

TEMA: El papel de los “ERTE” en esta crisis

1. El papel de los ERTE

Existe un cierto consenso entre la inmensa mayoría de los operadores jurídicos españoles en destacar como los Expedientes de suspensión o reducción temporal de empleo (ERTE), tradicionalmente minoritarios en nuestro sistema, han sido considerados por el ejecutivo como la piedra básica y fundamental para afrontar los efectos laborales de la pandemia del Covid-19, especialmente en la fase inicial del mismo y desde luego, hasta la aprobación del Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo.

Este tratamiento era coherente con la perspectiva con la que se abordó ya desde un principio esta crisis. Se trataría de una situación inicialmente externa al sistema productivo -nuestras empresas eran viables-, pero que requeriría de medidas de contención para retardar la transmisión de la enfermedad; unas medidas estas que, articuladas inicialmente a través del RD 436/2020 de 14 de marzo -y la miriada de normas basadas en el mismo-, provocarían suspensiones temporales de la actividad de empresas que, unidas a las limitaciones en la movilidad, supondrían todo un reto para la conservación del tejido productivo y para el empleo.

Por ello, no resultó extraño que, dejando a un lado otras medidas iniciales, ligadas a los efectos económicos de las incapacidades temporales generadas por el covid-19, los ERTE aparecieran, ya desde un principio, como la medida estrella entre las medidas excepcionales contempladas en el “inicial” Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo.

Ahora bien, es importante destacar como ya desde un principio, el tratamiento normativo de estos ERTE se produjo de una forma compleja, intentando articular de forma compacta, como en un único bloque, su incentivación para los empresarios mediante medidas como la flexibilización en su tramitación o la **exoneración de las cuotas empresariales** (aunque en este caso limitada a los ERTE por fuerza mayor), con otras destinadas a mitigar su impacto sobre los trabajadores, especialmente en relación con el acceso a las **prestaciones por desempleo en estas situaciones** y al impacto de las mismas sobre posibles y futuras prestaciones de este tipo.

El resultado ha sido un riesgo de un fuerte “colapso” por su indudable “éxito”. Y ello ya que si a esta generalizada utilización de los mismos se unían, de un lado, la **brevidad de los plazos fijados**, y del otro, la situación de una **Administración laboral y de unos servicios públicos de empleo sometidos a una “terapia de shock** tendremos los ingredientes para una coyuntura que seguramente está detrás de buena parte de las innovaciones aportadas por el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo.

De hecho, es esta realidad la que seguramente justifica medidas como el desarrollo casi reglamentario para agilizar la tramitación de las prestaciones por desempleo, pero, y sobre todo, **de medidas admonitorias, de veladas amenazas frente al posible uso fraudulento de estas “medidas excepcionales”, que solo parecían reflejar la convicción de lo imposible de un control ex ante de estos ERTE y, por tanto, la convicción de una aceptación generalizada de estas solicitudes, y por tanto, de la necesidad -ante el temor al posible uso fraudulento de las mismas- de “amenazar” con graves consecuencias en un teórico y anunciado control ex post.**

En cualquier caso, de lo que no cabe duda alguna es que el Real Decreto-Ley 9/2020 seguía todavía mostrando una **clara preferencia por los ERTE** frente a otras fórmulas extintivas.

La prohibición del uso de las causas Económicas, Técnicas, Organizativas y Productivas y de fuerza mayor para despidos, y la atención prestada a los efectos sobre la duración de los contratos temporales de estas mismas causas suspensivas son un claro ejemplo de ello

El momento crítico, no obstante, aconteció solo un par de días después, cuando, ante la necesidad de “enfriar” aún más la actividad y los riesgos de contagio, se optó, no por imponer un cese de actividades o de aperturas al público de los sectores no críticos, por establecer un “permiso obligatorio” para todos los asalariados de sectores no críticos que tenían que desplazarse a sus puestos de trabajo - de ahí que no afectase ni a los autónomos, ni a los trabajadores a distancia, ni a los trabajadores con contratos ya suspensos-.

Interesa resaltar ahora es que este permiso obligatorio responde seguramente a nueva regla de reparto de cargas ante la prolongación y profundización de esta crisis sanitaria.

Si en los **ERTE** una parte fundamental del coste económico de la medida correspondía, sobre todo en el caso de aquellos ligados a fuerza mayor, **al presupuesto público** que debía cargar con las prestaciones por desempleo y la exoneración de las cotizaciones empresariales, en el “**permiso obligatorio, retribuido pero compensado**”, la carga se atribuye fundamentalmente a **las empresas**.

