cálculo de las bases de cotización de la aportación empresarial: estarán constituidas por el promedio de las bases de cotización de los seis meses naturales inmediatamente anteriores al inicio de cada situación. Para el cálculo de dicho promedio, se tendrá en cuenta el número de días en situación de alta, en la empresa de que se trate, durante el período de los seis meses indicados.

Las bases de cotización se reducirán, en los supuestos de reducción temporal de jornada, en función de la jornada de trabajo no realizada.

4º.- De gran trascendencia práctica resulta la novedad introducida en cuarto lugar, al indicar que durante los períodos de suspensión temporal de contrato de trabajo y de reducción temporal de jornada, respecto de la jornada de trabajo no realizada, no resultarán de aplicación las normas de cotización correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor, y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

Esta última regla resuelve los problemas puestos de manifiesto durante la pandemia en los ERTES COVID-19, como era la cotización en los supuestos de suspensión del contrato (IT, maternidad, riesgo durante el embarazo…etc.) de un contrato de trabajo previamente suspendido por estar en ERTE, dando una solución practica y sencilla, no se aplican las normas de cotización correspondientes a incapacidad temporal, descanso por nacimiento y cuidado de menor, y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, y por ello, se sigue cotizando de acuerdo con las tres reglas expuestas anteriormente.

[5] La redacción anterior disponía "*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".*

1.5. Exenciones en la cotización de los ERTES

Se regula en la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta del TRLGSS[6], que establece el siguiente cuadro de exenciones, resaltando la propia norma que no tendrán efectos para las personas trabajadoras, manteniéndose la consideración del período en que se apliquen como efectivamente cotizado a todos los efectos:

TIPO DE ERTE	% EXONERACION	CONDICIONADO A LA FORMACION
ERTE ETOP (INCLUIDAS PRORROGAS)	20%	SÍ
ERTE FM	90%	NO
ERTE IMPEDIMENTO O LIMITACIÓN	90%	NO
MECANISMO RED MODALIDAD CÍCLICA	60% PRIMER CUATRIMESTRE DESDE LA ACTIVACIÓN 30% SEGUNDO CUATRIMESTRE 20% TERCER CUATRIMESTRE	NO
MECANISMO RED MODALIDAD SECTORIAL	40%	SÍ

El RD-Ley 32/2021 deroga la Disposición Adicional 4ª del RD Ley 16/2014 (por ejemplo, aplicada en el incendio de la fábrica de Campofrío en Burgos), que establecía exoneraciones de hasta el 100% en los ERTE por fuerza mayor con compromiso de mantenimiento del empleo y de efectuar determinadas reinversiones.

Procedimiento de aplicación por las empresas:

Se aplicarán por la TGSS a instancia de la empresa, previa comunicación de:

1º.- Identificación de las personas trabajadoras y periodo de la suspensión o reducción de jornada.

2º.- Previa presentación de declaración responsable, respecto de cada CCC, en el que figuren de alta las personas trabajadoras adscritas a los centros de trabajo afectados, y mes de devengo. Esta declaración hará referencia tanto a la existencia como al mantenimiento de la vigencia de los expedientes de regulación temporal de empleo y al cumplimiento de los requisitos establecidos para la aplicación de estas exenciones. La declaración hará referencia a haber obtenido, en su caso, la correspondiente resolución de la autoridad laboral emitida de forma expresa o por silencio administrativo.

3º.- Declaración responsable sobre el compromiso de la empresa de realización de las acciones formativas a las que se refiere esta disposición.

[6] Numeración conforme a la corrección de errores del día 19 de enero de 2022. La numeración originaria era la disposición adicional trigésima novena.

Se deberá presentar antes de solicitarse el cálculo de la liquidación de cuotas correspondiente al periodo de devengo de las primeras cuotas sobre las que tengan efectos dichas declaraciones. En el sistema de liquidación directa antes del penúltimo día del mes, tal y como establece el art. 29 del TRLGSS. Si la declaración responsable se efectuase en un momento posterior a la última solicitud del cálculo de la liquidación de cuotas dentro del período de presentación en plazo reglamentario correspondiente, estas exenciones únicamente se aplicarán a las liquidaciones que se presenten con posterioridad, pero no a los períodos ya liquidados

Las comunicaciones y declaraciones responsables se deberán realizar, mediante la transmisión de los datos que establezca la Tesorería General de la Seguridad Social, a través del Sistema RED, regulado en la Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo.

Requisitos:

1º.- Sobre la no necesidad de estar al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social:

En consonancia con lo que ya se dispuso para los ERTEs COVID-19 por el RD-Ley 11/2021[7], no exige para la aplicación de las exenciones que la empresa se encuentre al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, en relación al ingreso por cuotas y conceptos de recaudación conjunta, así como respecto de cualquier otro recurso de la Seguridad Social, ni tampoco se exige el ingreso en plazo reglamentario de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta devengadas con posterioridad a la obtención de los beneficios (artículo 20 apartados 1 y 3 del TRLGSS). Ambos requisitos son siempre exigidos para la obtención de bonificaciones o reducciones de cuotas de Seguridad Social y también era una condición exigible en la derogada DA 4ª del RD-Ley 16/2014 para la exoneración de cuotas en ERTEs por fuerza mayor. Probablemente la *ratio decidendi* de la flexibilización o relajación de los requisitos para la obtención de la exención esté relacionado con la negativa situación económica y financiera por la que pueden estar atravesando las empresas que acceden a los ERTES.

2º.- Sobre la obligación de impartir formación:

Las exenciones son voluntarias para las empresas, tal y como señalan expresamente, tanto el art. 47.7. letra d) como el art. 47 Bis.5 letra a) y la DA 44ª del TRLGSS. Ahora bien, de acogerse las empresas a ellas, han de cumplir las condiciones y requisitos que se especifican en la propia disposición. En el caso de las exenciones en ERTEs ETOP y en el Mecanismo RED de carácter sectorial (letras a) y e) del apartado 1 de la DA 44ª), están obligadas a impartir formación, y en caso contrario, deberán ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa determinación por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del incumplimiento de estas las obligaciones y de los importes a reintegrar.

