

PROPUESTAS DE REGULACIÓN DE LOS ERTES EN LA TRANSICIÓN HACIA LA ETAPA POST-COVID

Primero. Mantenimiento del esquema de ERTE y flexibilización de la desescalada

En tanto continúen los efectos de la pandemia, mantenimiento del siguiente esquema de ERTE, que han sido recogido en el RD Ley 2/2021, evitando la creación futura de nuevas figuras o reformulaciones diferentes de las ya consolidadas:

- A) ERTES por fuerza mayor:
 - a) Estructural con exoneraciones sectoriales.
 - b) Estructural sin exoneraciones sectoriales.
 - c) Nuevas restricciones con exoneraciones.
- B) ERTES ETOP:
 - a) Causa Covid-19 con exoneraciones sectoriales.
 - b) Causa Covid-19 sin exoneraciones sectoriales.
 - c) Tránsito desde fuerza mayor con exoneraciones sectoriales.

Desde mayo de 2021, o momento en que se termine la prórroga de los ERTES COVID-19, se solicita un marco jurídico flexible de ERTE por fuerza mayor o por causas ETOP COVID-19 en los términos ahora regulados, que se adapten a la evolución de la desescalada de la pandemia de acuerdo con el sector o territorio concreto con el objeto de evitar las medidas de amortización de puestos de trabajo.

Segundo. Tránsitos entre ERTES y sobre la posibilidad de reversibilidad de este tránsito.

Desde el momento en que la situación sanitaria actual se vaya superando, la cuestión esencial será la regulación de la transición de los ERTES COVID-19 a ERTES o ERES post-pandemia, respecto a lo que se propone:

- a) Que se incentive la firma de protocolos sociales de transición, acordados mediante negociación colectiva, sectorial o de empresa, en los sectores más afectados por los ERTES COVID-19, los que reciben exoneraciones de cuotas sociales de acuerdo con el RDL 2/2021, aconsejando la utilización de las herramientas vigentes de flexibilidad laboral interna para evitar despidos. En cualquier caso, estos instrumentos no solo deberían emplearse en los tránsitos, sino también en posibles supuestos de concurrencia de ERTES.

- b) La creación de pasarelas flexibles ERTES FM COVID-19 a ERTES ETOP a través de la apertura de períodos de consultas con la representación de los trabajadores (legal o ad hoc) desde el 1 de junio de 2021 hasta la fecha en que finalice la última prórroga de los ERTES FM. El acuerdo colectivo alcanzado debería presumir la causa ETOP y ser requisito para acceder a las exoneraciones de cuotas sociales, reconociendo una duración adecuada a la situación existente.
- c) La conservación de la regulación actual de prórrogas de ERTES ETOP COVID-19 por acuerdo colectivo, con la misma comisión negociadora que se negoció el ERTE original, vinculada a exoneraciones de cuotas sociales similares a las de tránsito desde FM.
- d) La valoración de la causa de ERTE FM o ETOP como justificada cuando la reestructuración de la plantilla sea pactada colectivamente.

Tercera. Sobre limitaciones al despido

Sin perjuicio de lo anterior, después de más de un año de pandemia, las limitaciones al despido, que debe ser calificada como medida coyuntural, pierde su vigencia, dado que es posible presumir que todos ellos van a tener relación, aunque sea indirecta, con la situación creada por el COVID -19. Por este motivo, se solicita, en una revisión del art. 2 RDL 9/2020, que se establezca claramente la causalidad directa con estas circunstancias para aplicar dicha limitación, así como que se aclare si es aplicable esta condición a los ERTES no incluidos en el RDL 8/2020.

Cuarto. Eliminación de la cláusula de salvaguarda del empleo en el período en que se inicie la reactivación del mercado de trabajo, una vez que se haya controlada la pandemia.

Quinto. Si no se sigue la recomendación cuarta, **orientación en la aplicación de la cláusula de salvaguarda del empleo** en:

- a) la fijación del *dies a quo* en el cómputo de los seis meses con el objeto de alcanzar mayor seguridad.
- b) la determinación coherente de la utilización de parámetros individuales y/o colectivos, aclarando si la penalización económica se establece:
 - a. por la cuota de cada trabajador despedido o la relativa a todo el colectivo incluido en el ERTE.
 - b. por centro de trabajo, código de cuenta o sociedad.
- c) las posibles excepciones a su incumplimiento, en especial el período de prueba.