En principio, parece evidente que, como se deduce del art. 1.2.c) ii) del Real Decreto-ley 10/2020, **esta nueva medida no impide la autorización de nuevos ERTE**. Cuestión más complicada es saber si una empresa que, por su propia actividad, por ejemplo **construcción**, que no puede articular lógicamente la prestación de sus trabajadores a distancia, al tratarse de la labor de obra, podría considerar que la aplicación de esta medida, impuesta por el Estado, **podría ser considerada una fuerza mayor que autorizara un ERTE por esta causa y con los derechos antes señalados**. Esta posibilidad se antoja difícil, ante el carácter compensado del permiso y la voluntad del legislador de proceder a un determinado reparto de cargas.

De hecho, existen autores que consideran que una solicitud de este tipo podría considerarse incluso como un **fraude de ley**, al utilizar una **norma de cobertura** -el art. 22 RDL 8/2020 y normas conectadas- **para eludir la aplicación de** la norma directa y claramente aplicable que, en este caso, repetimos es el famoso **permiso obligatorio** y no el ERTE por fuerza mayor.

Ahora bien, otros autores recuerdan que el propio art. 1.2.c) Real Decreto-ley 10/2020 parece excluir que en estos casos el ERTE fuese una norma de cobertura al ser, de hecho, **aparentemente prioritaria sobre el permiso obligatorio**; y, en segundo lugar, **que incluso la propia Dirección General de Trabajo -DGE-SGON-849CRA- ha reconocido expresamente cómo durante este periodo de permiso obligatorio las empresas podrían obviamente adoptar o seguir adoptando cualesquiera medidas con tal de que garanticen el confinamiento -objetivo prioritario del RDL 10/2020- y siempre que cumplan los requisitos establecidos en el art. 22 o 23 RDL 8/2020, llegando incluso a admitir que si estas solicitudes “estuviesen basadas de manera exclusiva en la paralización e interrupción de actividades derivada del Real Decreto-ley 10/2020... pueden justificar y entenderse como proveniente de fuerza mayor temporal**.

En cualquier caso, y a la espera de las decisiones que en relación con este tema puedan adoptar las distintas autoridades laborales competentes -ya que, obsérvese, dada la brevedad del plazo, solo los ERTE por fuerza mayor aparecen como una alternativa realmente interesante- nos limitaremos aquí a recordar como, por un lado, la evolución en el tiempo habría llevado a que paradójicamente los empresarios afectados primero por estas medidas de contención habrían

obtenido un trato distinto, y quizás menos oneroso, que los afectados por la segunda oleada, aunque también esta resulte finalmente más corta.

Ahora nos limitaremos simplemente a analizar las singularidades procedimentales, con las modificaciones y “aclaraciones” que sobre estas mismas cuestiones se han ido sucediendo en estos **quince días de vértigo normativo y, en especial, del Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.**

2. Caracterización general: normas especiales, su necesaria conexión causal con el COVID y su relación con otros mecanismos empresariales (trabajo a distancia y extinciones o despidos)

Como ya hemos indicado, la primera aparición de estas referencias a los ERTE en la normativa ligada a la crisis sanitaria del covid-19 se produce, salvo omisión o error por nuestra parte, en el Capítulo II del RDL 8/2020 de 17 de marzo, relativo a las **“medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos”**. Se incorporaron a nuestro ordenamientos, aun de forma temporal, “medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornadas”, ya sea por **causa de fuerza mayor**, o por **causas económicas técnicas, organizativas y de producción**.

Lo primero que seguramente debe señalarse de ambos preceptos es que ninguno de los dos viene a derogar el marco normativo general que en relación con estas cuestiones establecían y aún establecen los arts. 47 y 51 Estatuto de los Trabajadores así como las correspondientes normas del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

Ahora bien, ello requiere que las situaciones que **pretendan justificar causalmente estas suspensiones o reducciones de jornada estén conectadas causalmente con los efectos del COVID 19**, que deberá ser alegado y probado desde el primer momento por el empresario.

En segundo lugar, y en relación con el resto de normas incorporadas en esta situación de crisis sanitaria, debe igualmente recordarse que, en principio, la prestación del trabajo a distancia o incluso la articulación de otras medidas alternativas contempladas en el art. 5 del Real Decreto-ley 8/2020 “deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad. Estas medidas serían no solo las prioritarias, sino **las excluyentes de cualquier intento de extinción por estas mismas causas**.”