La propia DA 44ª matiza dos cuestiones de gran importancia práctica en relación con la obligación de devolver las exenciones por incumplir la obligación de formación:

— En aquellos casos de incumplimiento parcial de la obligación no procede la devolución de la totalidad de la exención, sino que solamente se devuelve la exención de las personas trabajadoras respecto de las que se ha incumplido la misma.

— En el supuesto de que la empresa acredite la puesta a disposición de las personas trabajadoras de las acciones formativas no estará obligada al reintegro de las exenciones, cuando la persona trabajadora no las haya realizado. Por tanto, cuando

[7] En los RD Leyes anteriores (8/20, 18/20, 24/20, 30/20 y 2/21) solamente se excluía el apartado 1º del art. 20 del TRLGSS.

la empresa ofrece al trabajador la formación y éste se niega a recibirla, la empresa no estaría obligada a la devolución. En estos casos, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá comprobar que efectivamente no ha existido voluntad real del trabajador en recibir la formación y que no se trata de un artificio formal de la empresa para evitar la devolución.

Se añade una nueva Disposición Adicional 25ª en el ET, que aclara cuatro aspectos fundamentales sobre las acciones formativas:

— Voluntariedad u obligatoriedad: Recalca nuevamente el carácter voluntario de las acciones formativas, salvo en los ERTES ETOP y en el Mecanismo RED de carácter sectorial en los que se haya accedido a exenciones, que como hemos indicado *ad supra*, tendrá carácter obligatorio para la empresa.

— Qué tipo o clase de formación se puede impartir: Su objetivo es la mejora de las competencias profesionales y de la empleabilidad, priorizándose las necesidades formativas reales de las empresas y los trabajadores incluyendo las competencias digitales y las que permitan recualificar a las personas trabajadoras, aunque no tengan relación directa con la actividad desarrollada en la empresa. Muy importante esta última matización, puesto que permite realizar formación no vinculada a la actividad desarrollada por el trabajador en la empresa (por ejemplo, un reponedor o un peón pueden acceder a cursos de informática o de atención al público).

— Modo de impartición: Se especifica las tres posibles modalidades de impartición: formación profesional (Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio), formación profesional para el empleo (Ley 30/2015, de 9 de septiembre), o a través de cualquier otro sistema de formación acreditada. El art. 47.7 letra d) del ET, y por remisión el art. 47Bis apartado 5 letra a), dispone que las empresas tendrán derecho a un incremento de crédito para la financiación de acciones en el ámbito de la formación programada, en los términos previstos en el artículo 9.7 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral.

— Tiempo de impartición: Se puede impartir la formación durante la aplicación de la reducción de la jornada o la suspensión del contrato o en tiempo de trabajo, si bien se introducen dos límites, deberán respetarse los descansos legales (descanso diario y semanal) y el derecho a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

3º.- Cláusula de mantenimiento del empleo

Tal y como señala el art. 47 apartado 7º letra e) del ET, para los ERTE, y por remisión el art. 47 Bis apartado 5º letra a) del mismo cuerpo legal, para el mecanismo RED, los beneficios en materia de cotización, de carácter voluntario para la empresa, estarán condicionados, al mantenimiento en el empleo, con el contenido y requisitos del apartado 10º de la DA 44ª del TRLGSS, que recoge dicha obligación de mantenimiento del empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los seis meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del ERTE. Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

Si comparamos la redacción de este apartado 10º con la cláusula de salvaguarda del empleo recogida en la Disposición Adicional 6ª del RD-Ley 8/2020, en la redacción dada por el RD-Ley 18/2020[8], de los denominados ERTES COVID-19, las diferencias tienen gran trascendencia práctica:

a.- En ambos casos la duración de la obligación de mantenimiento es idéntica, 6 meses, sin embargo, el *dies a quo* del plazo es completamente distinto. Así, en los ERTES COVID-19 se computa desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla, mientras que en la nueva regulación de los ERTEs se computará desde la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo.

b.- También difiere notablemente el alcance del quantum a devolver, en los llamados ERTEs COVID-19 las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones, mientras que en la nueva regulación de los ERTEs de la DA 44ª, las empresas que incumplan el compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito. Esta reivindicación de las organizaciones empresariales durante toda la pandemia, de limitar el importe a devolver a los trabajadores afectados por la extinción, ha visto la luz para los nuevos ERTES del art. 47, 47 Bis y del Mecanismo RED.

No obstante, la Dirección General de Trabajo de Trabajo, había interpretado que la devolución o reintegro de la exención procedía por centro de trabajo y no por empresa.

c.- Análogos son los motivos por los que no se entiende incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo, así, no se considerará incumplido este 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[9]. Tampoco se considera incumplido 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, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del ET y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Por ende, el único cambio sería la sustitución de la expresión "expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto" por la locución "se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del ET y se extinga por finalización de su causa". Desde un punto de vista técnico jurídico, dicha modificación, es acorde con la derogación del contrato de obra o servicio determinado por el RD-Ley 32/2021 y permite incluir la excepción de la terminación o conclusión de los contratos de sustitución, supliendo la omisión de la redacción de la DA 6ª del RD Ley 8/2020 en relación con los anteriores contratos de interinidad.

Aunque es cierto que el precepto analizado no utiliza la expresión "entre otros" o cualquier otra fórmula gramatical que induzca a pensar que nos encontramos ante una enumeración abierta o ejemplificativa, lo cierto es que tampoco se cierra de forma concluyente para inclinar la balanza hacia un *númerus clausus* o cerrado de causas de exclusión. A la luz de la experiencia de los denominados ERTES COVID-19 se echa en falta una mayor precisión de la norma analizada en relación con otras causas de extinción de la relación laboral, lo que puede dar lugar a problemas hermenéuticos en su aplicación práctica:

1º.- La terminología utilizada en relación con el despido disciplinario, que se limita a los casos de "declarado como procedente", provoca que pudieran quedar fuera de la excepción aquellos casos

[8] Los compromisos de mantenimiento del empleo se han mantenido vigentes en los términos del art. 5 del RD Ley 30/2020, art. 3 del RD Ley 2/2021, art. 3 del RD Ley 11/2021, art. 5 del RD Ley 18/2021 y DA 1ª del RD ley 2/2022.

