

Doctrina

Título: ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO A LOS ERTES Y ASPECTOS LABORALES DERIVADOS DE LOS RDL 9, 8 Y 6/2020

Autores: Gemma Fabregat Monfort, Carlos Alfonso Mellado

Fecha: 28/03/2020

Voces sustantivas: Accidente de trabajo, Conflictos colectivos, Fraudes, Incapacidad, Inspección de trabajo, Libertades públicas, Pareja de hecho, Prestaciones de la seguridad social, Procedimiento administrativo, Sanciones administrativas, Seguridad y salud laborales, Silencio administrativo, Seguridad social, Asamblea general, Baja en la seguridad social, Base reguladora, Caducidad, Consejo rector, Contratación temporal, Cotización, Cotización a la seguridad social, Despido colectivo, Domicilio, Entidades gestoras, Fuerza mayor, Incapacidad temporal, Iniciación del procedimiento, Jubilación, Maternidad, Nacimiento, Ocupación efectiva, Período de carencia, Plazo de prescripción, Prestación por desempleo, Principio de legalidad, Procedimiento administrativo común, Razón social, Reducciones de jornada, Representantes de los trabajadores, Resoluciones administrativas, Retroactividad, Seguridad y salud, Seguridad y salud laboral, Servicio público de empleo estatal, Servicios de prevención, Socios de cooperativas, Teletrabajo, Trabajadores autónomos, Trabajadores por cuenta ajena, Trabajo por cuenta propia, Cambio de centro de trabajo, Causas económicas, Causas productivas, Centro de trabajo, Contratos temporales, Declaración jurada, Desistimiento, Fuerza mayor, Infracciones graves, Período de consultas, Plazos, Plazos de prescripción, Pluriactividad, Prestaciones por desempleo, Programas informáticos, Puestos de trabajo, Riesgo grave e inminente, Riesgos laborales, Salario, Segundo grado, Tutela de los derechos fundamentales

Voces procesales: Medidas cautelares, Medios de prueba, Conexión, Plazos procesales, Principio de legalidad, Órgano competente

TEXTO:

1. Cuándo podemos acudir al ERTE por fuerza mayor:

Hay que ver como lo va a aplicar la Administración, pero en nuestra opinión hay casos claros:

a) Todas las actividades expresamente citadas en el RD del estado de alarma que deben cesar en su actividad, incluidos los talleres mecánicos salvo en servicios a transportistas. Debe entenderse que el cierre procede en las actividades afectadas por ejemplo no en restauración cuando el servicio es a domicilio o puede organizarse la actividad de forma no presencial. Se

comprenden las educativas privadas en las mismas circunstancias (escuelas de música, de deporte, idiomas, autoescuelas, etc.).

- b) Otras actividades que deben cesar por decisión gubernativa o sanitaria.

- c) Actividades que deben cesar por causas de falta de suministros o problemas que impidan la producción por dificultades de movilidad

- d) Riesgo grave e inminente de contagio por coronavirus que conduzca a la paralización de las actividades por decisión de las autoridades de salud laboral o de los órganos en la materia de la empresa (se aconseja comunicarla a los servicios autonómicos de seguridad y salud laboral y solicitar su ratificación).

Por el contrario es claro que otros casos no quedan comprendidos como por ejemplo:

- a) Actividades sanitarias incluidas las dentales y similares. No están obligadas al cierre y salvo alguno de los supuestos anteriores si se resiente su actividad es por causas de bajada en la demanda luego son causas productivas.

- b) Actividades productivas no obligadas al cierre, si suministran a establecimientos no cerrados, aunque sea parcialmente, y no tienen líneas, centros o servicios diferenciados, es claro que no están obligadas a la paralización y por tanto la caída de demanda se deberá a causas productivas.

A su vez hay supuestos dudosos, en concreto cuando una empresa produce para establecimientos cerrados y abiertos y tiene líneas de producción, centros de trabajo, servicios o personal diferenciado para unos y otros. En este caso pensamos, aunque no es seguro, que las líneas, personas, centros, servicios, etc. destinados exclusivamente a clientes obligados al cierre, podrían ser actividades afectadas por la situación de fuerza mayor, no así las dedicadas a otros clientes. En este caso habría que demostrar la diferenciación indicada.

