

## CIRCULAR 4/2020

– LABORAL –

### ERTES: EXPEDIENTES “X” ANTE EL COVID-19

En esta situación tan excepcional marcada por la pandemia del Covid-19, nos encontramos en un escenario de incertidumbre continúa, donde es determinante una actitud vigilante ante cada uno de los movimientos gubernamentales que marcan el rumbo a seguir.

Tomando el Expediente de Regulación Temporal de Empleo (“ERTE”) como una medida de flexibilización laboral, ha cobrado especial relevancia su clasificación según la causa que lo motiva: (i) causa de fuerza mayor, o (ii) causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (causas “ETOP”). Si bien, con la entrada en vigor del RD-ley 18/2020, se ha añadido una nueva clasificación en atención a si la causa de fuerza mayor es total o parcial, en virtud de la continuidad de la actividad.

Ello trae importantes consecuencias en materia de cotización en las empresas afectadas, así como una especial incidencia respecto de la posibilidad de llevar a cabo despidos en la empresa si ello fuese necesario.

En todo caso, es esencial tener siempre presente la duración que pueden alcanzar estos ERTES, y en razón a qué van a mantener su vigencia. En efecto, mientras se partía de mantener en vigor el ERTE mientras subsistiese el estado de alarma, ahora dependerá de la subsistencia de la causa que motivó su adopción.

#### I. ¿QUÉ ES UN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO? ¿QUÉ SUPONE LA PUBLICACIÓN DEL RD 8/2020? ¿Y DEL RD 18/2020?

Un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (“ERTE”), es una medida de flexibilización laboral que habilita a las empresas a reducir la jornada laboral o a suspender los contratos de trabajo, de forma **temporal**.

En este sentido, las Empresas pueden acogerse a dos **tipos de ERTE**:

- **Suspensión del contrato de trabajo:** Se trata de la modalidad más agresiva, al dejar en suspenso el contrato de trabajo durante cierto período de tiempo. Los trabajadores afectados al ver suspendido su contrato de trabajo, no prestarán servicios para la Empresa mientras dure el ERTE, ni cobrarán su salario.
- **Reducción de jornada:** La Empresa modifica los contratos de los trabajadores para reducir la jornada laboral o el número de días que acuden a trabajar. Puede llevarse a cabo una reducción mínima del

10% y un ajuste máximo del 70% respecto a la jornada de cada trabajador.

#### a) ERTES por causa de fuerza mayor Vs. ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

En el marco de esta situación de pandemia marcada por la crisis sanitaria derivada del Covid-19, el ERTE debe traer fundamento en causa de fuerza mayor, considerada como tal, las pérdidas de actividad como consecuencia del Covid-19.

Por norma general, la interrupción grave de las cadenas de suministro, el cierre del espacio aéreo o de las fronteras del país, las restricciones a la movilidad de la ciudadanía o la concurrencia de cualquier riesgo severo para la salud de trabajadores y consumidores, son causas que justifican la aplicación de un ERTE.

De conformidad con lo establecido en el Real Decreto-ley 8/2020 (“RD-ley 8/2020”), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, podemos diferenciar los siguientes tipos de ERTE:

- Tendrán la consideración de ERTES por causa de fuerza mayor aquellos cuya causa se base en la pérdida drástica de la actividad, como consecuencia de las medidas adoptadas en el estado de alarma en relación con el Covid-19.

Un claro ejemplo de ello es la restricción de la movilidad de personas o de mercancías, la suspensión de ciertas actividades, cierres de locales, etc.

- Tendrán la consideración de ERTES por causas ETOP aquellos cuya causa viene derivada por la influencia del Covid-19 en la actividad de la empresa, relativa a causas por razón económica, técnica, organizativa o de producción.

Ejemplo de lo anterior sería un fuerte descenso de la demanda, la necesidad de reorganizar la plantilla empresarial, o la falta de suministro por cierre de proveedores, entre otros supuestos.

El RD-ley 18/2020 (“**RD-ley 18/2020**”), de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, establece que, la tramitación de los ERTE ETOP podrá llevarse a cabo durante la vigencia del ERTE por causa de fuerza mayor, y será una vez finalizado este, cuando se iniciará el ERTE ETOP retro trayéndose a la fecha de finalización de aquél.

#### **b) ERTES por causa de fuerza mayor parcial Vs. ERTES por causa de fuerza mayor total**

Como principal novedad introducida con la publicación del RD-ley 18/2020, se diferencian dos modelos diferentes de ERTE por causa de fuerza mayor: **total** y **parcial**.

- Continuarán en situación de fuerza mayor total derivada del COVID-19 aquellas empresas que cuenten con un ERTE por causa de fuerza mayor, basado en el **artículo 22 del RD-ley 8/2020**<sup>1</sup>, y

estuvieran afectadas por dichas causas que impidan el reinicio de su actividad.