[9] En la línea de la Disposición adicional cuarta apartado 4º del RD Ley 16/2014.

de reconocimiento del despido como procedente en conciliación administrativa, judicial o en los órganos creados a tal efecto por los interlocutores sociales, y también aquellos despidos disciplinarios notificados fehacientemente al trabajador pero que éste no recurre y se aquieta a la decisión empresarial. Una interpretación literal del precepto nos llevaría a exigir una sentencia o declaración judicial de procedencia del despido, lo que provocaría una auténtica indefensión o limitación en los derechos de defensa empresarial, si la procedencia se reconociera en conciliación o no interpusiera demanda frente al despido, lo que inclinaría la balanza hacía una interpretación teleológica de la excepción para no considerar en estos casos como incumplido el mantenimiento del empleo.

2º.- Un auténtico problema práctico se plantea en relación con las cartas de despido disciplinario cuando está pendiente la sentencia judicial sobre la procedencia del despido, incluidos los casos de readmisión, y las simultáneas actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo, debiéndose aplicar preceptivamente el art. 20 apartado 6 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que en aquellos asuntos coincidentes con cuestiones que con carácter previo o incidental esté conociendo un órgano jurisdiccional y que pudieran dar lugar a la exigencia de pago de cuotas de la Seguridad Social, exige iniciar actuación inspectora con conocimiento formal del empresario, que interrumpirá el plazo de prescripción del artículo 24 del TRLGSS y una vez que sea firme la sentencia y sea esta comunicada a la ITSS, se iniciará la tramitación del expediente liquidatorio y, en su caso, sancionador, o bien se archivarán las actuaciones.

3º.- Un supuesto no contemplado por la norma son los casos de jubilación, incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez o fallecimiento del empresario, puesto que la norma se refiere única y exclusivamente a los mismos, pero en relación con la persona trabajadora. Dichos supuestos aparecen contemplados en el art. 49.1 letra g) del ET como causa de extinción del contrato de trabajo salvo que exista una sucesión de empresa de acuerdo con el art. 44 del ET. Por tanto, las dudas interpretativas surgen cuando no hay un heredero o continuador de la empresa, en caso contrario, es decir, cuando existe sucesión de empresa, es claro que ha de cumplirse el mantenimiento del empleo.

No podemos interpretar de manera homogénea los tres supuestos enunciados, puesto que en uno concurre la nota de voluntariedad, como es la jubilación, lo que llevaría a interpretar que sí existe incumplimiento empresarial, como han interpretado tanto algunos pronunciamientos judiciales[10], como la propia Dirección General de Trabajo[11] del Ministerio de Trabajo y Economía Social, mientras que en los otros dos supuestos hay una circunstancia totalmente ajena y objetiva que impide la continuación de la actividad empresarial, como es el fallecimiento o la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del empresario persona física, lo que podría motivar que, al igual que ocurre cuando acontece con la persona trabajadora, que fuera causa suficiente para no considerar incumplida la cláusula de mantenimiento del empleo.

4º.- Tampoco se recoge en el apartado 10º de la Da 44ª del TRLGSS, al igual que ocurría con su predecesor la DA 6ª del RD Ley 8/2020, los supuestos de extinción a instancias del trabajador como es la extinción por violencia de género o por movilidad geográfica (art. 40) o modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41).

El art. 49.1 letra m) recoge como causa de extinción del contrato la decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género, hecho totalmente ajeno a la voluntad empresarial, salvo que éste sea el

[10] Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 5 de Bilbao de 9 de febrero de 2021 (Rec. 1/2021).

[11] Consulta de 19 de abril de 2021. Recordemos que la Dirección General de Trabajo es el órgano, que de conformidad con el art. 3 letra o) del RD 499/2020, tiene la competencia para la elaboración de informes y consultas relativas a la interpretación y aplicación de las disposiciones en materia laboral.

agresor, lo que implicaría que no se debería considerar como incumplida la cláusula de mantenimiento del empleo.

Sin embargo, de acuerdo con la letra c) del art. 50 del ET, la persona trabajadora puede solicitar la extinción del contrato de trabajo en los casos de negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados, es decir, se deberán de dar dos condiciones, que dependen ambas de la voluntad empresarial, la primera que una sentencia ha declarado los mismo injustificados y la segunda la negativa empresarial a la reintegrar a los trabajadores en sus anteriores condiciones. Por ende, al igual que se ha interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[12], que dichas extinciones a instancias del trabajador se consideran computables a efectos de los umbrales del despido colectivo del art. 51 del ET, entendemos que son extinciones contractuales imputables al empresario y que deben dar lugar a considerar que la se ha incumplido la cláusula de mantenimiento del empleo.

5º.- Respecto a la causa contemplada en el inciso final de la letra g) del artículo 49.1 del ET, que se refiere a la extinción de la personalidad jurídica del contratante, se exige el seguir los trámites del art. 51 ET, y por tanto, ha de entenderse que la extinción de los contratos de trabajo es causa de reintegro de las exenciones aplicadas en las cotizaciones sociales por falta de mantenimiento del empleo.

d.- Aportando mayor seguridad jurídica en la interpretación, ha desparecido cualquier referencia a los apartados 3º y 4º de la DA 6ª del RD-Ley 8/2020, que se referían, respectivamente, a dos cuestiones distintas. La primera era una simple llamada de atención o elemento interpretativo, para valorar en el compromiso de mantenimiento las características específicas de los distintos sectores y las especificidades de las empresas con alta variabilidad o estacionalidad del empleo, y la segunda era mucho más compleja de interpretar, ya que recogía expresamente una causa de exclusión del compromiso de mantenimiento del empleo en sentido estricto, para aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores de acuerdo con el art. 5 apartado 2º del Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por RD Legislativo 1/2020.

