

1) LOS ERTEs EN LA SITUACIÓN DE COVID-19

Ya hemos realizado dos artículos sobre EREs (Expediente de Regulación de Empleo)

(<https://www.vgconsultores.es/expedientes-de-regulacion-de-empleo-regulacion-y-realidad/>) y sobre los ERTEs (Expediente de Regulación Temporal de Empleo)

(<https://www.vgconsultores.es/ertes-tratamiento-efectivo-para-la-empresa-en-tiempos-de-crisis/>) en los que hemos expresado diversas opiniones y revisiones de la normativa de ambas figuras de regulación del empleo en las empresas.

Parece claro que dentro de la regulación laboral cada figura está destinada a solucionar problemas diferentes:

- a) **ERTEs:** es una figura destinada a dotar a las empresas de una herramienta de flexibilización de sus costes laborales ante situaciones transitorias y superables de dificultad económica, organizativa o de fuerza mayor. Esto es, una solución de “suspensión del contrato de trabajo”.
- b) **EREs:** es una figura destinada a solucionar situaciones de carácter estructural y que requieren de una reorganización de la plantilla. Se trata de una “extinción del contrato de trabajo”.

En la prensa se viene hablando de millones de afectados por los ERTEs en este año 2020. El propio SEPE en nota de prensa del 21 de mayo de 2020 hablaba de 3,4 millones de “prestaciones” (<http://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3814>).

No obstante, de acuerdo con los datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social los trabajadores afectados por ERTEs, hasta el mes de julio de 2020, han sido casi un millón:

SECTORES	Valores Absolutos	Variación año anterior	
		Absolutos	En %
Agrario	6.709	6.294	1.516,6%
Industria	107.363	84.574	371,1%
Construcción	22.465	21.888	3.793,4%
Servicios	816.310	809.711	12.270,2%
	952.847	922.467	3.036,4%

(<http://www.mites.gob.es/estadisticas/Reg/welcome.htm>)

2) REGULACIÓN ESPECIFICA POR LA COVID-19

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, en sus artículos 22 y 23 reguló las suspensiones y reducciones de jornada por causa de fuerza mayor y causas económicas, técnicas, organizativas y de producción vinculadas con la COVID-19 estableció las siguientes limitaciones en la Disposición adicional sexta: “Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del 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, entendiéndose 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”.

El Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial en su artículo 5.2 estableció limitaciones a la distribución de dividendos: “Las sociedades mercantiles u otras personas jurídicas que se acojan a los expedientes de regulación temporal de empleo regulados en los artículos 1 y 2 del presente real decreto-ley y que utilicen los recursos públicos destinados a los mismos no podrán proceder al reparto de dividendos correspondientes al ejercicio fiscal en que se apliquen estos expedientes de regulación temporal de empleo, excepto si abonan previamente el importe correspondiente a la exoneración aplicada a las cuotas de la seguridad social y han renunciado a ella.” Limitación no aplicable a empresas de menos de 50 trabajadores.

Así mismo, el RDley 24/2020 extendió las limitaciones de la disposición adicional sexta del RDley 8/2020 a los ERTEs tramitados en virtud del artículo 23 del citado RDley 8/2020 (causa económica, técnica, organizativa y de producción).

El Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, en su artículo 5 ampliaba el compromiso de lo establecido en la disposición adicional sexta del RDley 8/2020, de 17 de marzo, y en el artículo 6 del RDley 24/2020, de 26 de junio.

Esto es, las empresas que se hayan acogido a las medidas de regulación laboral están sujetas a las siguientes restricciones:

- a) Limitación a la distribución de dividendos (no aplicable a empresas de menos de 50 trabajadores).
- b) Limitación a la resolución de contratos (despidos) con devolución de las ayudas recibidas (exoneración de cotizaciones).

3) REGULACIÓN DE LOS ERTEs EN 2020. Causalidad y ventajas

Dos han sido las causalidades de los ERTEs tras la aprobación del RDley 8/2020:

- a) Causas de fuera mayor, acogidas a lo establecido en el artículo 22, basadas en la interrupción de la actividad por la declaración del estado de alarma.
- b) Causas económicas, técnicas, organizativas y de producción siempre que estas estén derivadas de los efectos de la COVID-19 (art. 23 del RDley 8/2020).

La declaración de un ERTE basado en la COVID-19 ha supuesto las siguientes ventajas sociales y económicas:

- a) **Para la empresa:**
 - i. El ahorro del coste salarial por la suspensión del contrato laboral con sus empleados.
 - ii. La exoneración de las cotizaciones sociales previstas 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, con diferente tratamiento para empresas pequeñas (menos de 50 trabajadores) de las medianas y grandes (más de 50 trabajadores)
- b) **Para los trabajadores:**
 - i. Acceso a la prestación por desempleo, aunque carezcan del período de ocupación cotizada mínimo necesario para ello.
 - ii. No computar el tiempo en que se perciba la prestación por desempleo de nivel contributivo que traiga su causa inmediata de las citadas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción establecidos.

4) ¿SE PUEDE INICIAR UN ERE O DESPIDO TRAS UN ERTE POR COVID-19?

La primera afirmación que realizar es que la regulación emanada desde la declaración de alarma en marzo de 2020 **NO IMPIDE LAS ULTERIORES** resoluciones de contratos, por EREs o resoluciones de contrato individuales.

