

ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LAS MEDIDAS IMPLANTADAS EN EL ÁMBITO DEL COVID-19 PARA EL MANTENIMIENTO DE EMPLEO Y EVITAR LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO.

El Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, *por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19* señala en su Exposición de Motivos que entre las medidas contempladas en el RD Ley 8/2020 se recogía la flexibilización de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), tanto por causa de fuerza mayor, como en el supuesto de los derivados de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, con el fin de intentar paliar los efectos de la crisis sanitaria en el mercado laboral.

No obstante, el notable estancamiento que está registrando nuestro mercado laboral, unido al importante volumen de ERTE presentados, desde la declaración del estado de alarma, ponen de relieve la necesidad de arbitrar nuevas medidas e instrumentos que contribuyan a paliar los efectos de esta crisis sanitaria sobre las personas trabajadoras de nuestro país, por lo que este RD Ley 9/2020 se dedica a desglosar una serie de medidas que podemos intitular genéricamente como **“para el mantenimiento de empleo y evitar la destrucción de empleo.”**

Desglose de las medidas del RD Ley 9/2020 y valoración de las mismas.

A los efectos del trabajo realizado desde IURIS Corporate, el desglose de las medidas citadas es el siguiente:

1) Medidas extraordinarias para la protección del empleo (Art. 2).

“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”.

- (i) Conviene observar el tenor literal de este artículo que **se refiere exclusivamente** a la fuerza mayor y *las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción* de los art. 22 y 23 del RD Ley 8/2020.
- (ii) El artículo 22 justifica **la fuerza mayor** en la **pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19** (fuerza mayor indirecta) **y las derivadas de la declaración del estado de alarma** (fuerza mayor directa: 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), y el artículo 23 justifica las **causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que estén relacionadas con el COVID-19**.

- (iii) Lo anterior significa que si nos encontramos con causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que no estén relacionadas con el COVID-19, sí son de aplicación a los efectos de la extinción de los contratos, individual o colectivos del artículo 52 del ET; así, porque su causa no tenga relación (v. gr. un accidente o incidente en los procesos productivos, un incendio, etc...) o que sean previas (v. gr. pérdidas de los meses de enero y febrero que estén contrastadas, anunciadas o publicadas).

2) Medidas sobre reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo en los ERTE's (Art. 3)

Se trata de la modificación de las medidas previstas en el art. 25 del RD Ley 8/2020 en relación a las prestaciones por desempleo derivadas de los ERTE's de los Art. 22 (fuerza mayor) y 23 (causas económicas, organizativas o de producción).

“Medidas extraordinarias de desarrollo del artículo 25 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, para agilizar la tramitación y abono de prestaciones por desempleo.

1. El procedimiento de reconocimiento de la prestación contributiva por desempleo, para todas las personas afectadas por procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada basados en las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se iniciará mediante una solicitud colectiva presentada por la empresa ante la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, actuando en representación de aquellas.

Esta solicitud se cumplimentará en el modelo proporcionado por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y se incluirá en la comunicación regulada en el apartado siguiente.

2. Además de la solicitud colectiva, la comunicación referida en el apartado anterior incluirá la siguiente información, de forma individualizada por cada uno de los centros de trabajo afectados:

- a) Nombre o razón social de la empresa, domicilio, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social al que figuren adscritos los trabajadores cuyas suspensiones o reducciones de jornada se soliciten.
- b) Nombre y apellidos, número de identificación fiscal, teléfono y dirección de correo electrónico del representante legal de la empresa.
- c) Número de expediente asignado por la autoridad laboral.
- d) Especificación de las medidas a adoptar, así como de la fecha de inicio en que cada una de las personas trabajadoras va a quedar afectada por las mismas.
- e) En el supuesto de reducción de la jornada, determinación del porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual.
- f) A los efectos de acreditar la representación de las personas trabajadoras, una declaración responsable en la que habrá de constar que se ha obtenido la autorización de aquellas para su presentación.
- g) La información complementaria que, en su caso, se determine por resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

La empresa deberá comunicar cualesquiera variaciones en los datos inicialmente contenidos en la comunicación, y en todo caso cuando se refieran a la finalización de la aplicación de la medida.