1.6. Controles de Seguridad Social de la ITSS en los ERTES

Tal y como dispone, la DA 45ª[13], corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos y de las obligaciones establecidas en relación a las exenciones en las cotizaciones de la Seguridad Social. Después de determinar la competencia de la ITSS, en detrimento de otras posibilidades legislativas como el control compartido con la TGSS y en línea con lo establecido para los ERTES COVID-19[14] en el denominado derecho de la emergencia, establece preceptivamente el desarrollo de acciones de control, pudiendo iniciarse en caso de incumplimiento de la normativa los correspondientes expedientes sancionadores y liquidatarios de cuotas.

Uno de los cambios introducidos por el RD-Ley 32/2021 en el procedimiento de los ERTE del artículo 47.3 del ET, es la supresión del traslado que hacía la Autoridad Laboral al SEPE tanto de la comunicación inicial como de la decisión empresarial, sustituyéndolo por la previsión que hace la nueva DA 26ª del ET, que establece que la TGSS, el SEPE y la ITSS tendrán acceso, a través de los procedimientos automatizados que se establezcan, a todos los datos necesarios para la identificación y tipo del expediente de regulación temporal de empleo, de la empresa y de las personas trabajadoras incluidas en el expediente, el tipo de medida a aplicar, el período en el que se puede producir la reducción de jornada de trabajo o suspensión de los contratos de trabajo y el porcentaje máximo de

[12] Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2015, Asunto C-422-2014.

[13] Hasta la corrección de errores del BOE del día 19 de enero la numeración era la DA 40ª.

[14] Disposición Adicional 2ª y 4º de la Ley 3/2020 (originario RD Ley 9/2020) y DA 2ª del RD Ley 18/2021.

reducción de jornada o periodo máximo de suspensión de contrato previsto respecto de cada persona trabajadora. Posteriormente, el RD-Ley 4/2022, en su DA 4ª, precisa que las comunidades autónomas podrán remitir la información que obre en su poder directamente a la TGSS, al SEPE y a la ITSS o poner dicha información a disposición del Ministerio de Trabajo y Economía Social, a través de los procedimientos que este departamento determine, para su posterior remisión a la TGSS, el SEPE y a la ITSS, lo cual será aplicable también al Mecanismo RED.

Tampoco se ha puesto en marcha la previsión de un desarrollo reglamentario de la DA 42ª del TRLGSS, también introducida por el RD-Ley 32/2021, que señala que al objeto de reducir las cargas administrativas de las empresas, reglamentariamente se establecerá por el SEPE y la TGSS, un procedimiento único a través del cual las empresas puedan comunicar, a ambas entidades, el inicio y finalización de los períodos de suspensión y reducción temporal de jornada, de tal forma que la misma surta efecto para el desarrollo de la totalidad de las competencias de ambas entidades.

La Disposición Adicional 45ª finaliza dando algunas indicaciones sobre algunos de los aspectos a vigilar o controlar por la ITSS, al disponer "*En particular, vigilará la veracidad, inexactitud u omisión de datos o declaraciones responsables proporcionadas por las empresas o por cualquier otra información que haya sido utilizada para el cálculo de las correspondientes liquidaciones de cuotas, y sobre la indebida existencia de actividad laboral durante los períodos comunicados por la empresa de suspensión de la relación laboral o reducción de la jornada de trabajo, en los que se hayan aplicado exenciones en la cotización*".

Es notorio desde un punto de vista interpretativo, que tras de la declaración general de la competencia de la ITSS para realizar acciones de control de los requisitos y obligaciones de las exenciones en las cotizaciones, labor ordinaria de la Inspección, el párrafo final de la disposición objeto de análisis comienza con la expresión "*en particular*", lo que nos muestra a las claras el carácter meramente enunciativo y abierto de los aspectos objetos de control a los que hace referencia.

Sin perjuicio del carácter abierto o meramente ejemplificativo de los aspectos objeto de control, vamos a sistematizar los controles de la ITSS sobre las exenciones en las cotizaciones en cuatro grandes bloques:

I.- Controles documentales acompañados de otras actuaciones inspectoras:

En primer lugar, la disposición adicional 45ª obliga a controlar por la ITSS la veracidad, inexactitud u omisión de los datos o declaraciones responsables proporcionadas por las empresas o cualquier otra información utilizada en el cálculo de las liquidaciones. Controles que, cuando se pongan en marcha, se efectuarán a través de procedimientos automatizados.

Como se ha expuesto anteriormente, de conformidad con la DA 44ª, las exenciones se aplicarán por la TGSS, en el sistema de liquidación directa, a instancia de la empresa, previa comunicación de la identidad de las personas trabajadoras y del periodo de la suspensión o reducción de jornada, previa presentación de declaración responsable, respecto de cada CCC y mes de devengo, y previa presentación de la declaración responsable sobre el compromiso de la empresa de la realización de las acciones formativas.

En aquellas actuaciones inspectoras (visita, entrevistas, examen de facturas…etc.) en las que la ITSS constate la falta de veracidad, la inexactitud u omisión de los datos o declaraciones responsables o de cualquier otra información, por ejemplo, una empresa en ERTE que ha cerrado o puesto fin a su actividad con carácter definitivo, es decir, ha desparecido el carácter coyuntural temporal justificativo de la suspensión o reducción de jornada[15], se puede incurrir en el ilícito administrativo muy grave del art. 23 letra c) o de la letra f), dependiendo de si el elemento fundamental o nuclear del fraude está encaminado a la obtención indebida de prestaciones por desempleo o bien va dirigido a la obtención

[15] En este caso además procedería comunicar a la TGSS la baja de oficio de los trabajadores.

de liquidaciones fraudulentas. En ambos casos, la infracción se sancionará con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros. El artículo 46 establece como sanciones accesorias: a) Perderán, automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción. b) Podrán ser excluidos del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un período máximo de dos años, con efectos desde la fecha de la resolución que imponga la sanción. Se excluirá en todo caso del acceso a tales ayudas, subvenciones, bonificaciones y beneficios por un periodo de cinco años, cuando la infracción cometida estuviera tipificada como muy grave en la letra f).