Por ejemplo, empresa que produce para restauración y comercios de alimentación o distribuye a unos y otros, dependerá la solución de que pueda demostrar que hay líneas, personas, servicios o centros dedicados diferenciadamente o no. Si los hay entendemos que en los que suministren a la actividad cerrada podría existir fuerza mayor, pero no en los otros o si no hay diferenciación.

Si la empresa produce exclusivamente para clientes obligados al cierre o es contratista de estos entendemos que debería aceptarse que le afecta la fuerza mayor al trabajar exclusivamente para actividades cerradas.

2. Puede una empresa tramitar dos ERTES, uno por fuerza mayor y otro por causas productivas:

Si afectan a personas diferentes sí y es más debe hacerlo pes las causas y procedimientos son distintos.

Incluso puede hacerse sucesivamente si se tramita ERTE por fuerza mayor y se deniega.

Incluso en nuestra opinión en supuestos dudosos podría tramitarse ERTE por fuerza mayor e iniciarse ya los trámites del ERTE por causas productivas por si se deniega el anterior, no parece imposible y vista la excepcionalidad de la situación debería admitirse, teniendo en cuenta además que antes del fin del periodo de consulta del ERTE por causas productivas debe conocerse la resolución del ERTE por fuerza mayor.

3. Qué trabajadores deben incluirse en la solicitud del ERTE:

Todos los que potencialmente deben verse afectados, incluidas situaciones de maternidad, IT, contratación temporal, fijos discontinuos en periodo de actividad, etc. Es posible que algunos no cobren prestaciones de desempleo de momento, pero en principio deben incorporarse pues no sabe la evolución de la situación.

Además la situación de alarma no justifica el fin de los contratos ni el fin de la campaña para los trabajadores de temporada.

Los contratos temporales quedarán interrumpidos si los trabajadores afectados por los mismos son incluidos en el ERTE y finalizado el mismo continuarán por el tiempo restante, teniendo en cuenta que el tiempo del ERTE no computa como duración de los mismos.

Para los trabajadores no incluidos en el ERTE el empresario sigue obligado a darles ocupación efectiva, salvo que pacte con ellos otras situaciones, y a pago de salarios y cotización a la seguridad social.

Posiblemente no deben incluirse los excedentes con reserva del puesto pues al no estar en activo su actividad no puede suspenderse ni reducirse, sin perjuicio de que si retornasen se solicite un nuevo ERTE para ellos.

Lógicamente si ni siquiera tienen reserva del puesto no se incluyen.

Tampoco tiene sentido incluir a becarios, administradores societarios y similares, pues aunque se cotice por ellos no son trabajadores laborales, ni percibirán normalmente prestaciones por desempleo.

Por supuesto no se incluyen a los trabajadores de contratas o ETT, serán sus empresas las que en su caso tramitarán sus ERTES y alegarán la fuerza mayor si su cese es como consecuencia del cierre por esa causa de la empresa principal o usuaria o causa productiva o de otro tipo según la situación en que se encuentren.

4. Qué ocurre si pienso que posteriormente puedo necesitar algunos trabajadores pero no lo puede concretar:

Pueden incluirse en el ERTE pues luego no hay mayor problema en recuperarlos. La posibilidad de no utilizar toda la medida inicialmente solicitada está admitida expresamente, basta ver 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, en su Disposición final segunda modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo para permitir variaciones en la solicitud inicial que deben comunicarse previamente a su realización, en concreto en el art, 22.1 d) del citado RD 625 se incluye el siguiente párrafo: "Cuando se produzcan variaciones en los datos inicialmente contenidos en la comunicación sobre la aplicación de las referidas medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada, la empresa deberá comunicar dichas variaciones con carácter previo a que se produzcan".

