

Criterios y recomendaciones en la tramitación de los ERTES derivados por el COVID-19

El presente documento trata de recoger una serie de criterios y recomendaciones en relación con la tramitación de los ERTES a partir de las gestiones realizadas en los últimos días (la explicación detallada de la normativa de aplicación se ha expuesto en las Circulares anteriores).

CUESTIONES Y RECOMENDACIONES PRÁCTICAS A CONSIDERAR ANTE LA TRAMITACIÓN DE UN ERTE:

- A la hora de decidir la presentación de un ERTE por la regulación del Real Decreto Ley 8/2020, se debe valorar la Disposición Adicional 6ª que establece "El compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad".

Por tanto, si se despidiera podría haber efectos (aún por determinar porque la norma no los especifica), como:

- Devolución de las cotizaciones empresariales exoneradas.
- Que la empresa se haga cargo de las prestaciones por desempleo abonadas por el SEPE.
- La calificación de nulidad o improcedencia de los despidos (hay sentencias que ante el incumplimiento de las cláusulas de mantenimiento de empleo establecidas en negociación colectiva han considerado nulos los despidos y otras improcedentes).
- Sanciones laborales y administrativas.

En consecuencia, las empresas han de tener claro que no van a acometer despidos que impidan el mantenimiento del empleo (pueden haber despidos pero siempre que se mantenga el nivel de empleo con nuevas contrataciones). En caso contrario, lo recomendable es tramitar los ERTES con base en la normativa habitual (RD 1483/202, de 29 de octubre), sin aplicar las especificidades del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

Además, la D.A. Sexta se refiere a mantener el empleo en la empresa, de lo que se puede deducir que se podrían compensar despidos con nuevos contratos entre diferentes centros de trabajo de una misma empresa, siempre que al final se mantenga el volumen de empleo en el conjunto de la empresa.

- Otra duda interpretativa es qué pasa si se producen los despidos como consecuencia de que no se reanuda la actividad tras el ERTE, puesto que la DA 6ª establece el compromiso de mantenimiento del empleo durante 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad. Del tenor literal del precepto se desprende que en este caso no debería haber sanción (siendo éste

nuestro criterio), pero queda sujeta a una interpretación en sentido contrario que entendiera que se sancionará si se producen despidos se reanude o no la actividad.

En este sentido, se recomienda que en el Informe se evite cualquier referencia de reanudación de actividad.

- Se ha de analizar que se cumplen las causas previstas en el art. 22 del Real Decreto Ley 8/2020 para tramitar un ERTE por causa de fuerza mayor, puesto que en caso contrario será denegado por la Autoridad Laboral.

El documento de Criterios de la Dirección General de Trabajo (antes expuesto) hace referencia a la concreción de las causas que justifican el ERTE por fuerza mayor.

Se ha de estar a la expectativa del criterio más o menos restrictivo que adopte la Autoridad Laboral.

Resulta evidente que existe justificación para presentar un ERTE por causa de fuerza mayor respecto a la relación de equipamientos y actividades suspendidas según el Art. 10 y el Anexo del [RD 463/2020, de 14 de marzo](#), o en los casos en los que exista una decisión gubernativa. Para el resto de supuestos previstos en el art. 22 es importante que en el Informe se reflejen de forma clara las situaciones de la empresa que habilitan la presentación del ERTE y que evidencie la relación de conexión entre el COVID-19 y la medida del ERTE.

Se plantea la duda de si el Informe puede ser interno o externo. En los supuestos de empresas que no se encuentren en la relación del Anexo del RD 463/2020 o que no estén afectadas por una decisión gubernativa de cierre, puede ser recomendable la existencia de informes externos para otorgar mayor fuerza al criterio empresarial. Si bien no es obligatorio el informe externo y lo realmente relevante es que se justifique la existencia de la causa y la relación de conexión entre el Covid-19 y el ERTE, lo cual se está produciendo actualmente en la mayor parte de las empresas ante la suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y/o, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados.

La resolución de la autoridad laboral deberá limitarse a constatar la existencia, cuando proceda, de la fuerza mayor alegada por la empresa correspondiendo a ésta la decisión sobre la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada.

- En los supuestos de ERTEs por causa de fuerza mayor, si la Autoridad Laboral no resuelve en el plazo de 5 días, se entenderá estimada la constatación de la fuerza mayor por silencio administrativo positivo.