No es menos cierto que limita este tipo de medidas a las siguientes situaciones (disposición adicional sexta del RDley 8/2020):

- a) 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, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo.
- b) En aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (referencia que debe entenderse realizada al artículo 5.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal).
- c) Adicionalmente, el compromiso del mantenimiento del empleo 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.

Esto es, además de la extinción ordinaria de una relación laboral, se establecen dos excepciones al compromiso de mantenimiento del empleo regulado por la disposición adicional sexta del RDley 8/2020:

- a) **Causas objetivas:** estar en riesgo de concurso, que de acuerdo con el artículo 2.3 del RDleg 1/2020 puede ser actual (*el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*) o inminente (*el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*). Recordar que de acuerdo con el artículo 5.1 del RDleg 1/2020: “El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual.”
- b) **Causas subjetivas:** el apartado 3 de la disposición adicional sexta del RDley 8/2020 abre el compromiso a “las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable”.

Dicho lo anterior, se han establecido otras limitaciones para el inicio de EREs o extinción de contratos individuales, tras la aplicación de EREs al amparo de la legislación emanada en relación con la crisis de la COVID-19, así el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, rechaza las causas de los EREs basados en los artículos 22 y 23 del RDley 8/2020 como válidas para la extinción del contrato de trabajo ni del despido. Esta limitación, por tanto, se aplicará tanto a los trabajadores afectados por EREs como al resto de la plantilla.

Como ya se ha indicado *dos son las restricciones* principales que asumen las empresas al iniciar un ERTE basado en los efectos de la COVID-19:

- a) Limitación a la distribución de dividendos (art. 5.2 del RDley 24/2020).
- b) Resolución del contrato de los trabajadores afectados en los seis meses siguientes a la finalización del ERTE. Para las empresas que se beneficien de las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones a partir de la entrada en vigor del RDley 24/2020, 27 de junio de 2020, esto es hasta el 27 de diciembre de 2020.

Tal y como se recoge en la regulación citada se trata de **limitaciones** y no de **restricciones legales de actuar**. Esto es, las empresas pueden iniciar o promover regulaciones de empleo que afecten a empleados incluidos en EREs, basados en la regulación COVID-19 antes citada.

Parece claro que, con independencia de la situación de la COVID-19 y de las medidas previas adoptadas por la empresa, la extinción de contratos que se puedan adoptar por la empresa deberá estar sujeta al Estatuto de los Trabajadores y por tanto se pueden acometer:

- a) Medidas de *extinción de contratos colectivos* de acuerdo con el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y de lo regulado en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.
- b) *Extinción individual de contratos* de trabajo de acuerdo con la regulación establecida en la Sección 4ª del Capítulo III (Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo) del Título I (De la relación individual de trabajo) del Estatuto de los Trabajadores.

Hay que tener en cuenta que la motivación de los EREs o despidos individuales que se aborden no podrán estar basados en los efectos de la crisis por la COVID-19.

Ahora bien, en el caso de las causas económicas será difícil deslindar los efectos de la crisis de la COVID-19 sobre las pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas (art. 51.1 del ET). Habrá que estar a:

- El fundamento de la comunicación recogida en el artículo 53.1.a del E.T., o la memoria exigida por el art. 3.2 y 4 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.
- La interpretación que los Tribunales de lo Social hagan de estas motivaciones y de los previsibles litigios que se abran tanto por los trabajadores, por oposición a las medidas, como por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) o las empresas en relación con la exoneración de cotizaciones en los EREs.

La realización de estas extinciones, contraviniendo el compromiso de estabilidad en el empleo citado, supondrá:

- a) Pérdida de los beneficios sociales de exoneración de cotizaciones sociales, con los recargos e intereses que resulten de aplicación, en la medida que:
- i. Afecten a trabajadores incluidos en los EREs.
 - ii. Las motivaciones de las extinciones (colectivas o individuales) se consideren asociada a la crisis de la COVID-19.
- b) Liberación de las restricciones al reparto de dividendos, establecidas en el artículo 5.2 del RDley 24/2020, en la medida que no existan exoneraciones aplicadas.



**DESPUÉS DE LOS EREs,
¿PUEDE HABER DESPIDOS O EREs?
Regulación en la situación actual de la COVID-19**

La figura del ERE y el ERTE no es nueva en nuestro Derecho Laboral, ya se incluyó en el Estatuto de los Trabajadores aprobado por la Ley 81/1980 de 10 de marzo.

No es menos cierto que la actual pandemia de la COVID-19 ha producido una regulación especial de las relaciones laborales con dos fines principales:

- a) Instrumentar las medidas necesarias para reducir el impacto en las empresas de las duras medidas restrictivas adoptadas.
- b) Mejorar la protección social a los trabajadores.

Pero esta regulación también ha venido acompañada de limitaciones a las empresas.

Corresponde a éstas decidir sobre la aplicación de las medidas ofrecidas, aprovechando la exoneración de cuotas sociales y limitando:

- Su libertad para la distribución de dividendos.
- La capacidad de extinguir contratos de trabajo en los 6 meses siguientes.

V&G Consultores, S.L.

Avenida de Castilla, 1 Oficina 9-12 (Edificio Best Point)
28830 San Fernando de Henares
Teléfono: 911 251 302

WEB: www.vgconsultores.es
Email: clientes@vgconsultores.es