Ha de tenerse presente que todos los expedientes sancionadores por infracción grave del art. 22.2 (falta de alta) o muy grave de los artículos 16 y 23 del TRLISOS, pueden llevar aparejada la exclusión de los beneficios de seguridad Social, y entre ellos, se puede excluir del acceso a la exención de la DA 44ª del TRLGSS.

De tipificarse por la vía del artículo 23 letra c) del TRLISOS, el art. 43.3 del mismo cuerpo legal, en la redacción dada por la DF 3ª del RD Ley 15/2020, se dispone que la empresa responderá directamente de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la persona trabajadora (prestaciones), siempre que no concurra dolo o culpa de esta.

Respecto al posible expediente sancionador a las personas trabajadoras por la infracción muy grave contemplado en el artículo 26 apartado 2º del TRLISOS o del artículo 26.3 del TRLISOS, dependerá de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, fundamentalmente de la responsabilidad del mismo en el ilícito administrativo cometido (connivencia, conocimiento de los hechos…etc.).

Finalmente, en el caso de que se hubieran aplicado exenciones en la cotización procedería extender acta de liquidación para proceder al reintegro, con recargo y los intereses de demora correspondientes.

II.- Controles in situ mediante visita de Inspección:

En segundo lugar, la disposición adicional obliga a la ITSS a controlar la indebida existencia de actividad laboral durante los períodos comunicados por la empresa de suspensión de la relación laboral o reducción de la jornada de trabajo, en los que se hayan aplicado exenciones en la cotización. Se recoge la clásica función de vigilancia y control de la ITSS sobre la incompatibilidad entre trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de la Seguridad Social, incluido el desempleo, que se extiende ahora a la nueva prestación social incorporada por la DA 41ª para el Mecanismo RED.

Lógicamente la incompatibilidad de trabajo y prestación durante un periodo en que la empresa ha aplicado un beneficio en la cotización como es la exención, además de los expedientes sancionadores que procedan, dará jugar a un acta de liquidación para reclamar el reintegro de dichas exenciones.

El artículo 298 letra h)del TRLGSS establece como obligación empresarial la de comunicar, con carácter previo a que se produzcan, las variaciones realizadas en el calendario, o en el horario inicialmente previsto para cada uno de los trabajadores afectados, en los supuestos de aplicación de medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada previstas en el artículo 47 del ET. Obligación reiterada por el art. 20 apartado 6º del RD 1483/2012, de 29 de octubre. En la misma línea, el art. 47 apartado 7 letra c), permite desafectar y afectar a las personas trabajadoras en función de las alteraciones de las circunstancias señaladas como causa justificativa de las medidas, previa comunicación al SEPE y, conforme a los plazos establecidos reglamentariamente, a la TGSS, a través de los procedimientos automatizados que establezcan dichas entidades.

El incumplimiento de la obligación empresarial de comunicar las variaciones del calendario inicial o en su caso, del horario, puede dar lugar a la apertura por la ITSS de expediente sancionador por infracción grave del art. 22 apartado 13 del TRLISOS. La infracción se sancionará con multa, en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros

El art. 282 del TRLGSS establece que la prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando este se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado. Incompatibilidad recogida también en el artículo 15 del RD 625/1985.

Dar ocupación a los trabajadores afectados por la suspensión de contratos o reducción de jornada, en el período de aplicación de las medidas de suspensión de contratos o en el horario de reducción de jornada comunicado a la autoridad laboral o a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, en su caso, se tipifica como infracción muy grave en el artículo 23 letra j) del TRLISOS. La infracción se sancionará con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros. Se aplican las sanciones accesorias del artículo 46 del TRLISOS anteriormente referenciadas.

Respecto al posible expediente sancionador a las personas trabajadoras por la infracción muy grave contemplado en el artículo 26 apartado 2º o 3º del TRLISOS*,* dependerá de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, fundamentalmente de la responsabilidad del mismo en el ilícito administrativo cometido (conocimiento o no de la comunicación de desafectación al SEPE, connivencia…etc.).

Al igual que hemos señalado en el apartado de controles documentales, en el caso de que se hubieran aplicado exenciones en la cotización por el trabajador que compatibiliza indebidamente trabajo por cuenta ajena y prestación por desempleo, procedería extender acta de liquidación para proceder al reintegro, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

III.- Incumplimiento de la cláusula de mantenimiento o salvaguarda del empleo (TRLGSS DA 44ª apartado 10º):

Si la ITSS comprueba el incumplimiento del mantenimiento del empleo durante 6 meses se procederá a extender acta de liquidación, para que se proceda al reintegro del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

En función de las circunstancias concurrentes, se levantará acta de infracción por el ilícito administrativo grave del artículo 22 apartado 9º del TRLISOS, al tratarse de un incentivo al mantenimiento del empleo, entendiendo producida una infracción por cada trabajador afectado. Incluso se puede incurrir en supuestos de infracciones muy graves del art. 23 letra f), por apreciarse fraude en el comportamiento empresarial (por ejemplo, se comunican por el Sistema RED bajas voluntarias a la TGSS ocultándose despidos improcedentes o despidos objetivos).

IV.- Incumplimiento empresarial de la formación (DA 44ª apartados 8º y 9º):

La TGSS comunicará al SEPE la relación de personas trabajadoras por las que las empresas se han aplicado las exenciones. El SEPE verificará la realización de las acciones formativas, conforme a todos los requisitos establecidos en la DA 25ª del ET. Cuando no se hayan realizado las acciones formativas, según la verificación realizada por el SEPE, la TGSS informará de tal circunstancia a la ITSS para que ésta inicie los expedientes sancionadores y liquidatorios de cuotas que correspondan, respecto de cada una de las personas trabajadoras por las que no se hayan realizado dichas acciones.

En relación con tipo infractor, su encaje se produce también en la infracción grave del art. 22.9 del TRLISOS, entendiendo producida una infracción por cada trabajador afectado salvo que proceda

apreciar la infracción muy grave del art. 23 letra f), por apreciarse fraude en el comportamiento empresarial (por ejemplo, se aparenta o finge la impartición de la formación).