Ello se deduce del tenor literal de este artículo: **“La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”**

3. ERTE por fuerza mayor

3.1. Sobre la fuerza mayor como causa: delimitación

La base fáctica que justifique la solicitud empresarial ha de ser la **“pérdida de actividad”** como **“consecuencia directa”** del COVID-19”. Y desde esta premisa, la norma pasa a continuación a señalar como tales -“tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor”- las situaciones ligadas a:

“la declaración del estado de alarma, que impliquen **suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados**”

En esencia, se trata de dos grandes grupos de causas que tienden a encajar sin grandes problemas con la tradicional distinción entre fuerza mayor propia e impropia:

- En el primer grupo se englobarían acontecimientos externos al círculo de la empresa y del todo independientes de la voluntad del empresario, que, a su vez, fuesen imprevisibles o inevitables como, incendios, inundaciones, terremotos, explosiones, plagas del campo, guerra, tumulto y sediciones.

Desde esta perspectiva nada cabría objetar a la inclusión entre las mismas de los efectos sobre la plantilla de la plaga del covid-19 como el **contagio de buena parte de la misma, o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretadas por la autoridad sanitaria** -unas medidas esta última a las que seguramente debiera equipararse la del confinamiento de la plantilla y a los que le haya sido denegada de forma expresa la posibilidad de desplazarse por la autoridad competente, no pudiendo además realizar su trabajo de forma telemática-.

Cuestión distinta y más compleja es que la norma nada señala sobre el volumen que estas bajas, aislamientos o, si se nos admite, confinamientos deben suponer sobre el global de la plantilla de la empresa. Nos movemos, nuevamente, y como es comprensible, entre **conceptos jurídicos indeterminados**. Si bien es obvio que cuando estas situaciones afecten a la totalidad de la plantilla nada cabría objetar a la misma, la cuestión se vuelve bastante más borrosa en los supuestos intermedios.

- Por su parte, el segundo, que podríamos conectar con el concepto tradicionalmente considerado como fuerza mayor impropia o *factum principis*, se centraría en una decisión de los poderes públicos imprevisible o inevitable **-la declaración de estado de alarma-**, que recae sobre una empresa y le impide la continuación de la prestación laboral, por la cancelación de actividades o el cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías **así como por la falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad**.

3.2 Novedades en su procedimiento

En estos casos, y más allá de las posibles dificultades de acreditación de tales situaciones -inexistentes, eso sí, en aquellas actividades o locales sometidos a cierre o suspensión por el RD 463/2020 en los que será suficiente la presentación de cualquier documento justificativo de la actividad de la empresa-, las principales novedades incorporadas a esta tramitación -que se aplicará, como parece lógico, a las solicitudes presentadas, se centran en:

- Frente al art. 32 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, el inicio del procedimiento se regula en estos casos de forma más detenida y completa, garantizando expresamente la información a los trabajadores y el acceso al informe y a la documentación acreditativa a sus representantes –art. 22.2a RDL 8/2020-.

- En aquellos casos en los que la empresa estaba cerrada en el momento de entrada en vigor del estado de alarma y no se pueda conseguir la firma de los trabajadores que acredite dicha comunicación, el Ministerio considera que **“será suficiente la presentación de cualquier documento que acredite que la empresa ha realizado esa comunicación aunque no esté firmada la recepción por los trabajadores como, por ejemplo, un correo electrónico”**

Se mantiene, **la ausencia de consultas con estos representantes** ya que el expediente tiene como única **finalidad acreditar o no la existencia de fuerza mayor** lo que, de por sí, constituye una cuestión de apreciación y no de negociación. En cualquier caso, lo que ahora sí se especificaba es que, por un lado, la empresa deberá comunicar su solicitud a las personas trabajadoras, y no ya solo comunicar, sino, de forma más específica, **trasladar el informe anterior y la documentación acreditativa, en caso de existir, a la representación de aquellas**. Recuérdese, además, que los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa tendrán derecho a acceder a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa

Por otra parte, y dada las importantes consecuencias que en el ámbito de la Seguridad Social y de las prestaciones por desempleo tendría en su caso el reconocimiento de esta causa de suspensión, se destaca igualmente la necesidad de este proceso “cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas”.

