

Villanueva 13, 1º
MADRID 28001 España
Tel. 91 702 26 52
Fax. 91 308 34 14

www.aefabogados.com

ALEMANY, ESCALONA & DE FUENTES
ABOGADOS

¿Se puede despedir después de un ERTE?

*Seminario virtual
24 de junio de 2020*

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Los ERTE por fuerza mayor derivados del Covid 19. Compromiso del mantenimiento del empleo: concepto y evolución normativa

1.- Doble punto de partida:

- **Principios inspiradores de la reforma laboral del año 2012.**
- **Situación de absoluta excepcionalidad derivada 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.

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Los ERTE por fuerza mayor derivados del Covid 19. Compromiso del mantenimiento del empleo: concepto y evolución normativa

2.- Regulación del ERTE por Fuerza Mayor derivado del Covid 19:

- a) **Real Decreto-Ley 8/2020**, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y posterior desarrollo normativo.

<https://www.aefabogados.com/medidas-de-flexibilizacion-de-los-mecanismos-de-ajuste-temporal-de-actividad-derivados-del-covid-19/>

- b) **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.

<https://www.aefabogados.com/medidas-complementarias-en-el-ambito-laboral-para-paliar-los-efectos-del-covid-19/>

- c) **Real 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.

- d) **Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril**, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo

<https://www.aefabogados.com/nuevas-medidas-complementarias-para-apoyar-a-la-economia-y-al-empleo-e-incidencia-en-la-actividad-de-la-inspeccion-de-trabajo-y-seguridad-social/>

- e) **Real Decreto-Ley 18/2020**, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo

<https://www.aefabogados.com/medidas-sociales-en-defensa-del-empleo-ante-la-evolucion-de-la-crisis-sanitaria-derivada-del-covid-19/>

- f) **Criterios de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social**: 811bis de 19 de marzo de 2020; 850 de 1 de abril de 2020; 827 de 1 de mayo de 2020 y 962 de 18 de mayo de 2020.

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Los ERTE por fuerza mayor derivados del Covid 19. Compromiso del mantenimiento del empleo: concepto y evolución normativa

3.- Particularidades del ERTE por Fuerza Mayor derivado del Covid 19 (I):

- Delimitación “*numerus clausus*” de las causas que lo motivan:
 - Casos en los que, por imperativo de la declaración de estado alarma, han sido suspendidas o canceladas forzosamente determinadas actividades o se ha procedido al cierre de locales.
 - Motivos de salud pública.
 - Limitaciones de movilidad de las personas.
 - Paralización de la actividad de las empresas por razón de **limitaciones de movilidad de las mercancías y la falta de suministros** que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad.
- Procedimiento similar al previsto en el artículo 47.3 ET y el título II del RD 1482/2012 con algunas características propias.

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Los ERTE por fuerza mayor derivados del Covid 19. Compromiso del mantenimiento del empleo: concepto y evolución normativa

3.- Particularidades del ERTE por Fuerza Mayor derivado del Covid 19 (II):

- Condicionantes fiscales y tributarios.
- Aplicación de exención de **cuotas empresariales a la Seguridad Social**:
 - Régimen previsto para el periodo marzo/abril de 2020: 100% exención para empresas <50 empleados y 75% para empresas =/>50 empleados.
 - Régimen previsto para el periodo mayo/junio 2020.
 - Posibilidad de prórroga de las exenciones.

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Los ERTE por fuerza mayor derivados del Covid 19. Compromiso del mantenimiento del empleo: concepto y evolución normativa

3.- Particularidades del ERTE por Fuerza Mayor derivado del Covid 19 (III): El compromiso del mantenimiento del empleo:

- Regulación inicial del 18 de marzo: primitivo texto de la D.A. 6ª del RD-L 8/2020:

*“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**”*

- Primera enmienda en el RD-L 11/2020.
- Segunda enmienda mediante D.F. 1ª.3 del RD-L 18/2020 que deriva del acuerdo tripartito entre Gobierno, Asociaciones Empresariales y Sindicatos de 8 de mayo de 2020.

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Interpretación del Compromiso de Mantenimiento del Empleo

Compromiso genérico RDL 8/2020 de Salvaguarda del empleo (DA 6ª)

- **Ámbito**: Las “*medidas extraordinarias*” aplicaban tanto al ERTE de Fuerza Mayor (FM) como por causas Económicas, Técnicas, Organizativas y Productivas (ETOP) por Covid-19.
 - Si se pretendía despedir era recomendable tramitar ERTes con base en normativa habitual (RD 1483/2012) sin especificidades del RD-L8/2020. [Oficio DGT 11-4-2020 sólo ref. ERTE FM].
- **Alcance**: Mantener el empleo “*en la empresa*”.
 - Se podría compensar despidos con nuevos contratos entre distintos centros de trabajo de una misma empresa, siempre que se mantenga el volumen de empleo [Oficio DGT 29-4-2020 no volumen/nivel].
- **Duración**: *Dies a quo* de los seis meses, desde “*reanudación de la actividad*”.
 - Cuando termine el estado de alarma (FM) o fecha pactada (ETOP).