1.7. Modificaciones en la negociación colectiva con trascendencia en la recaudación de cuotas

Por su contribución a la sostenibilidad económica financiera del sistema de Seguridad Social, hay que destacar dos medidas del RD-Ley 32/2021, en primer lugar, la modificación del artículo 84.2 del ET que cambia la prioridad aplicativa en la negociación colectiva en materia salarial, y en segundo lugar, la introducción de un nuevo apartado 6º en el art. 42 del ET sobre el convenio aplicable en los casos de contratas y subcontratas. Ambas son reformas aparentemente laborales por su trascendencia salarial pero su importancia sobrepasa ampliamente dicho ámbito, por las lógicas consecuencias en materia de cotización y de prestaciones de Seguridad Social, que el cambio implica.

Trasciende a las pretensiones del presente artículo el realizar un análisis profundo de ambas reformas, por lo que nos limitaremos a apuntar brevemente las líneas maestras del cambio:

1º.- Modificación en relación con la prioridad aplicativa del convenio de empresa:

En reforma del año 2012, primero por el RD-Ley 3/2012 y posteriormente con la Ley 3/2012, se modifica la redacción del art. 84.2 del ET, para otorgar prioridad aplicativa al Convenio de empresa respecto a los convenios de ámbito superior, habitualmente convenio provincial, autonómico o estatal sectorial, entre otras materias, sobre, letra a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, y letra b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.

El RD-Ley 32/2012 deroga la mencionada letra a), relativa al salario base y a los complementos salariales, lo que tiene una gran trascendencia práctica, al tener prioridad aplicativa el salario de convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en relación con las cuantías salariales del convenio de empresa.

Existen excepciones a dicha prioridad aplicativa en materia salarial como es la prioridad del convenio de empresa en relación con el abono o compensación de las horas extraordinarias y en la retribución específica del trabajo a turnos, puesto que la letra b) del art. 84.2 no ha sido derogada, o, de manera más discutible, en el salario de los contratos formativos del art. 11 del ET, al referirse al convenio colectivo sin concretar si se refiere al de empresa o al sectorial superior.

Se trata de una vuelta al papel tradicional del convenio de empresa en materia salarial, que habitualmente nacía para mejor las condiciones salariales pero no para minorarlas o reducirlas, sin perjuicio de que existan otros mecanismos empresariales como la inaplicación de condiciones laborales del artículo 82.3 del ET, también denominadas cláusulas de descuelgue salarial, para cuando existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que hagan necesario no aplicar el salario sectorial.

Ha de tenerse presente la DT 6ª del RD-Ley 32/2021 en relación con la aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores.

2º.- Convenio Colectivo aplicable en los supuestos de descentralización productiva, incluidas las empresas multiservicios:

Se ha introducido en el ET un nuevo apartado 6º en el artículo 42 junto con una nueva DA 27ª para excluir la aplicación del mencionado apartado a los Centros Especiales de Empleo. Una interpretación cohonestada de ambas normas junto con el art. 84.2 del ET nos daría el siguiente juego en la prioridad aplicativa:

1º.- Se aplicaría en primer lugar, como establece el segundo párrafo del art. 42.6, el convenio de empresa, pero respetando siempre el salario base y a los complementos salariales del convenio

sectorial en los términos vistos anteriormente. Aunque existen posiciones doctrinales contrarias, nótese que en relación con el convenio de empresa no se aplica la prohibición de concurrencia de convenios del apartado 1º del artículo 84 (*prior tempore potior iure*), como se deduce de la salvedad del apartado 1º el art. 84 del ET, que deja a salvo lo dispuesto en el apartado 2º, y éste claramente dispone que el convenio de empresa podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior.

2º.- Centros Especiales de Empleo, que aplicarán, en su caso, su convenio de empresa y el Convenio Colectivo General de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

3º.- El artículo 42.6 después de la declaración general de aplicación del convenio de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, incluye una salvedad, "*que exista un convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III.*". Esta salvedad de difícil hermenéutica, parece referirse a supuestos como, un posible futuro convenio colectivo de empresas multiservicios. o el convenio de contratas ferroviarias o a las denominadas contratas de gestión integral, en las que una persona trabajadora lleva a cabo varias actividades, contemplado en algunos pronunciamientos de la sala de lo social del Tribunal Supremo, como la Sentencia de 17 de marzo de 2015.

4º.- Aplicación del convenio de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata (limpieza, construcción, seguridad…etc.), cualquiera que sea el objeto social o forma jurídica de la empresa, lo que incluye las llamadas empresas multiservicios. Supone la consagración legal de la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de junio de 2020 y por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en base a sus criterios operativos desde el año 2015, en aplicación del principio de especialidad de la actividad desarrollada por la empresa contratista o subcontratista. No obstante, existen posturas doctrinales contrarias, partidarias de entender que el convenio colectivo sectorial aplicable es de la actividad de la empresa principal[16] .

2. PRESTACIÓN SOCIAL EN EL MECANISMO RED

Se regula en la Disposición Adicional 41ª del TRLGSS, introducida por el artículo 3.5 del RD-Ley 32/2021, con entrada en vigor el 30 de marzo de 2022. En una primera aproximación a su análisis jurídico surge la primera duda sobre su verdadera naturaleza jurídica, es decir, si se trata o no de una prestación de la Seguridad Social, como puede ser la prestación por desempleo, por los siguientes motivos:

1º.- No se ha modificado el artículo 42 del TRLGSS, que establece la acción protectora del sistema de Seguridad social. Estableciendo el apartado 3º del mencionado art. 42 que la acción protectora comprendida en los apartados anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los especiales de la Seguridad Social, así como de las prestaciones no contributivas.

2º.- La propia denominación del título "Medidas de protección social", aunque es cierto que utiliza la expresión "prestación". No se remite al Título III del TRLGSS, que regula la prestación por desempleo, ni se incluye en el art. 267 del mismo cuerpo legal como situación legal de desempleo. El acceso no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto incluido el desempleo (DA 41ª. 8)

3º.- El establecimiento de un mecanismo propio de financiación fuera de la gestión del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: Se constituirá un Fondo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo (sin personalidad jurídica), adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía

[16] Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C.: "La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso", *Revista de Derecho Social*, n.º 96, 2022, pp. 38-39. Goñi Sein, J.L.: "Contratas, subcontratas y Convenio Colectivo aplicable", *Revista de Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*. pp. 91-99.