En cualquier caso, tampoco resulta ocioso recordar cómo, de acuerdo con el Criterio 5/2020 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en relación con la posible petición por el autónomo de la prestación excepcional por cese de actividad regulada en el art. 17 RDL 8/2020, parece necesario que: “cuando concurra la tramitación del procedimiento al que se refiere este Criterio con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada vinculada al COVID-19, el trabajador autónomo en el momento de presentar la solicitud de la prestación excepcional deberá adjuntar copia del inicio de las actuaciones dirigidas a su tramitación.”

- Desaparece toda mención al trámite de audiencia, ello provoca que el plazo para que la autoridad laboral competente (factor este que no se altera) dicte resolución sea siempre de cinco días.
- En estos casos, la Disposición adicional novena del RDL 8/2020 establece expresamente que: “a los plazos previstos en el presente Real Decreto Ley no les será de aplicación la suspensión de plazos administrativos prevista en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”.
- Y además cabe la posibilidad, en casos como estos, en los que, “se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles”, “el órgano competente para resolver, a propuesta, en su caso, del órgano instructor o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, podrá acordar de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser éste superior al establecido para la tramitación del procedimiento”; esto es, otros cinco días, requiriendo, eso sí, acuerdo motivado a estos efectos.
- Seguramente con esta misma finalidad de evitar posibles retrasos debidos a la más que previsible masiva utilización de este procedimiento, se establece que en este tipo de procedimiento asentado en la fuerza mayor, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no sea preceptivo, sino potestativo para la Autoridad Laboral, si bien este, en su caso, deberá evacuarse en el plazo improrrogable de cinco días.

- En principio, de la propia información suministrada por el Ministerio parece deducirse que “Únicamente en aquellos supuestos en que la autoridad laboral lo considere necesario se solicitará informe previo informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.
- Si la Autoridad Laboral no constata la fuerza mayor y responde negativamente a la pretensión de la empresa, **ésta puede recurrir la decisión y proceder a tramitar una expediente por causa económica, organizativa, técnica o productiva**. Si en cambio la reconoce, **“la empresa comunicará a las personas trabajadoras las medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada adaptada. Estas medidas surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor”**.
- El silencio administrativo debe considerarse positivo (art. 24 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)

3.3. Duración máxima de la suspensión

Por lo que se refiere finalmente a la duración de esta suspensión, la misma no podrá extenderse “más allá del periodo en que se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19 de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de la misma norma”, “entendiéndose, por tanto, que su *duración máxima* será la del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y sus posibles prórrogas”.

Además, asumiendo ya los efectos antes comentados de sobresaturación de un sistema en tránsito hacia el trabajo a distancia, el mismo precepto aclara igualmente que “esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo” -positivo, como ya hemos señalado- “con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta”.

3.4 Fomento empresarial de la medida: remisión

Ya por último, y por lo que se refiere al fomento de esta vía, de acuerdo con el art. 24 RDL 8/2020, se exonerará a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 LGSS, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, mientras dure el periodo de suspensión de contratos o reducción de jornada autorizado.

Esta exoneración, que no afectará al trabajador, considerándose dicho periodo como efectivamente cotizado a todos los efectos, será:

- Total cuando la empresa, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 trabajadores en situación de alta en la Seguridad.
- Y del 75% si la empresa tuviera 50 trabajadores o más, en situación de alta en la Seguridad Social en esa misma fecha.

La misma regla también se aplicará -de acuerdo con la DT 1 RDL 8/2020, modificado por la DF 1 del Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo– “a los afectados por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados, con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, siempre que deriven directamente del COVID-19”.

4. ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas relacionadas con el COVID-19

4.1 Causa y conexión con el COVID-19

En relación con las medidas excepcionales establecidas para los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción, lo primero que seguramente debe destacarse es que su conexión con el COVID-19 resulta en estos casos, aparentemente menos rigurosa que la exigida en el artículo precedente para la fuerza mayor, quizás al no alcanzarle las normas de exoneración de cotizaciones establecidas en el art. 24 RDL 8/2020. De hecho, el art. 23 RDL 8/2020 solo requiere en estos casos que tales causas estén “relacionadas” con el COVID-19, sin que, en cambio, se reclame una relación directa y, por tanto, inmediata, lo que parece abrir la posibilidad de articular a través de este procedimiento situaciones en las que la mencionada pandemia sea solo la causa meramente media o indirecta.