3. La comunicación referida en el punto apartado anterior deberá remitirse por la empresa 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 comunicación se remitirá a través de medios electrónicos y en la forma que se determine por el Servicio Público de Empleo Estatal.

En el supuesto de que la solicitud se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, el plazo de 5 días empezará a computarse desde esta fecha.

4. La no transmisión de la comunicación regulada en los apartados anteriores se considerará conducta constitutiva de la infracción grave prevista en el artículo 22.13 del 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.

5. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de la remisión por parte de la autoridad laboral a la entidad gestora de las prestaciones de sus resoluciones y de las comunicaciones finales de las empresas en relación, respectivamente, a los expedientes tramitados conforme a la causa prevista en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo”.

- (i) En relación a esta medida, obsérvese que trata de agilizar la burocracia que previamente el propio RD Ley anterior ha creado partiendo de una situación de improvisación y urgencia, introduciendo la carga de trabajo en la empresa, en lugar de habilitar medidas de pago directo (como en las bajas por

enfermedad u otras) con independencia de la habilitación y traspaso de fondos necesarios entre los presupuestos de las diferentes administraciones u órganos implicados (v. gr. traspaso de fondos del sepe a la TGSS para el pago de las prestaciones por desempleo).

- (ii) Conviene incidir en la comunicación colectiva de la empresa, la obligación de comunicación de las modificaciones que se produzcan y de la finalización de la situación.
- (iii) El plazo de 5 días ha de entenderse, como todos los plazos administrativos a contar desde el día siguiente al de su presentación y hábiles, esto es, excluyendo festivos y sábados y domingos; **a los efectos de los ERTE's ya presentados antes del día 27 de marzo, el plazo de los 5 días para presentar la comunicación a SEPE finaliza el día 3 de abril.**
- (iv) Por último hay que atender a que **el plazo de la comunicación al SEPE es desde la solicitud del expediente de regulación temporal** de empleo en los supuestos de fuerza mayor (Art. 22 RD Ley 8/2020) o desde la fecha en que la empresa notifique a la autoridad laboral competente su decisión en el caso de los procedimientos regulados en el artículo 23 RD Ley 8/2020; esto no supone una ventaja efectiva para el trabajador si el SEPE no tramita directamente el pago de la prestación correspondiente (y eso está por ver, a no ser que el sistema se esté inclinando poco a poco por cuestiones de urgencia, eficacia y rapidez a aceptar en origen todos los ERTE's e inspeccionarlos después, solución para la cual se ha establecido el régimen sancionador especial que se analizará más adelante); en cambio sí puede producir un problema para la empresa si después hay una resolución expresa (incluso fuera del plazo de los cinco días de aprobación del ERTE de fuerza mayor por silencio positivo ex Art. 24 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

3) Suspensión de los contratos temporales.

El Art. 5 plantea la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales:

“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”

- (i) Obsérvese que ni se convierten en indefinidos, ni se prorrogan, el efecto es el de una suspensión que interrumpe el plazo de duración del mismo.

- (ii) En términos generales, **la suspensión del contrato de trabajo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo**, es decir, deja en suspenso la exigencia de los deberes principales de la relación de trabajo (prestación de servicios y pago de salario), con mantenimiento del vínculo entre las partes.
- (iii) En este caso, la norma se refiere a los contratos temporales que han quedado suspendidos por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto 8/2020, es decir, han sido incluidos en el ámbito de un ERTE al amparo del COVID-19. Se produce la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los períodos de referencia equivalentes al período suspendidos, por lo que cuando se levante la suspensión de dichos contratos temporales (a la terminación del ERTE) se reanudará el cómputo de la temporalidad en el momento en la que fue interrumpida.
- (iv) En este caso, al estar el trabajador con el contrato temporal de duración definida dentro del ERTE no sólo se produce la suspensión de su contrato de trabajo, sino que el trabajador (y en los casos de ERTE por caso de fuerza mayor) pueden acogerse al cobro de las prestaciones por desempleo y pagos de la Seguridad Social respectivamente.