- Únicamente en los supuestos de ERTES por fuerza mayor la empresa quedará exonerada de las cotizaciones empresariales. Dicha exoneración está regulada y se ha de tramitar del siguiente modo:
 - La Tesorería General de la Seguridad Social exonerará a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta.
 - La exoneración del pago será mientras dure la suspensión de contratos o reducción de jornada.
 - El porcentaje de exoneración depende del número de trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social que tuviera la empresa a 29 de febrero de 2020:
 - 100% de la aportación empresarial: en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores.
 - 75%: si la empresa tuviera 50 trabajadores o más.
 - Esta exoneración no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho período como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el artículo 20 de la Ley General de la Seguridad Social.
 - Será la Tesorería General de la Seguridad Social quién aplicará la exoneración del abono de las cuotas por las empresas a instancia del empresario. La empresa deberá solicitarlo a la Tesorería, mediante la remisión de una comunicación de la identificación de los trabajadores y período de la suspensión o reducción de jornada.
 - Será necesario a efectos de control de dicha exoneración de cuotas, la verificación de que el Servicio Público de Empleo Estatal procede al reconocimiento de la correspondiente prestación por desempleo por el período de que se trate.
 - La Tesorería General de la Seguridad Social establecerá los sistemas de comunicación necesarios para el control de la información trasladada por la solicitud empresarial, en particular a través de la información de la que dispone el Servicio Público de Empleo Estatal, en relación a los periodos de disfrute de las prestaciones por desempleo.
- Se ha de valorar que en una empresa pueden coexistir distintas actividades, unas para las que se justifiquen un ERTE por causa de fuerza mayor y otras para las que se justifique un ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, o que no requiera la presentación de ERTE si no hay causa. En estos supuestos se deberá diferenciar entre las diversas actividades, pudiéndose presentar distintos ERTES en función de la actividad y sus causas asociadas. (No puede presentarse un ERTE por fuerza mayor para la totalidad de la plantilla si sólo se justifica para una parte de la plantilla en función de su actividad, como por

ejemplo, una gasolinera que disponga de servicio de cafeterías, bares, restaurantes, etc., pero no de las gasolineras).

En estos casos, la medida podrá ser parcial y será necesario acreditar la vinculación a la pérdida de actividad directa a fin de que sólo se vean afectadas las personas trabajadoras cuya jornada resulta imprescindible reducir o cuyo contrato resulta ineludible suspender.

- La información que nos trasladan algunos de los principales despachos de abogados que están gestionando múltiples ERTES es que en el período de consultas de los ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, los representantes de los trabajadores están aceptando las causas expresadas por las empresas siendo conscientes de la situación excepcional y sus principales peticiones se centran en la duración de las medidas (vinculación de la duración del ERTE con la vigencia de la duración del estado de alarma), así como aspectos tales como que se garantice la no pérdida de vacaciones, ni la pérdida del devengo de pagas extraordinarias. En cualquier caso, se deberá valorar la posibilidad o imposibilidad de otorgar alguna concesión en el periodo de consultas en el procedimiento de ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, que comporte un coste ante la excepcional y delicada situación empresarial.
- El Art. 23 del Real Decreto Ley 8/2020 establece que en ausencia de RLT, la comisión representativa de los trabajadores para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa. Y solamente en caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa. (Antes no existía esta priorización y los trabajadores elegían indistintamente entre cualquiera de ambas opciones).

Ante esta modificación normativa, la premura de los plazos previstos en el nuevo RDL y la multitud de ERTES que se van a tramitar, el Departament Laboral de Foment, en coordinació con CCOO y UGT, se pone a disposición de los Despachos, Organizaciones Empresariales y empresas que deban tramitar ERTES para facilitar de forma inmediata las personas de cada sector o ámbito que deban ser los interlocutores con la representación de la empresa en la tramitación del expediente.

- En relación con las prestaciones por desempleo, que se regulan en el Art. 25 del Real Decreto Ley 8/2020, existe preocupación por los representantes de los trabajadores en las negociaciones de los ERTES ante el temor de que las prestaciones no se puedan hacer efectiva por el SEPE y se dilaten unos meses. Por ello, en algunas negociaciones la representación de los trabajadores exige, incluso, el adelantado de dichas prestaciones por parte de las empresas (lo cual entraña grandes dificultades para la mayoría de las empresas y máxime en estos momentos).