El RDL 9/2020, publicado en el BOE del 28 de marzo, lo confirma cuando establece la obligación de comunicar al SEPE las variaciones sobre la comunicación inicial dirigida al mismo comunicando las medidas adoptadas (art.3.2 RDL 9/2020).

De hecho la posibilidad de esas variaciones está prevista igualmente en la LISOS que considera infracción administrativa hacerlas sin previa comunicación al SEPE, concretamente puede ser infracción grave (22.13) o muy grave (23.1.j. LISOS).

5. Pueden revisarse a posteriori los ERTES:

Sí, así lo prevé la Disposición adicional segunda del RDL 9/2020, que considera infracción administrativa en el orden social, las solicitudes presentadas por la empresa que contuvieran falsedades o incorrecciones los datos facilitados darán lugar a las sanciones correspondientes, así como 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. Esas conductas se sancionan conforme a las infracciones previstas en el RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto que aprobó el Texto Refundido de la LISOS.

En esos casos la empresa además de la sanción administrativa deberá abonar al trabajador los salarios dejados de percibir descontando de ellos -con el límite de los mismos -, las prestaciones de desempleo percibidas del ERTE que se consideran indebidas y debe reintegrar la empresa.

Esto se considera como sanción accesoria sujeta al plazo de prescripción de la propia infracción, normalmente cuatro años al amparo del art, 4.2 LISOS.

Lógicamente también deberá devolver, en su caso, las cantidades no cotizadas pro disfrutar indebidamente de una exoneración de cotización cuando se haya producido la misma.

Las infracciones que podrían producirse en toda esta materia serían normalmente y según los casos, las previstas en los artículos 22.9 ó 22.13 (graves), 23.1.c) y 23.1.g) (muy graves) LISOS.

En todo caso no parece revisable algún mero defecto en la tramitación que no suponga falsedad ni conduzca a prestaciones indebidas, como tampoco nos parece revisable la consideración jurídica de si la causa debió enmarcarse en fuerza mayor o causa distinta, siempre que exista causa para la medida y la empresa hubiese aportado los datos y justificaciones correctos, especialmente en los supuestos dudosos al respecto.

6. Cómo justifico la fuerza mayor:

Si es una actividad de las obligadas al cierre es muy simple pues se presume existente la fuerza mayor y bastará con demostrar la actividad de la empresa y que está obligada al cierre.

Si el cierre es por riesgo para la seguridad y salud, deberá acreditarse el acuerdo de los órganos competentes al respecto.

Si es por otras causas, falta de suministro, dependencia de actividades cerradas, etc. deberá acreditarse esa circunstancia y su vinculación con el COVID.

Bastan documentos simples pes la causa puede ser bastante evidente en la mayor parte de los casos.

7. Cómo justifico que he notificado el ERTE por fuerza mayor a los trabajadores:

A la vista de las dificultades que puede existir para ello, basta cualquier sistema (SMS, correo electrónico, avisos por telefonía móvil, etc.). Al extremo una certificación del propio empresario concretando que se realizó la comunicación y algún medio de prueba, firma del algún trabajador, copia del correo, etc.

8. Hay periodo de consultas en los ERTES por fuerza mayor:

No, no lo prevé la normativa. Bastan las comunicaciones a trabajadores y autoridad laboral.

.9. Cómo justifico las causas productivas o distintas de la fuerza mayor:

Sirve al efecto cualquier documentación razonable y la memoria deberá explicar la causa y su relación con el COVID. Pueden bastar cartas de proveedores, documentación que justifique la caída de actividad, cierre de clientes, etc. La excepcionalidad de la situación justifica, en nuestra opinión, que la documentación sea la básica para acreditar la causa, y la razonabilidad de las medidas solicitadas.

Es más, debe recordarse que la documentación económica no se exige si el ERTE se plantea por causas técnicas, organizativas o productivas (que será lo más normal⁹, sino solo cuando se aleguen causas económicas.