Social, para la financiación de las prestaciones y exenciones de cotizaciones, incluidos los costes de la formación. Serán recursos los excedentes de las prestaciones por desempleo (contributivo y asistencial), las aportaciones de los PGE, las aportaciones procedentes de los instrumentos de financiación de la Unión Europea orientados al cumplimiento del objeto y fines del Fondo, así como los rendimientos del Fondo. La DA 4ª del RD-Ley 4/2022 pone en marcha dicho Fondo RED y su DT 4ª establece que transitoriamente las medidas de protección social se atenderán con cargo a los presupuestos de gasto del SEPE.

4º.- No será de aplicación a esta prestación social la compensación con cuantías a percibir en concepto de prestaciones y subsidios por desempleo o de subsidio extraordinario de desempleo o de renta activa de inserción ni con las percepciones indebidas derivadas de estas prestaciones y subsidios (DT 3ª del RD-Ley 4/2022).

No obstante, los problemas hermenéuticos en relación con su naturaleza jurídica se mantienen, básicamente porque el apartado 4º del artículo 42 del TRLGSS, dispone que *cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, forma parte del sistema de la Seguridad Social.* Además, la DA 41ª se remite a los apartados 4º y 7º del art. 47 del ET y la letra f) del apartado 7º se refiere a "La prestación a percibir por las personas trabajadoras se regirá por lo establecido en el artículo 267 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y sus normas de desarrollo", y por otro lado, se señala que es incompatible con la obtención de otras prestaciones económicas de la Seguridad Social…", donde el término "otras prestaciones" puede hacer pensar que se trata de una prestación de la Seguridad Social.

Requisitos de acceso y ámbito subjetivo de aplicación:

1º.- Se ha activar, por acuerdo del Consejo de Ministros, el Mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo. La primera activación se ha producido por la Orden PCM /250/2022, de 30 de marzo, para las Agencias de Viaje.

2º.- Las empresas afectadas deben obtener autorización de la autoridad laboral para su aplicación, y reduzcan la jornada o suspendan los contratos.

3º.- Podrán acceder, en primer lugar, las personas trabajadoras por cuenta ajena, cuando se suspenda temporalmente su contrato o se reduzca temporalmente su jornada, siempre que su salario sea objeto de análoga reducción, sin que sea necesario acreditar un periodo mínimo de cotización, y en segundo lugar, las personas socias trabajadoras de cooperativas de trabajo asociado y de sociedades laborales incluidas en el RGSS o RE que protejan la contingencia de desempleo. Se requerirá que el inicio de la relación laboral o societaria en la empresa autorizada sea anterior a la fecha del Acuerdo del Consejo de Ministros que declare la activación del mismo.

Incompatibilidad:

1º.- Será incompatible con prestaciones o subsidios por desempleo, cese de actividad, renta activa de inserción y con otras prestaciones la Seguridad Social, salvo que estas hubieran sido compatibles con el trabajo.

2º.- No podrán percibir, de forma simultánea, prestaciones derivadas de dos o más Mecanismos RED.

3º.- Será incompatible con la realización de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo. Será compatible con la realización de otro trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial. En este caso, de su cuantía no se deducirá la parte proporcional al tiempo trabajado.

Gestión y Procedimiento:

El reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación de estas prestaciones, corresponde al SEPE, salvo en el Régimen Especial del Mar que corresponden al ISM, y sin perjuicio de las atribuciones reconocidas a la ITSS en materia de sanciones.

Las cantidades indebidamente abonadas serán reclamadas por el SEPE con arreglo al procedimiento de los artículos 33 y 34 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril. Transcurrido el plazo fijado para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas o de responsabilidad empresarial sin haberse efectuado el mismo, corresponderá a la TGSS proceder a su recaudación en vía ejecutiva de conformidad con el RD 1415/2004, devengándose el recargo y el interés de demora.

Frente a las resoluciones del SEPE se podrá formular reclamación previa, en el plazo de treinta días hábiles, de acuerdo con el artículo 71 de la LRJS.

En relación con el procedimiento para la solicitud y el reconocimiento del derecho a la prestación se remite a una Orden del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de conformidad con las siguientes reglas:

a) La empresa deberá formular la solicitud, en representación de las personas trabajadoras, en el modelo establecido al efecto en la página web o sede electrónica del SEPE. En la solicitud constarán los datos que sean necesarios para el reconocimiento del derecho. Se hará constar la naturaleza de la medida aprobada por la Autoridad Laboral y, en caso de reducción de jornada, el porcentaje máximo de reducción autorizado.

b) El plazo para la presentación será de un mes desde la notificación de la resolución de la AL, en la que se autorice o desde la fecha del certificado del silencio administrativo.

En caso de presentación fuera de plazo, el derecho nacerá el día de la solicitud. En este supuesto, la empresa deberá abonar el importe que hubiese percibido en concepto de prestación del mecanismo RED desde el primer día en que se hubiese aplicado la medida de reducción o suspensión del contrato.

c) El acceso a la prestación requerirá la inscripción de la persona trabajadora ante el Servicio Público de Empleo.

La Disposición Transitoria Tercera del RD Ley 4/2022, en espera de la precitada Orden Ministerial, establece dos especialidades:

a) El SEPE reconocerá las prestaciones con efectos del primer día en que pudieran ser aplicables las medidas, o con efectos de la fecha de presentación de la solicitud, si se presentó fuera del plazo, y las abonará una vez reciba la comunicación empresarial.

b) La empresa deberá remitir al SEPE una comunicación a mes vencido, indicando la información sobre los periodos de actividad e inactividad del mes natural inmediato anterior. En el caso de los días trabajados en reducción de jornada, las horas trabajadas se convertirán en días completos equivalentes de actividad. Previsión ya recogida anteriormente en la DT 8ª del RD Ley 32/2021, con una remisión a la resolución de la persona titular de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

Cuantía, duración y cotización:

La base reguladora será el promedio de las bases de cotización en la empresa por contingencias profesionales, excluidas las retribuciones por horas extraordinarias, correspondientes a los 180 días inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de aplicación de la medida. En caso de no acreditar 180 días de ocupación cotizada en dicha empresa, se calculará en función de las bases del periodo inferior acreditado en la misma.