Por otra parte, el propio Ministerio ha aclarado que si la empresa presentó un ERTE por causas productivas al inicio de esta crisis y tras la declaración de estado de alarma, dicha causa se ha transformado en un supuesto de fuerza mayor, no se podrá modificar, obviamente, el ERTE ya presentado, recomendándose que se desista del primero y se presente uno nuevo por fuerza mayor, comunicando, eso sí, el desistimiento a la autoridad laboral competente

4.2. Especialidades procedimentales

En este caso, las medidas se centran en una reducción de plazos y una clarificación y simplificación de las normas en relación con la representación negociadora por parte laboral frente al procedimiento normal o tradicional.

En cambio, el art. 23 RDL 8/2020, no parece contemplar peculiaridad alguna en relación con el inicio del procedimiento y la documentación que deberá ser aportada que, al menos en principio, seguirá rigiéndose por los arts. 17 y 18 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

De hecho las peculiaridades se concentran básicamente en cuatro grandes aspectos:

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

En la actualidad, tanto el art. 47.1 ET como el art. 26 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre se remiten al art. 41.4 ET a la hora de señalar los sujetos legitimados para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en este procedimiento de consultas.

En su actual redacción, el art. 27 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre señala que la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora como órgano colegido en cuanto a la formación de su voluntad -regla de la mayoría y voluntad única-, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento.

Los interlocutores prioritarios serán -ex art. 41.4 ET- las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados.

En defecto de aquellas se prevé la legitimación de los órganos de representación legal previstos en el ET, siendo finalmente supletoria -en el régimen “general”- la designación o bien de trabajadores electos o bien de “componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma”.

Pues bien, en este caso, lo que sí parece establecer la norma es, en primer lugar, una prioridad de la comisión representativa de los sindicatos más representativos frente a la designada por sufragio que solo podría actuar “en caso de no conformarse” aquella representación.

Y, en segundo lugar, que esta comisión conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomaría las decisiones por “las mayorías representativas correspondientes”, término este confuso que parece referirse a un voto ponderado en función de la representatividad de cada organización.

- En cualquier caso, y sea cual sea la composición final de la comisión, lo que sí exige claramente es que deberá estar constituida en el plazo improrrogable de 5 días.
- La duración del periodo de consultas se reduce de un máximo de quince en el régimen “común”, a un máximo de siete días. El resto de las normas contempladas en dicho precepto puede considerarse aplicable -finalidad, calendario de reuniones, posibilidad de finalización anticipada, formalización de las reuniones-
- El informe de la Inspección es ahora expresamente potestativo y debe ser evacuado en el plazo improrrogable de siete días y no en los quince días anteriores.

En cualquier caso, y al no establecerse norma específica en contrario, deberá entenderse que también en estos casos el empleador deberá comunicar a la autoridad laboral el resultado de estas consultas, incluido en su caso el acuerdo, y su decisión, aspecto este último que deberá igualmente comunicar a los representantes de los trabajadores en el plazo y con los efectos previstos en la normativa general. Simultáneamente a la presentación del Expediente, comunicará en su caso a cada trabajador las concretas medidas de suspensión o reducción de contratos asumidas.

5. Efectos de ambos tipos de suspensiones sobre los contratos temporales

De acuerdo con el art. 5 del Real Decreto-ley 9/2020: “la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, **supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido**, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas.

6. Obligación de solicitar las prestaciones por desempleo y régimen sancionador (remisión)

- Serán sancionables no solo **“las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes”**, concepto este ciertamente claro y evidente, sino también **“la conducta de la empresa consistente en solicitar medidas, en relación al empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas”**.

- Esta remisión a **“Obtener o disfrutar indebidamente cualquier tipo de reducciones, bonificaciones o incentivos en relación con el importe de las cuotas sociales que corresponda, entendiéndose producida una infracción por cada trabajador afectado”- o incluso, “El falseamiento de documentos para que los trabajadores obtengan o disfruten fraudulentamente prestaciones, así como la connivencia con sus trabajadores o con los demás beneficiarios para la obtención de prestaciones indebidas o superiores a las que procedan en cada caso, o para eludir el cumplimiento de las obligaciones que a cualquiera de ellos corresponda en materia de prestaciones”**, deben ser muy tenidos en cuenta, para analizar las posibles consecuencias posteriores, en caso de investigación por parte de la Autoridad Laboral

- En este sentido resulta de interés igualmente que la DA 4 RDL 9/2020 que destaca la colaboración entre el SEPE y la ITSS para la detección de prestaciones por desempleo indebidas, así como la inclusión en los planes de actuación de esta de **“la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de expedientes temporales de regulación de empleo basados en las causas de los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo”**