10. Debo desistir de ERTES solicitados con anterioridad al RDL 8/2020:

Si son por fuerza mayor es innecesario. La tramitación y plazos son prácticamente idénticos y las medidas excepcionales sobre no cotización y no cómputo de desempleo y concesión del desempleo sin periodo de carencia se aplican en todos los casos. Igualmente, pues estaba prevista en la normativa anterior al RDL 8/2020 con carácter general, la retroactividad de la fecha de efectos al momento en el que se produjo la fuerza mayor.

Si son por causas productivas la única diferencia es la tramitación que es más rápida en los ERTES acogidos al RDL, por lo que deberá valorarse los días que se pierden al desistir de la previa solicitud y los que se ganan al acogerse a una tramitación más veloz; en muchos casos la diferencia será inapreciable.

11. Que duración tienen las medidas decididas en el ERTE:

En principio las medidas pueden extenderse todo lo que dure el estado de alarma o la situación extraordinaria derivada del COVID y así debe hacerse constar en la documentación y solicitud, con independencia de que los programas informáticos de tramitación nos pidan fechas concretas. La duración es clara conforme al art. 28 RDL 8/2020 y confirmada en el RDL 9/2020.

El plazo general de todo el RDL 8/2020, es inicialmente de un mes, disposición final décima del mismo, plazo que podemos tomar como simple referencia, y que se confirma relativamente por la extensión de sus efectos hasta el 12 de abril, conforme al acuerdo del Congreso publicado en el BOE de 28 de marzo.

Debe tenerse en cuenta que el momento inicial es el del impacto de la fuerza mayor que puede ser coincidente o posterior al estado de alarma y el momento final es el fin del estado de alarma (Disposición adicional primera del RDL 9/2020), incluso aunque hayamos pedido otra fecha final y se considere aprobado el ERTE por silencio administrativo).

En los ERTES por causa productiva, no hay efectos retroactivos y la fecha final es la misma que acabamos de concretar. La fecha inicial se sitúa en un momento coincidente o posterior - según lo que decida el empresario - a la comunicación de las medidas a los representantes y autoridad laboral finalizado el periodo de consultas.

En ambos casos - fuerza mayor y otras causas - si finalizado el plazo previsto se siguen necesitando medidas de regulación de empleo, parece que debe tramitarse un nuevo ERTE (en su caso ERE), pero sujeto ya a la normativa general o a la que se prevea como vigente en ese momento.

12. Quien representa a los trabajadores en el periodo de consultas:

En los ERTE por fuerza mayor no hay periodo de consulta, en los restantes sí.

Si hay representantes de los trabajadores en la empresa, ellos son quienes los representan, pero si nos acogemos a las medidas especiales, se acelera el periodo, la comisión ha de estar compuesta en 5 días y el periodo de consultas dura como máximo 7 días, reglas que se aplican igualmente en los supuestos que a continuación se exponen.

Si no hay representantes hay que dirigirse a los sindicatos que negociaron el convenio sectorial que se aplique a la empresa, y la comisión se compone por un representante por sindicato, aunque luego voten en atención a su representatividad.

A este efecto la empresa puede solicitar la designación de representantes en cualquier sede de esos sindicatos que resulte razonable en atención al ámbito del ERTE, por ejemplo sedes locales, provinciales, autonómicas, etc., y convocarles a una primera reunión. Puede hacerlo por cualquier medio que luego pueda demostrar, por ejemplo correo electrónico o similar.

No puede prescindirse de esta posibilidad bajo ningún concepto, pero si algún sindicato legitimado y, sobre todo si es mayoritario, contesta que no va a participar será imposible constituir la comisión sindical.

Si no se produce designación por los sindicatos, son los propios trabajadores los que al amparo del art, 41.4 ET designan una comisión de tres trabajadores. La empresa debe instar a los trabajadores para esa designación y para acelerar aconsejamos que lo haga simultáneamente a la petición a los sindicatos y aclarando que es por si estos no designan. La comunicación se puede hacer llegar a los trabajadores por cualquier medio razonable y es una comisión única aunque haya varios centros afectados.

Si no se produce designación la empresa ha cumplido acreditando que la solicito y se entenderá que no pueden producirse las consultas por falta de interlocutores.