4) Duración de los expedientes de fuerza mayor

La Disposición Adicional Primera establece la limitación de la duración de los expedientes temporales de regulación de empleo basados en las causas previstas en el artículo 22 del RD Ley 8/2020:

“La duración de los expedientes de regulación de empleo autorizados al amparo de las causas previstas en el artículo 22 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, 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.

Esta limitación resultará aplicable tanto en aquellos expedientes respecto de los cuales recaiga resolución expresa como a los que sean resueltos por silencio administrativo, con independencia del contenido de la solicitud empresarial concreta”

- (i) Se han comentado críticamente las disposiciones anteriores por defecto o por crear situaciones fuera del marco normativo establecido y crear lagunas a la hora de su aplicación (como en el caso de la suspensión de los contratos temporales), sin embargo en este caso nos encontramos con una disposición

que, a primera vista, podría resultar prescindible y que no aportaría nada nuevo, salvo una aclaración (“lo que abunda no sobra” ¿? ¿?) que resultaría reiterativa sobre la condición de fuerza mayor.

- (ii) La duración de cualquier ERTE se fija en la propia solicitud del mismo; no obstante esto, la condición de “fuerza mayor” como sustentadora o condicionante de cualquier relación jurídica es, por su propia esencia e interpretación restrictiva de la misma, aplicable en tanto y cuanto existe la causa de fuerza mayor.
- (iii) En la actual situación de crisis sanitaria originada por el COVID-19 hay diversas disposiciones normativas (locales, autonómicas y nacionales) que fundamentan una causa de fuerza mayor diferente (por fechas, no por alcances) generalmente relacionadas con el cierre o suspensión de actividades.

En todas ellas, terminada o levantada la prohibición de cada cual la causa de fuerza mayor se extingue por sí sola.

- (iv) Parecería que ocurre de igual manera con las causas de fuerza mayor concreta derivadas de los artículo 22 del RD Ley 8/2020; sin embargo hay un matiz que no es baladí, y es que las causas de la fuerza mayor de este artículo 22 no son sino la de la declaración del estado de alarma del RD 463/2020 más la pérdida de actividad originada por el COVID-19.

Esto significa que la “pérdida de actividad” como consecuencia del COVID-19 y como fundamento de la causa de fuerza mayor de un ERTE se termina con la finalización de la declaración del estado de alarma o sus prórrogas, aunque la situación de pérdida de actividad originada por el COVID-19 persista.

- (v) Llegado ese momento, la empresa deberá de valorar la pérdida de actividad subsistente y plantear, en su caso un nuevo ERTE por causas económicas, productivas u organizativas, según el caso.

5) Régimen sancionador y reintegro de prestaciones indebidas.

La Disposición Adicional Segunda establece:

- a) las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes,
- b) será sancionable igualmente, 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,

c) el reconocimiento indebido de prestaciones a la persona trabajadora por causa no imputable a la misma, como consecuencia de alguno de los incumplimientos anteriores, dará lugar a la revisión de oficio del acto de reconocimiento de dichas prestaciones,

d) las revisiones de las prestaciones realizadas de oficio, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda, darán lugar a que 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,

e) la obligación de devolver las prestaciones anteriores, en cuanto sanción accesoria, será exigible hasta la prescripción de las infracciones.

Este régimen sancionador establecido *ad hoc* contiene algunas cuestiones que conviene analizar, a la espera de su evolución interpretativa por la propia autoridad sancionadora en su momento:

- (i) la existencia del propio régimen, como señalábamos en relación a las comunicaciones de los ERTE's al SEPE, parece indicar que, dada la urgencia e imprevisión de las medidas, y celeridad necesaria la protección de los trabajadores afectados por esas medidas, pueda producirse una cierta aplicación "automática" de los ERTE's por su mera solicitud (sin perjuicio de la actuación de la Inspección de Trabajo con su informe que pudiera servir para detectar situaciones y/o casos groseros o de difícil justificación a primeras),
- (ii) pueden distinguirse como comportamientos sancionables las manifestaciones falsas o incorrectas, la solicitud de medidas no necesarias o no conexas con el COVID-19,
- (iii) en el caso de que el trabajador, por conducta de la empresa, haya percibido indebidamente prestaciones, éstas no serán reclamadas al trabajador, sino que tendrán que ser devueltas por la empresa como sanción accesoria a la que corresponda a los actos que las hayan facilitado (las manifestaciones falsas o incorrectas, la solicitud de medidas no necesarias),
- (iv) ahora bien, conviene distinguir en que si el reintegro de las cantidades anteriores viene determinado por revisión de oficio del acto de reconocimiento de dichas prestaciones puede conllevar la responsabilidad administrativa o penal que legalmente corresponda, y las consecuencias económicas derivadas de las mismas como recargos, intereses y demás (de forma análoga a la que se produjo con las subvenciones a la creación de

empleo de hace unos años cuando no se cumplían los niveles de empleo concurrentes al momento de su concesión), situación que tiene un enfoque diferente si, en el caso de producirse por error un reconocimiento no debido de la prestación correspondiente se regulariza a instancia de la empresa.

6) Fecha de efectos de las prestaciones por desempleo.

La Disposición Adicional Tercera establece la fecha de efectos de las prestaciones por desempleo derivadas de los procedimientos basados en las causas referidas en los artículos 22 y 23 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:

- a) la fecha de efectos de la situación legal de desempleo en los supuestos de fuerza mayor será la fecha del hecho causante de la misma,
 - b) cuando la suspensión del contrato o reducción de jornada sea debida a la causa prevista en el artículo 23, la fecha de efectos de la situación legal de desempleo habrá de ser, en todo caso, coincidente o posterior a la fecha en que la empresa comunique a la autoridad laboral la decisión adoptada, y
 - c) la causa y fecha de efectos de la situación legal de desempleo deberán figurar, en todo caso, en el certificado de empresa, que se considerará documento válido para su acreditación.
- (i) El contenido de esta disposición adicional no viene sino a confirmar que la fecha de la causa de fuerza mayor va implícita con la propia condición de fuerza mayor. Esto está muy claro cuando la causa de fuerza mayor está originada por normativa (local, autonómica o nacional) que cierra, suspende o imposibilita una actividad (por ejemplo, por todas, el RD 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19).
- (ii) Sin embargo, lo anterior no puede ser de aplicación pero para los casos en que se fundamenta la causa de fuerza mayor en la “pérdida de actividad originada por el COVID-19” ya que esta no tiene per se una fecha exacta y resultará imprescindible acudir, por analogía, a lo previsto para el caso de los ERTE’s del artículo 23, esto es, que la situación legal de desempleo habrá de ser, en todo caso, coincidente o posterior a la fecha en que la empresa comunique a la autoridad laboral la decisión adoptada.

7) Ampliación a los expedientes de regulación de empleo anteriores.

La Disposición Final Primera modifica el RD Ley 8/2020 para *establecer que* “las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones y protección por desempleo previstas en los artículos 24 y 25 serán de aplicación 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”

- (i) Esto viene a significar que a los ERTE`s iniciados por causa de fuerza mayor con ocasión de los cierres, suspensiones y otras medidas sobre las actividades provocados 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, o la ORDEN 367/2020, de 13 de marzo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad de Madrid como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19) o cualquiera otra anterior en el marco de las CCAA les son de aplicación las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones y protección por desempleo previstas en los artículos 24 y 25 del RD Ley 8/2020.
- (ii) De igual manera, son de aplicación las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones y protección por desempleo previstas en los artículos 24 y 25 del RD Ley 8/2020 a los ERTE`s por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción derivados del COVID-19 que se hubieren podido producir con anterioridad al 17 de marzo, que generalmente vendrán como consecuencia de lo que hasta esa fecha podría ser considerada “fuerza mayor indirecta” creada por el cierre o suspensión de terceros que afectaran a los procesos de producción de la empresa solicitante o por falta de suministros que impidiera gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o adopción de medidas de contención (no impuestas legalmente, pues estaríamos en causa de fuerza mayor), y ello siempre que pueda resultar acreditada la vinculación al COVID-19.