- El reconocimiento indebido de prestaciones a la persona trabajadora por causa no imputable a la misma, como consecuencia de alguno de los incumplimientos previstos en el apartado anterior, dará lugar a la revisión de oficio del acto de reconocimiento de dichas prestaciones. En tales supuestos, y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda, la empresa deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

- **La obligación de devolver las prestaciones prevista en el apartado anterior, en cuanto sanción accesoria, será exigible hasta la prescripción de las infracciones referidas en el Texto Refundido de la Ley de infracciones y Sanciones en el Orden Social que resulten aplicables, de conformidad con las reglas específicas y de vigencia expresa previstos en este real-decreto ley.**

Además, el art. 3 del RDL 9/2020 establece una solicitud colectiva para estas prestaciones, **imponiendo al empresario la obligación, como mero representante, de comunicarlo a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo en el plazo de 5 días desde la solicitud del expediente de regulación temporal de empleo en los supuestos de fuerza mayor a los que se refiere el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, o desde la fecha en que la empresa notifique a la autoridad laboral competente su decisión en el caso de los procedimientos regulados en su artículo 23.**

- **La no transmisión de esta comunicación regulada se considerará conducta constitutiva de la infracción grave.**

7. Duración de estas medidas y otras cuestiones: el compromiso de mantenimiento de empleo

De acuerdo con el art. 28 RDL 8/2020, la duración de las medidas previstas en el Capítulo II y, más específicamente las recogidas en los artículos 22, 23, 24 y 25 del mencionado real decreto-ley estarán vigentes mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19.

Ya por último, no debe olvidarse que la DA 6 RDL 8/2020 establece expresamente que:

“Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”.

Sin entrar aquí en el análisis de una medida ciertamente oscura, nos limitaremos a recordar aquí como la DA 14 del recentísimo RDL 11/2020– si bien formalmente centrado en la aplicación de esta DA 6 a las empresas de los sectores de las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual- puede darnos unos ciertos criterios en esta sede De acuerdo con la misma:

“El compromiso del mantenimiento del empleo establecido en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos, como sucede, entre otros, en el ámbito de las artes escénicas, musicales, cinematográfico y audiovisual.

En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

En todo caso, las medidas previstas en los artículos 22 a 28 de Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, resultarán de aplicación a todas las personas trabajadoras, con independencia de la duración determinada o indefinida de sus contratos”.

Como es bien sabido la Disposición adicional sexta dice así:

“Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”

Sin embargo, no queda claro que significa exactamente “mantenimiento del empleo”, ni tampoco cuales pueden ser las consecuencias en caso de incumplimiento del mismo ya que la norma no lo dice.

A qué obliga, exactamente, el compromiso de mantener el empleo durante seis meses.

- La primera cuestión que se plantea es si la empresa se compromete a mantener el empleo de **todos los trabajadores de la empresa o solamente de los trabajadores afectados por el ERTE.**

De la literalidad de la disposición, se obtiene que se refiere a mantener el nivel de empleo de la empresa al completo. Si el legislador hubiera querido hacer referencia al empleo de los afectados, lo hubiera dicho expresamente. Por ejemplo, en vez de “el empleo” podría haber dicho “ese empleo” o haber especificado y concretado. Al hablar del empleo de la empresa parece referirse en términos generales a todo el empleo.

Esta interpretación también parece acorde con el objetivo del Gobierno de reducir el impacto económico tras la salida de la crisis. Es decir, optar por los ERTES sin reducir los despidos en general.

Además, interpretar lo contrario implicaría “blindar” los contratos de los afectados por el ERTE por encima de otros trabajadores de la empresa que sí prestaron servicios efectivos durante la crisis.

- ¿Qué significa mantener el nivel de empleo? ¿se puede despedir disciplinariamente? ¿se puede no renovar el contrato a trabajadores temporales?

Esta pregunta es compleja y a mi juicio debe ser interpretada de la siguiente manera: el compromiso de mantener el empleo implica una **prohibición de despedir por causas económicas, organizativas técnicas o de producción. Siendo posible el resto de extinciones contractuales**. Por ejemplo, ¿qué sentido tendría sancionar a la empresa porque baje el nivel de empleo de la empresa porque un trabajador se jubila?