Al tratarse de comisión única por empresa, si es que las medidas se plantean en el ámbito de la empresa, de contar esta con centros con y sin representantes, se entiende conforme al art,. 41.4. que el periodo de consultas puede desarrollarse con los representantes de los centros que cuentan con ellos en los términos establecidos en el citado precepto.

13. Con un solo trabajador puede plantearse un ERTE:

El RDL no distingue, por lo tanto, en principio debe entenderse que sí.

De hecho las normas se encargan de reiterar que el procedimiento se aplica cualquiera que sea el número de afectados (art. 47 ET y RD 1483/2012).

14. Puede pedirse diferentes medias en un ERTE o solicitar que afecte solo a parte de la plantilla:

Sí, pues las medidas deben ser las necesarias para superar la situación y por tanto es posible pedir que afecte solo a algunos trabajadores e incluso pedir que la afectación sea diferente, por ejemplo, periodos diferentes o suspensión para unos y reducción de jornada para otros.

Lo que no pueden plantearse son medidas extintivas por las causas relacionadas con el COVID al tratarse de una situación coyuntural (art. 2 RDL 9/2020).

15. En caso de que el expediente presente deficiencias de documentación ¿nos darán plazo para subsanar?:

Se supone que sí, como en cualquier otro procedimiento administrativo.

De hecho el art. 19.4 del Reglamento aprobado por RD 1483/2012 establece lo siguiente: "4. Si la comunicación de iniciación del procedimiento de suspensión de contratos o de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no reuniese los requisitos exigidos, la autoridad laboral así lo advertirá al empresario, remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", lo que debe permitir la subsanación pues además, el citado Reglamento no excluye la aplicación de las restantes normas generales de procedimiento administrativo que además rigen supletoriamente en los procedimientos en el orden administrativo social (Disposición adicional segunda c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

16. Debo esperar resolución administrativa o existe silencio administrativo:

En los ERTES por causas distintas a la fuerza mayor no hay resolución administrativa, finalizado el periodo de consultas el empresario comunica las medidas que considera necesarias sin necesidad de autorización.

En los ERTES por causa de fuerza mayor debe existir resolución administrativa constatando la fuerza mayor, pero esta debe producirse en el plazo de cinco días hábiles (plazo administrativo). Si no se produce el ERTE se entiende autorizado por silencio administrativo, no pudiéndose producir resolución con posterioridad en sentido negativo. Ese es el régimen general (art. 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) y así lo confirma el RDL 9/2020 al aludir a los ERTES aprobados por silencio administrativo (Disposición adicional primera RDL 9/2020).

En todo caso recuérdese la limitación en la duración aunque se aprueben por silencio administrativo y la posibilidad de comprobación a posteriori de posibles fraudes.

17. Pueden incrementarse las medidas inicialmente decididas o comunicadas:

A diferencia de la posibilidad de no utilizar todas las medidas decididas, que tal como se dijo sí es posible, no parece posible adicionar más medidas una vez ya decididas o comunicadas, en todo caso deberá tramitarse un nuevo ERTE para solicitar medidas adicionales o incorporar más trabajadores a las medidas acordadas.

18. Qué efectos tienen los ERTES:

Se suspende el contrato o se reduce la jornada en los términos decididos por el empresario.

Los trabajadores perciben prestaciones de desempleo por el periodo no trabajado conforme a la normativa general, y aunque no tengan suficiente periodo cotizado para ello (medida extraordinaria). Si están en IT y otras situaciones especiales se aplica igualmente la normativa prevista para esos casos en las normas sobre desempleo (TRLGSS).

En concreto en los seis primeros meses la prestación asciende al 70% de la base reguladora que es el promedio de cotización de los 180 días anteriores, o en este caso del periodo inferior por el que se haya cotizado. Hay una prestación mínima y una máxima que son las siguientes:

.Mínima 80% IPREM (o 107% con hijos a cargo), Como el IPREM está fijado en 537, 48 euros, las cuantías mínimas son respectivamente: 501,98 y 671,40 euros.