- En cambio, la fuerza mayor derivada del COVID-19 será parcial cuando se permita la recuperación parcial de su actividad, reincorporando por tanto a trabajadores afectados por la medida para el desarrollo paulatino y gradual de su actividad, primando la reducción de jornada.

Conforme a lo expuesto, en función del tipo de ERTE por causa de fuerza mayor, las **medidas extraordinarias en materia de cotización** por la aportación empresarial a la Seguridad Social serán:

- En el supuesto de un ERTE por fuerza mayor total, la exoneración de las cotizaciones devengadas en los meses de mayo y junio de 2020, será del 100% para empresas de menos de 50 trabajadores, y del 75% para las que tuvieran más de 50 trabajadores o más.

- En el supuesto de un ERTE por fuerza mayor parcial, la exoneración de las cotizaciones se rige por las reglas que a continuación detallamos:

- a) Aquellas empresas que reinicien su actividad, si cuentan con menos de 50 trabajadores, la exención respecto a los trabajadores será del 85% en mayo de 2020 y del 70% en junio de 2020. Aquellas empresas que tengan 50 trabajadores o más, la exoneración será del 60% y 45% para los meses indicados, respectivamente.

Todo ello respecto de los períodos y porcentajes de jornada efectivamente trabajados desde el reinicio de la actividad.

- b) Aquellas empresas que continúen con sus actividades suspendidas, si cuentan con menos de 50 trabajadores, la exoneración será del 60% de la aportación

<sup>1</sup> De conformidad con el **artículo 22 del RD-ley 8/2020**, tendrá la consideración de fuerza mayor, las pérdidas de actividad como consecuencia del Covid-19 que implique: (i) suspensión o cancelación de actividades, (ii) cierre temporal de locales de afluencia pública, (iii) restricciones en el

transporte público y de la movilidad de personas o de mercancías, (iv) falta de suministros que impidan continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, y (v) contagio de la plantilla o adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria.

empresarial en mayo de 2020, y el 45% en junio del año en curso. Aquellas empresas que tengan 50 trabajadores o más, la exoneración será del 45% y del 30% para los meses indicados, respectivamente.

Todo ello respecto de los períodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión.

## II. LÍMITES AL REPARTO DE DIVIDENDOS Y DE TRANSFERENCIA FISCAL

Las empresas que tengan su domicilio fiscal en países calificados como paraísos fiscales no podrán acogerse a los ERTE por causa de fuerza mayor.

Aquellas empresas que apliquen ERTE por causa de fuerza mayor y que utilicen recursos públicos destinados a los mismos, no podrán proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal (es decir, con cargo al ejercicio fiscal) en el que se hayan aplicado el ERTE, excepto si abonan previamente el importe correspondiente a la exoneración aplicada a las cuotas de la seguridad social.

Esta limitación no será de aplicación para aquellas entidades que tuvieran menos de 50 trabajadores.

## III. ¿CUÁL ES LA DURACIÓN DE LOS ERTES POR CAUSA DE FUERZA MAYOR?

Hasta ahora, se había partido de la vinculación de los ERTE por causa de fuerza mayor al estado de alarma y sus respectivas prórrogas como premisa temporal.

No obstante, con la publicación del RD-Ley 18/2020, **los ERTE por fuerza mayor se mantendrán vigentes mientras dure la causa que los motivó**, desvinculándose así de la duración del estado de alarma. Se contempla, por regla general, la extensión de estos ERTE hasta el 30 de junio de 2020 como máximo, salvo que el Gobierno a esa fecha, autorice expresamente la prórroga si continuasen las restricciones de actividad por razones sanitarias. Esta extensión será independiente de que sea por fuerza mayor total o parcial.

Las empresas que resulten afectadas por un ERTE por causa de fuerza mayor deben comunicar a la

autoridad laboral competente la renuncia total al ERTE autorizado en el momento que decida llevarse a cabo dicha renuncia, en un plazo de 15 días desde la fecha de efectos de la misma.

## IV. ¿CÓMO AFECTAN LAS NUEVAS MODIFICACIONES DE LOS ERTE POR FUERZA MAYOR A LA POSIBILIDAD DE DESPEDIR?

Aprobado el RD-ley 18/2020 se han suavizado las restricciones impuestas al despido publicadas en decretos anteriores.

Aquellas Empresas y entidades que se hayan acogido a un ERTE por causa de fuerza mayor, ya sea total o parcial con la exoneración de cuotas a la Seguridad Social, **se les obliga al mantenimiento de empleo durante seis meses**, cuyo plazo empieza a computarse tras la reincorporación de trabajadores afectados por el ERTE de causa de fuerza mayor, ya sea a jornada parcial o afecte a parte de la plantilla.