El porcentaje será del 70 por ciento, durante toda la vigencia de la medida. La cuantía máxima mensual será el 225% del IPREM mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho incrementado en una sexta parte. Si la relación laboral es a tiempo parcial, la cuantía máxima se determinará teniendo en cuenta el IPREM calculado en función del promedio de las horas trabajadas.

La duración de la prestación se extenderá, como máximo, hasta la finalización del período de aplicación del Mecanismo RED en la empresa.

El acceso a esta prestación no implicará el consumo de las cotizaciones previamente efectuadas a ningún efecto, ni tan siquiera de cara a futuros accesos a la protección por desempleo. A sensu contrario, el tiempo de percepción de la prestación no tendrá la consideración de periodo de ocupación cotizado para el desempleo. No obstante, el período de ocupación cotizada de seis años para acceder al desempleo se retrotraerá por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera percibido la citada prestación. En el caso de reducción de jornada, se entenderá como tiempo de percepción de prestación el que resulte de convertir a día a jornada completa el número de horas no trabajadas.

Durante la aplicación de las medidas de suspensión o reducción, la empresa ingresará la aportación de la cotización que le corresponda, debiendo el SEPE ingresar únicamente la aportación de la persona trabajadora, previo descuento de la prestación.

La prestación se suspenderá cuando la relación laboral se suspenda por otra causa (por ejemplo, por incapacidad temporal) y se extinguirá si se causa baja en la empresa por cualquier motivo o por la imposición de sanción, en los términos previstos en el TRLISOS.

En sintonía con todas las medidas sociales aplicadas durante la pandemia en los denominados ERTES COVID-19, es patente a lo largo de su regulación, el régimen privilegiado de esta nueva medida de protección social de la DA 41ª en comparación con la prestación contributiva por desempleo ordinaria o a la prestación por desempleo vinculada a los ERTES ETOP, principalmente en tres aspectos, se aplica siempre el porcentaje del 70% durante toda vigencia de la medida (en desempleo ordinario a partir del día 180 se aplica un 50%), no se requiere periodo mínimo de cotización y el contador a cero o no consumo de cotizaciones a ningún efecto. Ello ha provocado precisamente que el RD Ley 2/2022 extienda esos mismos beneficios o mejoras sociales a los ERTES por fuerza mayor o por impedimento o limitación.

2.1. MEJORAS DE LA PROTECCIÓN EN LOS ERTES POR FUERZA MAYOR

El RD Ley 2/2022 ha introducido una nueva DA 46ª en el TRLGSS, aplicable tanto a los ERTES por fuerza mayor (art. 47.5) como a los ERTES por impedimento o limitación, históricamente conocidos en la doctrina como *factum principis* (art. 47.6), para establecer los siguientes beneficios en las prestaciones contributivas por desempleo:

a) El porcentaje aplicable a la base reguladora será del 70%, durante toda la vigencia de la medida. No obstante, serán de aplicación las cuantías máximas y mínimas previstas en el artículo 270.3.

b) No implica el consumo de las cotizaciones a ningún efecto.

c) No se exige período de ocupación cotizada mínimo para acceder a las prestaciones.

La *ratio decidendi* de esta novedad legislativa parece clara, ya que constituía un auténtico agravio comparativo que los ERTES por fuerza mayor o por impedimento o limitación tuvieran menos beneficios para las personas trabajadoras que los ERTES del denominado Mecanismo RED, tanto por crisis macroeconómica como sectorial, con esta modificación legislativa se igualan las mejoras sociales.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE PAÍS VACO Nº 734/2022 DE 24 DE MARZO, SALA DE LO SOCIAL, SOBRE RELACIÓN LABORAL DE REPARTIDORES EN PLATAFORMAS DIGITALES Y PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LAS ACTAS DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

La Sentencia desestima el Recurso de Suplicación formulado por la empresa Glovoapp23 S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Once de los de Bilbao, de 7 de mayo de 2021, dictada sobre Procedimiento de Oficio y entablado por la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a GLOVOAPP 23 SL.

Como aspectos a destacar que afectan a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Sala concluye lo siguiente, en relación con la presunción de certeza de las actas de infracción:

Según el recurrente, el escrito de la demandante, en este caso la TGSS, se basa en un relato de hechos generalista y subjetivo. En segundo lugar, entiende que el acta de origen de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se basa en simples apreciaciones globales o calificaciones jurídicas al no recoger las circunstancias concretas de cada repartidor y recoger solo los elementos de hecho que se refieren a la laboralidad. Por tanto, afirma que los hechos incluidos en la demanda no gozan de presunción de certeza, ni de veracidad, debiendo ser la demandante quien demuestre que respecto a los repartidores concurren las notas de dependencia y ajenidad.

Según expone la Sentencia, cuando se elabora una demanda y aunque sea en un procedimiento de oficio, es porque su redactor, en este caso la TGSS, piensa que lo allí desglosado y finalmente solicitado corresponde, cuando menos, a su realidad y aunque esta pueda ser más o menos subjetiva. Por tanto, no puede acusarla de falta de objetividad porque consigne los datos que entienda como más adecuados para ratificar el acta de la ITSS que está en su origen.

Finalmente concluye que corresponde a la demandada aportar las pruebas que destruyan esa presunción de certeza, conforme a lo establecido en el artículo 150.2 d), de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en virtud del cual:

"*d) Las afirmaciones de hechos que se contengan en la resolución o comunicación base del proceso harán fe salvo prueba en contrario, incumbiendo toda la carga de la prueba a la parte demandada*"

Por tanto y aunque pueda haberse producido algún déficit en el acta de referencia y, sobre todo, en su traslación fáctica a la sentencia recurrida, no puede suponer alterar la carga probatoria haciendo caso omiso y de manera absoluta, de lo establecido en el precitado artículo 150.2.d), de la Ley 36/2011, de 10 de julio.