- Máxima 175% IPREM (o 200% con un hijo a cargo o 225% con dos o más hijos a cargo), es decir 1098,09 euros (o respectivamente 1254,96 ó 1411,83 euros).

Además, siguen cotizando a la seguridad social y el periodo consumido en este desempleo extraordinario no se les descontará de futuras prestaciones de

desempleo, con un máximo de 90 días si son trabajadores de temporada - fijos discontinuos y fijos periódicos - (art. 25. 6 RDL 8/2020).

Por supuesto, salvo lo que luego se dirá, no cobran salarios por el tiempo no trabajado.

Si el ERTE es por fuerza mayor el empresario puede pedir a la TGSS la exoneración de cotizaciones por los trabajadores afectados conforme al artículo 24 RDL 8/2020 - 100% de exoneración en empresas de menos de 50 trabajadores, 75% en empresas de 50 o más.

Pueden pactarse complementos de las prestaciones de desempleo, esos complementos no son obligatorios y si se pactan se abonan y cotizan directamente por las empresas.

Por otro lado las medias decididas por el empresario son impugnables ante el orden jurisdiccional social por los sujetos legitimados según se impugnen colectiva o individualmente, aunque si existe acuerdo en el periodo de consultas la impugnación se hace mucho más difícil pero no es imposible.

19. Como se tramitan las prestaciones de desempleo:

Lo hace directamente el SEPE en base a la información que le ha de suministrar la empresa, que además hace una petición colectiva en nombre de los trabajadores-

La información es individualizada por centros de trabajo indicando los datos que exige el artículo 3 RDL 9/2020, concretamente:

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.

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 del RL 9/2020, el plazo de 5 días empezará a computarse desde esta fecha, es decir desde el 28 de marzo.

El incumplimiento de esta obligación supone una infracción administrativa grave (art. 22.13 LISOS).

20. Qué es el compromiso de empleo y cómo se regula:

El acogimiento a las medidas de ERTES del RDL 8/2020, supone que las empresas quedan obligadas a mantener el empleo en los 6 meses siguientes al retorno a la normalidad.

Se supone que se mantiene el volumen de plantilla, no las personas concretas que pueden cesar por muchas causas: despido procedente, jubilación, incapacidad, etc.

Se supone igualmente que el empleo a mantener es el del momento en que la empresa se acoge al RDL.

La norma aclara poco la situación y eso plantea dudas.

Por ejemplo entendemos que no afecta al mantenimiento del empleo el que en los seis meses posteriores los fijos discontinuos no tengan algún periodo de actividad por cese de la campaña; siguen siendo trabajadores y mantienen su situación como antes.

Tampoco deben ser problemas periodos de suspensión contractual con reserva del puesto, por ejemplo, por nacimiento, cuidado de familiares, etc.

Sería necesaria una clarificación al respecto, así como de los efectos que conlleva el incumplimiento, del que en su caso el más claro es el reintegro de las posibles exoneraciones de cotización obtenidas por la empresa.

El incumplimiento empresarial en todo caso no debería afectar a los trabajadores en cuanto a las medidas especiales de desempleo pues ellos no son responsables del incumplimiento empresarial.

Es dudoso que se puedan aplicar automáticamente las medidas de la Disposición adicional segunda RDL 9/2020 pues en ellas no se alude expresamente a este posible incumplimiento.

Otras consecuencias sancionadoras exigirían que pudiesen entenderse incluidas en alguna conducta tipificada pues en esa materia sancionadora rigen los principios de legalidad y tipicidad.

También es dudoso el efecto sobre los posibles despidos efectuados incumpliendo los compromisos, aunque salvo que pudiera entenderse una especie de cláusula rebus stantibus ante una alteración de la situación, el compromiso debería conducir a que se entendiesen ilícitos esos despidos.

21. Son aplicables las medidas analizadas sobre ERTES a los socios de cooperativas en relación con los socios trabajadores:

Cuando coticen en régimen general sí, en caso contrario procederán las previstas para los trabajadores autónomos.

Incluso el artículo 4 RDL 9/2020, faculta al Consejo Rector para decidir estas medidas cuando sea imposible convocar la Asamblea General ni siquiera virtualmente.