Como novedad, el citado texto normativo destaca que se valorará cada situación concreta en atención a los rasgos específicos de los distintos sectores y normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad estacionalidad en el empleo.

Lo que se pretende con la aplicación de la citada **cláusula de mantenimiento o salvaguarda de empleo**, es que las empresas no extingan contratos salvo en caso de despido disciplinario procedente, baja voluntaria, jubilación, situación de incapacidad temporal o finalización del contrato.

No resultará aplicable esta obligación a aquellas empresas que se encuentren en riesgo de concurso de acreedores.

### a) Si la Empresa se ve obligada a despedir, ¿podrá hacerlo?

Si la Empresa se ve obligada a despedir, habrá de valorar si dicho despido constituye o no, un incumplimiento del compromiso del mantenimiento del empleo.

- Si no hay incumplimiento de tal compromiso, la actuación empresarial se valorará en los términos que correspondan a dicho despido.

- Ahora bien, de haber incumplimiento, la Empresa deberá reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

En cuanto a los contratos temporales, el compromiso tampoco se entenderá incumplido cuando se extinga por el transcurso del tiempo pactado, la realización de la obra o servicio objeto de aquellos, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad por la que se contrató.

#### **b) Posibles medidas a adoptar por las empresas como alternativa a los despidos**

Con la publicación de la Disposición Adicional Sexta del RD-ley 8/2020 relativa a la obligación al mantenimiento del empleo, y con su posterior redacción en el RD 18/2020, muchas de las empresas se preguntan acerca de las posibles alternativas y medidas a llevar a cabo para poder cumplir con esta obligación, y tratar de evitar la comunicación de extinciones de contrato una vez finalicen los ERTE por causa de fuerza mayor.

Por ello, interesa recordar la posibilidad de llevar a cabo diferentes medidas como posibles alternativas a los despidos, como podrían ser:

- Tramitación de ERTE ETOP, pudiendo compaginar las nuevas medidas de reducción de jornada o de suspensión de contratos.
- Comunicación de Modificaciones Sustanciales de las Condiciones de Trabajo, en cumplimiento con el procedimiento previsto en el artículo 41 de Estatuto de los Trabajadores (“ET”).

#### **c) Vinculación con la derogación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores.**

Las faltas de asistencia al trabajo son, entre otras, causa determinante de la extinción de la relación laboral por las circunstancias objetivas previstas en el derogado artículo 52.d) del ET, conforme al cual, el empresario tenía la potestad de extinguir el contrato de trabajo en caso de alcanzarse un determinado nivel de faltas de asistencia por parte del trabajador, a pesar de estar o no justificadas.

<sup>2</sup> Previamente declarado constitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2019 (véase nuestra **Circular 05/2019**).

El pasado 18 de febrero, el Gobierno a través del Real Decreto-ley 4/2020 derogó el artículo 52.d) del ET<sup>2</sup>, a efectos de garantizar el derecho a la no discriminación de las personas, así como para evitar el riesgo de exclusión social de colectivos de especial vulnerabilidad.

Observando este escenario con cierta perspectiva, podemos considerar que, al no poder disponer el empresario del ejercicio de la opción del despido objetivo por absentismo, aquellos trabajadores que estimándolo oportuno, consideren que está en situación de riesgo su seguridad y salud por motivo del Covid-19, podrán acogerse a situaciones de baja de ser ello necesario. En definitiva, no se tendrían que ver disuadidos ante la posibilidad de que el empresario pueda extinguir su contrato, dando protagonismo al derecho del trabajador al cuidado de su salud.

#### **V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Sin perjuicio de suscitarse nuevas dudas interpretativas, parece que se ha concretado un poco más a qué podrán atenerse las empresas y trabajadores afectados por un ERTE por causa de fuerza mayor en relación a los posibles despidos, así como a costes asociados e los mismos. Sin embargo, todavía quedan cuestiones por dilucidar respecto al alcance y los efectos atendiendo a los distintos escenarios y programación de la desescalada por territorios.

En este sentido, habrá que estar atentos a los próximos pasos gubernamentales sobre la concreción de las actuaciones a seguir con respecto a la vuelta al trabajo, así como las nuevas especificaciones y criterios.

Sin ningún género de dudas, será trascendental la diferencia entre aquellas actividades que se reactivan por completo, respecto de los sectores que necesitan ir más pausadamente.

El contenido de esta circular es meramente informativo y no pretende constituir asesoramiento jurídico alguno. Si pretende recibir tal asesoramiento, póngase en contacto con nosotros a través del correo electrónico [alenta@alenta.com](mailto:alenta@alenta.com). Si no desea recibir más circulares de nuestro despacho, envíe un mensaje en tal sentido a la dirección de correo electrónico indicada.