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Interpretación: Ámbito, alcance y duración (I)

Configuración definitiva (¿?) RDL 18/2020.

La disposición adicional sexta del RDL 8/2020 queda redactada como sigue:

*“1. 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**, entendiendo 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.**”*

- Ámbito: limitado al ERTE FM (no al ERTE ETOP).
- Alcance:
 - Personal, respecto de los trabajadores “afectados”.
 - Nominativo, no es posible sustituir a un trabajador por otro en el mismo puesto aunque se mantenga el volumen de empleo.

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Interpretación: Ámbito, alcance y duración (II)

- Duración:

6 meses “**desde** la fecha de reanudación de la actividad...aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla”

- “Desde”, qué *dies a quo* considerar:
 - i. Desde **cada empleado**/Nominativo: es individual para el cese de cada trabajador desde que deje de estar afectado por medida de suspensión o reducción de jornada por ERTE FM.
 - ii. Desde **el primer desafectado**: desde la desafectación parcial del ERTE por FM, aunque la desafectación afecte a un único trabajador. [Acuerdo social CEOE]
- ¿Desafectación parcial en sentido literal? i.e. si reintegro parte del % de jornada en los empleados afectados con medidas de reducción de jornada
- Máxima garantía de cumplimiento, con la comunicación de la renuncia total a la Autoridad Laboral [Oficio DGT 17-6-2020].

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Interpretación: negociación entre agentes sociales y Gobierno

- Documento del Gobierno sobre prórroga de los ERTES que se ha sometido a consulta de los agentes sociales (CEOE, CEPYME y UGT, CCOO):
 - ERTES de FM se prorrogan como máximo hasta el 30 de septiembre.
 - Se mantiene la FM Total de aquellos ERTES correspondientes a actividades que no pueden reabrir o tienen grandes limitaciones.
 - Se extiende el compromiso de mantenimiento del empleo, en su formulación actual, a las empresas beneficiarias de exoneraciones en ERTES por causas ETOP COVID. Para las empresas que se benefician por vez primera de dichas medidas el plazo de 6 meses empieza a computarse desde la entrada en vigor de este nuevo Real Decreto-ley.
 - Exoneraciones de cotizaciones aplicables los meses de julio, agosto y septiembre para ERTES por causa de fuerza mayor que se prorrogan, y ERTES ETOP que, o bien son transformación de fuerza mayor a ETOP, o bien se negociaron conforme al artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020 antes de la entrada en vigor de este nuevo Real Decreto-ley:

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Interpretación: negociación entre agentes sociales y Gobierno

- i. Para trabajadores que vuelven a la actividad:
 - *Empresas de menos de 50 trabajadores: [65%]*
 - *Empresas de 50 o más trabajadores: [45%]*
 - ii. Para los trabajadores que permanecen en el ERTE:
 - *Empresas de menos de 50 trabajadores: [40%]*
 - *Empresas de 50 o más trabajadores: [30%]*
- Las exenciones se aplicarán previa presentación de una declaración responsable respecto de cada código de cuenta de cotización.

Recomendación: cautela en la comunicación de datos

Recordatorio el RD-L 15/2020 reforzó los mecanismos de control y sanción. Se modificó: (i) el art. 23.1 c) LISOS al incluir como tipo infractor muy grave el “*facilitar, comunicar o consignar datos falsos o inexactos que den lugar al disfrute indebido de prestaciones*”. Riesgo de falta muy grave y (ii) art. 43 LISOS sobre Responsabilidad empresarial en caso infracción art. 23.1c “*la empresa responde directamente de la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por la persona trabajadora siempre que no concurra culpa o dolo de esta*”.

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Interpretación: Contenido

*“2. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el **despido o extinción de los contratos** de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes.*

- Contenido: Obligacional
 - Evolución progresiva, manifestación de voluntad inicialmente (exposición motivos de RD L9/2020, 11/2020). Cada vez más obligacional (Oficios 7-4, 11-4, 29-4).
 - La obligación/compromiso **se incumple** en caso de:
 1. Despidos (¿disciplinarios, objetivos, colectivos?)
 2. Extinción de contratos (derivados de MSCT, movilidades geográficas).
- Excepciones (ref. párrafo 2 apartado 2) y Exclusiones (ref. apartados 3 y 4)

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Interpretación: Exclusiones

Supuestos en los que se excluye a las empresas del compromiso:

“3. Este 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.**”

“4. No resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo 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”.