Se propone que se incorpore la regla de la proporcionalidad en la consecuencia jurídica del incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo para empresas con ERTES con exoneraciones, evitando que se aplique el reintegro de la totalidad de las exoneraciones aplicadas en la empresa, sino sólo las relativas a los trabajadores despedidos. En todo caso, se aconseja se reconozca la posibilidad de renunciar y devolver las exoneraciones practicadas, sin recargos e intereses, a las empresas que vayan a incumplir el compromiso. En estas circunstancias, será preciso incluir reglas transitorias que permitan a las empresas con expedientes de ITSS o TGSS de devolución de integridad de las exoneraciones por incumplimiento del compromiso una regularización hacia atrás para que la devolución realizada o en trámite sea proporcional y se limite a los trabajadores despedidos.

Sexto. Eliminación de la regla de incompatibilidad de exoneraciones en una empresa con ERTES FM y ERTES por impedimento o limitación en cuanto que pueden coexistir debido a que implique distintos ámbitos geográficos y/o causalidad diferente, afectación de diversos centros, e incluso los trabajadores podrían no coincidir. Además, pueden ser constatados por autoridades distintas dada la tendencia de regionalización de los ERTES por impedimento o limitación.

Séptimo. Mantenimiento en el tiempo de las exoneraciones de cuotas empresariales vinculas a ERTES COVID-19 o, en su defecto, establecimiento de un sistema gradual de reducción progresiva mensual de los porcentajes actualmente vigentes, dada la duración de los efectos económicos de la pandemia. Dichas exoneraciones deben ser utilizadas también en los tránsitos propuestos de ERTES FM a ERTES ETOP.

Octavo. Limitación del alcance de ampliación de la duración de los contratos temporales sobre la base de las causas generales de extinción de este tipo de contratos, clarificando las reglas aplicables a su interrupción, en especial para los ERTES de limitación y de impedimento.

Noveno. Tipificación específica de los supuestos en materia del ERTE que implican potenciales infracciones administrativas. En todo caso, las campañas de ITSS en ERTES fraudulentos deberían concentrarse a situaciones graves o muy graves limitando la utilización del tipo infractor del artículo 23.1.c de la LISOS a "datos falsos" y a "connivencia" y excluyendo de ese tipo infractor a "datos inexactos" y eliminando en caso de inexactitudes la responsabilidad directa y devolución de prestaciones de desempleo del art. 43.3 LISOS.

Por otra parte, con el objetivo de aclarar el riesgo y tipo infractor aplicable por el incumplimiento de las limitaciones a las empresas en situaciones de nuevas contrataciones,

nuevas externalizaciones y realización de horas extras en empresas acogidas a ERTES COVID-19 y precisar las excepciones de "razones objetivas y justificadas".

Décimo. Establecimiento concreto de medidas específicas de formación y reciclaje profesional para las personas trabajadoras afectadas por los ERTES COVID-19.

Décimo Primero. Clarificación sobre la reposición de las prestaciones de desempleo de acuerdo con la duración de la pandemia. La normativa actual origina disfunciones, dado que, si se alargan los ERTES COVID-19, como es previsible, y se quieren cumplir los compromisos exigentes de empleo, puede haber muchas extinciones posteriores a 1 de enero de 2022, sin reposición de desempleo, se puede abocar a la desprotección social. De igual modo, hay extinciones como las del art. 50 o 41 ET que están fuera de los supuestos, incluso antes de 1 de enero de 2022, lo que puede causar este perjuicio.

FIRMADO

- Barrios Baudor, Guillermo Leandro - Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos.
- De la Fuente Fernández, Antonio - Presidente de ADiReLab.
- De la Torre García, Carlos - Of Counsel Baker Mckenzie (Inspector de Trabajo en excedencia), Secretario General de ADiReLab.
- Díaz Paniagua, Esther - Directora de Recursos Humanos de ILUNION.
- Gómez Hernández, Ana - Presidenta de ASNALA y socia de Ceca Magan.
- Guardiola Madera, Fermín - Socio de laboral de Baker Mckenzie.
- Lahera Forteza, Jesús - Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense de Madrid.
- Menor Sánchez, Pilar – Socia de DLA Piper.
- Blázquez Agudo, Eva M. - Viceconsejera de Empleo de la Comunidad de Madrid.
- Rodríguez de la Calle, Alvaro - Director General de Trabajo de la Comunidad de Madrid.

23 de marzo de 2021