Por esta razón, el compromiso de mantenimiento del empleo se debería limitar a no efectuar despidos objetivos por las causas arriba establecidas.

No obstante, es importante recordar que el **TJUE hace una interpretación extensiva a la hora de calcular quién entra en el cómputo de un despido colectivo**, donde se incluye extinciones contractuales temporales realizadas en fraude de ley, despidos disciplinarios improcedentes, etc.

Pues bien, a mi juicio, **todos los que computan en un despido colectivo serán extinciones que potencialmente violarán el compromiso de mantenimiento del empleo**.

Consecuencias por incumplir el compromiso de mantenimiento del empleo

- La primera consecuencia, y más obvia, será **tener que devolver las ayudas recibidas mediante el acogimiento al ERTE regulado por el Real Decreto-ley 8/2020**, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Elo implicará la obligación del **pago de la cotización a la Seguridad Social que se exoneró al acogerse al ERTE** de acuerdo con el art. 24 del RD-Ley.

También podría implicar tener que **abonar los salarios de los trabajadores que estuvieron sometidos al ERTE**. Es decir, considerar que, al incumplir el compromiso de mantenimiento del empleo, el ERTE se anuló y, por ello, la empresa deberá abonar el salario completo al trabajador – del 70% al 100%- y restituir a la Seguridad Social el 70% del salario que abonó al trabajador.

En este punto, de nuevo, se vuelve a plantear la pregunta de **¿estas consecuencias serían respecto a todos los trabajadores del ERTE o solo los despedidos incumpliendo el compromiso?** Es decir, ¿si la empresa realizó un ERTE de 30 trabajadores y luego incumple el compromiso de mantenimiento al despedir a 2 trabajadores, tendrá que devolver lo de los 30 o lo de 2?

A mi juicio, de nuevo, la literalidad de la DA Sexta hace pensar que **las consecuencias son para todos los trabajadores afectados por el ERTE**, teniendo que devolver todas las ayudas completas y abonar todos los salarios.

No obstante, a pesar de que la interpretación literal lleva a esta conclusión es posible que **los Tribunales realicen una interpretación distinta por razones de proporcionalidad**. Como vemos, las consecuencias por incumplir el compromiso serán muy grandes para la empresa.

Por ello, es posible que los Tribunales, aplicando el principio de proporcionalidad, entiendan que la devolución será solamente por la diferencia entre el nivel de empleo que debió mantenerse y el inferior que realmente se mantuvo: esto es, por los trabajadores despedidos. De esta forma, si la empresa despidió a 5 trabajadores, solamente tendrá que devolver las ayudas recibidas por esos 5 trabajadores.

Por otro lado, también existen argumentos para entender que el incumplimiento del mantenimiento del empleo no afectaría al ERTE sino solo a las cotizaciones exoneradas. En efecto, el **art. 22 y 23 del RD-ley** (procedimiento especial del ERTE) son calificados como **medidas excepcionales**, mientras que el **art. 24** (dónde se regula la exoneración de la Cotización) se califica como **medida extraordinaria**. Pues bien, la DA 6 exige el mantenimiento del empleo como condición para acceder a las medidas “extraordinarias”, sin hacer referencia a condición alguna para las medidas “excepcionales”.

En cualquier caso, cabe también tener en cuenta que la Instrucción de la DGT (DGE-SGON-811bis CRA) donde se establece el CRITERIO SOBRE EXPEDIENTES SUSPENSIVOS Y DE REDUCCIÓN DE JORNADA POR COVID-19, al hablar de los expedientes por fuerza mayor concreta que “En todos los casos, las empresas que soliciten la autorización deberán comprometerse a mantener el empleo durante los seis meses siguientes a la reanudación de la actividad, disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020”.

Es decir, en la instrucción el compromiso no se vincula a la exoneración de la cotización sino a la propia solicitud del expediente del ERTE por fuerza mayor.

- ¿El despido de esos trabajadores se declarará nulo o improcedente por incumplir el compromiso?

En efecto, esta podría ser otra consecuencia. Por ejemplo, la Sentencia de la AN núm. 172/2014 de 22 octubre, consideró nulo un despido colectivo después de haberse realizado un ERTE pactado en el que se incluía el compromiso de la empresa de mantener el empleo.

También el **Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 26 marzo 2014 ha declarado nulo el despido colectivo por realizado incumpliendo una cláusula de compromiso de mantenimiento del empleo pactada en un ERTE anterior en la empresa**. Aquí la nulidad viene al entender que la empresa vulneró el principio de buena fe en la negociación al incumplir la cláusula.