A. Por sectores, en las empresas con “*alta variabilidad o estacionalidad en el empleo*”.

[RD 11/2020: eventos, espectáculos, artes escénicas, cine, musicales...]

B. Por “*riesgo*” de concurso de acreedores. [Art. 5.2 y Presunción del art. 2.4 Ley 22/2003]

- Sobreseimiento en el pago corriente de obligaciones del deudor.
- Existencia de embargos por ejecuciones pendientes.
- Alzamiento o liquidación de bienes por deudor.
- Incumplimiento generalizado de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses previos a la solicitud del concurso, de pago de cuotas a la Seguridad Social, indemnizaciones o salarios correspondientes a las tres últimas mensualidades.

[Fórmulas genéricas, no hay seguridad jurídica. Esperar a nuevos Oficios o nuevo RD-L].

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Incumplimiento del compromiso y consecuencias derivadas del mismo

1.- ¿Cuándo se considera incumplido el compromiso?:

“2. (...)

No se considerará incumplido dicho compromiso 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. 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.” (DA6º RDL 8/2020)

1.1.- Incumplimiento:

- Despido (objetivo procedente o improcedente, disciplinario improcedente).
- Extinción de los contratos de los trabajadores afectados por ERTE de Fuerza Mayor (¿temporales fraude de ley, MSCT, movilidad geográfica, art. 50 ET?)

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Incumplimiento del compromiso y consecuencias derivadas del mismo

1.- ¿Cuándo se considera incumplido el compromiso?:

1.2.- Cumplimiento:

- ERTES
- Trabajadores no afectados por ERTE FM o trabajadores ERTE ETOP
- Despido disciplinario declarado procedente
- Baja voluntaria
- Muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador
- Fin del llamamiento de los fijos discontinuos (salvo que suponga un despido)
- Contratos temporales:
 - (i) expiración del tiempo convenido
 - (ii) realización de la obra o servicio
 - (iii) imposibilidad de realizarse de manera inmediata la actividad objeto de contratación
- Empresas en riesgo de Concurso de Acreedores

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Incumplimiento del compromiso y consecuencias derivadas del mismo

2.- ¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento del mismo?:

“5. Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.” (DA6º RDL 8/2020)

- Actuación Inspección de Trabajo y Seguridad Social: acreditación incumplimiento y determinación cantidad a reintegrar
- Reintegro de la totalidad de las cotizaciones exoneradas + recargo + intereses demora
- NO anula el ERTE y NO alcanza a las prestaciones por desempleo

3.- ¿Cuál es el alcance del reintegro de las cotizaciones?

- La *“totalidad”* del importe de las cotizaciones exoneradas por los trabajadores afectados por el ERTE de FM + recargo + intereses demora
 - *¿lo determinará la ITSS? ¿lo modularán los Tribunales por razones de proporcionalidad?

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Incumplimiento del compromiso y consecuencias derivadas del mismo

– ¿Sanciones? ¿LISOS?

- Principio legalidad (art. 25 LRJSP):

“1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (...)”

- Principio de tipicidad (art. 27 LRJSP):

“1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, (...).

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.”

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Incumplimiento del compromiso y consecuencias derivadas del mismo

- Infracción Grave en materia de seguridad Social (art. 22.9 LISOS):

“9. 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, salvo que se trate de bonificaciones de formación profesional para el empleo y reducciones de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral, en la que se entenderá producida una infracción por cada empresa y acción formativa.”

- Sanción, cuantía y extensión de la misma (art.40.1.b LISOS):
 - Multa
 - En su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros
 - Por cada trabajador

¿Es posible despedir después de un ERTE?

Incumplimiento del compromiso y consecuencias derivadas del mismo

4.- ¿Tendrá el incumplimiento del compromiso efecto sobre la calificación del despido?:

- ¿Vinculación del incumplimiento a la calificación del despido?
- ¿Efecto nulo vs improcedencia del despido vs nulidad del despido?
- ¿Indemnización daños y perjuicios expectativa de derecho?
- NO confundir con la prohibición de despedir por causas relacionadas por COVID 19 hasta el 30/6/2020 (art. 2 y DF3ª RDL 9/2020).



Villanueva 13, 1º
MADRID 28001 España
Tel. 91 702 26 52
Fax. 91 308 34 14

www.aefabogados.com

ALEMANY, ESCALONA & DE FUENTES
ABOGADOS

Muchas gracias

*Seminario virtual
24 de junio de 2020*