Por parte del SEPE se nos informa de que se está gestionando un sistema que permita que se vuelquen automáticamente los datos, en cuyo caso los trabajadores no tendrían que llamar, ni

realizar gestión alguna y percibirían la prestación de forma inmediata. Si el SEPE lograra disponer de este sistema los pagos se gestionarían sin problemas y las prestaciones se percibirían cumpliendo los plazos ordinarios sin demoras. En el momento en el que la empresa notifique el ERTE, directamente el SEPE dará de alta automáticamente a los trabajadores afectados para que cobren el paro, a través del listado facilitado por las empresas.

- Ha de advertirse que para que se apliquen las especificidades previstas en los Arts. 22 y 23 del RD-Ley 8/2020, es necesario que los ERTES se hayan iniciado o comunicado a partir de la entrada en vigor del Real Decreto, es decir, el 18 de marzo.

ASPECTOS MÁS RELEVANTES DEL CRITERIO SOBRE EXPEDIENTES SUSPENSIVOS Y DE REDUCCIÓN DE JORNADA POR COVID-19 de la Dirección General de Trabajo, remitido a las autoridades laborales de las comunidades autónomas:

- a) Se expresa que todas las actividades incluidas en el art. 10 y en el Anexo del RD 463/2020 (declaración del estado de alarma) se consideran afectadas por fuerza mayor temporal.
- b) Todas las disposiciones y medidas adoptadas previamente a la publicación del RD 463/2020 por las Autoridades competentes de las CCAA y de las entidades locales con ocasión del COVID-19 también se consideran fuerza mayor temporal. En este caso es necesario que en la documentación aportada por la empresa se incluya la decisión gubernativa concreta, efectos, publicación y alcance de su contenido, para poder establecer el vínculo causal entre aquella y la medida que se solicita.
- c) Contagio de plantilla o aislamiento preventivo: Cuando se trate de decisiones sanitarias (contagio o aislamiento) será necesario aportar la acreditación de las mismas y el número de personas concretas afectadas.
- d) Suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general de la movilidad de las personas y/o mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo de la actividad consecuencia directa del COVID-19: En tales casos se habrá de acreditar la relación causal entre la pérdida de actividad de la empresa y las situaciones objetivas descritas derivadas como consecuencia del COVID-19.

Régimen temporal:

Se entienden incluidas todas las pérdidas de actividad causadas por los motivos expuestos desde el momento en que tuvo lugar el acaecimiento del hecho causante o de la circunstancia descrita como fuerza mayor, de acuerdo con el art- 22.1 del RDL 8/2020.

Los efectos de la suspensión o reducción por fuerza mayor se extenderán durante la vigencia del estado de alarma más prórrogas, o mientras persistan las circunstancias graves y extraordinarias constitutivas de fuerza mayor.

Extensión personal de las medidas:

- La extensión personal de las medidas de suspensión o reducción de jornada se limitará a aquellos contratos de trabajo que estén directamente vinculados con la pérdida de actividad causada por la fuerza mayor. En otras palabras, las medidas a aplicar (suspensión o reducción) deben ser proporcionadas al volumen de actividad paralizada o de imposible realización.
- En el caso de personal de contrata: Cuando afecte a la empresa comitente se verán afectados en la medida en que estuviese afectada la actividad objeto de contratación y se trate de trabajadores adscritos de manera permanente o habitual en los servicios y/o centros de trabajo de la empresa principal y sólo en la medida en que se acredite una alteración de lo establecido en la contrata.

Medidas de suspensión o reducción de jornada por causas económicas o productivas:

- Causas económicas: Situación económica negativa en sentido amplio.
- Causas productivas: Derivadas de las necesidades de ajuste de plantilla por un descenso de la carga de trabajo derivadas de manera directa en el COVID-19 cuando no fuese posible la adopción de otras medidas de ajuste alternativo, o adoptadas las mismas, no fuesen suficientes.

Se seguirán las normas procedimentales de la normativa de aplicación (RD 1483/2012) con las peculiaridades del art. 23 del RD 8/2020.

- El Departamento de Relaciones Laborales de Foment del Treball mantiene reuniones y contactos permanentes con los máximos responsables del Departament de Treball, Afers Socials i Famílies, así como con las entidades gestoras competentes en esta materia y las organizaciones sindicales. En este sentido, les recordamos que estamos a la disposición de nuestras organizaciones y empresas a los efectos de clarificar dudas o realizar las gestiones que requieran.

Javier Ibars Álvaro
Director Departamento de Relaciones Laborales y Asuntos Sociales