No obstante, cabe decir que, en este caso, salvo que expresamente se pacte con los representantes de los trabajadores el compromiso de mantenimiento del empleo, este compromiso podría no conculcar la buena fe negociadora. Es decir, estas sentencias con la nulidad parecen querer proteger los compromisos adquiridos por la empresa con los representantes de los trabajadores. **Por lo que podría no ser aplicable a este caso en el que el compromiso se adquiere, sin negociación alguna, sino por imposición legal.**

A pesar de esto, **lo que sí parece aplicable es la doctrina constante del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 18 marzo 2014) que declara improcedente el despido colectivo después de realizar un ERTE, si la situación no ha empeorado para la empresa.**

Aquí la cuestión está en que, aunque la crisis se alargue más allá del estado de alarma, lo que parece difícil es que para las empresas su situación sea peor que la que están viviendo ahora.

Por tanto, es posible que, si ahora toman medidas de suspensión del empleo, posteriormente no puedan despedir por razones objetivas procedentemente (ya que la situación habrá mejorado). Lo que sí podrán ser seguir ampliando la suspensión de los contratos.

- ¿El tiempo que se ha estado en el ERTE cuenta para la antigüedad a efectos de despido?

No, no cuenta. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura Sentencia núm. 419/2012 de 26 julio.

A MODO DE CONCLUSIÓN

¿Qué puede esperar una empresa cuyo ERTE ha sido autorizado por la administración?

En primer lugar, la existencia de silencio positivo por trascurso del plazo legalmente fijado implicará la imposibilidad de la Administración de resolver ese expediente en sentido negativo.

Por esta razón, conseguida la autorización – aunque sea por silencio positivo- el SEPE estará obligado a abonar a los trabajadores el desempleo –bien total si es una suspensión, bien parcial si ha habido una reducción de jornada-.

Ahora bien, cabe recordar que el sábado 28 de marzo se publicó el RDL 9/2020, 27 marzo., por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

Esta normativa en la DA segunda establece:

“En aplicación de lo previsto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes. Será sancionable igualmente, conforme a lo previsto en dicha norma, la conducta de la empresa consistente en solicitar medidas, en relación al empleo que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.”

El reconocimiento indebido de prestaciones a la persona trabajadora por causa no imputable a la misma, como consecuencia de alguno de los incumplimientos previstos en el apartado anterior, dará lugar a la revisión de oficio del acto de reconocimiento de dichas prestaciones. En tales supuestos, y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda, la empresa deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios. La obligación de devolver las prestaciones prevista en el apartado anterior, en cuanto sanción accesoria, será exigible hasta la prescripción de las infracciones referidas en el Texto Refundido de la Ley de infracciones y Sanciones en el Orden Social que resulten aplicables, de conformidad con las reglas específicas y de vigencia expresa previstos en este real-decreto ley.”

Esto viene a suponer un régimen sancionatorio que desincentiva el abuso en el uso de la figura del ERTE. Así pues, a pesar de estar autorizado un ERTE las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes. Será sancionable igualmente, conforme a lo previsto en dicha norma, la conducta de la empresa consistente en solicitar medidas, en relación al empleo **que no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina**, siempre que den lugar a la generación o percepción de prestaciones indebidas.

Estos hechos –fraude, irregularidades o medidas no necesarios o sin conexión suficiente con la causa que lo origina – darán lugar a la revisión de oficio del acto de reconocimiento de dichas prestaciones. En tales supuestos, y sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda, la empresa deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades percibidas por la persona trabajadora, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

Adicionalmente, el RDL en la DA cuarta dictamina que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en colaboración con la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, incluirá, entre sus planes de actuación, la comprobación de la existencia de las causas alegadas en las solicitudes y comunicaciones de expedientes temporales de regulación de empleo basados en las causas de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, es decir, no solo de los ERTes por fuerza mayor sino también los del art. 23 del RD Ley 8/2020 serán especialmente vigilados.



EN RESUMEN

La autorización por silencio administrativo obliga a la Administración a considerar el expediente autorizado y a pagar a los trabajadores el desempleo y exime a la empresa de esos salarios –y en su caso de las cotizaciones a la Seguridad Social conforme art. 25 al RD 8/2020-.

No obstante, la Administración se reserva el derecho a investigar y considerar excesivo el expediente revocando sus efectos y, en su caso, sancionando.