22. Cuando un trabajador no está afectado por un ERTE ¿Es posible sancionarle si no acude a trabajar porque tiene miedo de contraer el COVID-19?:

Si los servicios de prevención no aprecian la concurrencia de riesgo laboral y se dan los EPI's necesarios, sí se puede sancionar al trabajador que se niega a acudir a su puesto de trabajo, incluso con un despido.

El miedo al contagio no es causa, por si mismo, para dejar de acudir al trabajo.

Solo en situaciones de riesgo grave e inminente el trabajador puede abandonar su puesto de trabajo o los representantes paralizar la actividad si no lo hace el empleador siguiendo los trámites del artículo 21 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

Otra opción es pactar con esa persona que disfrute en este momento sus vacaciones o que solicite una reducción total de jornada por cuidado de cónyuge o familiares siempre y cuando concurra el hecho causante.

Si en estos casos se tramita la baja como despido, el trabajador accede al desempleo; si se plantea como desistimiento tácito o expreso del trabajador, no.

23. Cómo se consideran las bajas derivadas del COVID:

Conforme al artículo quinto.1 del RDL 6/2020, se considerarán, con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocado por el virus COVID-19.

La asimilación no se produce a otros efectos y, por tanto, entendemos que las empresas no están obligadas a pagar en estos casos los complementos

establecidos en los convenios para las prestaciones por accidente de trabajo; sí, por supuesto, las previstas en general para todas las situaciones de incapacidad temporal.

24. El trabajador autónomo ¿debe darse de baja en la Seguridad Social para poder percibir la prestación de cese de actividad?:

Aunque la prestación se denomine de cese de actividad se supone que es una suspensión temporal y no un cese total, por lo que a priori no parece necesario darse de baja en la Seguridad Social.

No obstante, como la norma no lo precisa, es mejor actuar según determine la Mutua que lo gestiona.

En todo caso la baja en la seguridad social no parece necesaria porque se trata de un cese de actividad temporal y al autónomo ese periodo le computa como cotizado y de la cotización se hace cargo la entidad gestora de la prestación, conforme al art. 329.1.b) del TRLGSS.

Así lo ratifica igualmente el criterio 5/2020, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social emitido el 20 de marzo, sobre la aplicación del artículo diecisiete del real decreto-ley 8/2020.

Por supuesto si el autónomo es empleador debe plantear a su vez un ERTE para sus trabajadores y acreditarlo al solicitar la prestación por cese de actividad extraordinaria.

25. ¿Se aplica la prestación extraordinaria de cese de actividad a los autónomos societarios?:

Lo importante es cumplir los requisitos que establece el RDL 8/2020.

Si se cumplen los requisitos para el acceso a la prestación de cese de actividad, no parece que exista diferencia entre uno u otro tipo de autónomo.

Lógicamente la mercantil deberá cesar temporalmente en su actividad pues en caso contrario no se aprecia cómo cumpliría el autónomo societario el requisito.

26. Si no se reúne el periodo mínimo de cotización ¿se reconoce pese a todo la prestación extraordinaria de cese de actividad?:

Sí y la base reguladora se calcula en ese caso conforme a la base mínima de cotización en el régimen correspondiente, siendo la prestación el 70% de la misma.

27. Qué documentación acredita el cese o la reducción de ingresos cuando este sea el motivo de solicitar la prestación extraordinaria de cese de actividad:

Para acreditar la disminución de ingresos la documentación contable si se está obligado a llevarla (libro de facturas, de ventas e ingresos, gastos y compras) y si no, cualquier medio de prueba admisible.

El cese de la actividad cuando venga impuesto por ser una actividad que debía cesar conforme al estado de alarma se acreditan mediante la justificación de que la actividad realizada se correspondía con las que deben cesar.

El criterio 5/2020 antes mencionado exige también una declaración jurada de que se cumplen los requisitos para solicitar la prestación.

28. En los casos de pluriactividad ¿puede solicitarse la prestación por cese de actividad o la de desempleo?:

Ambas prestaciones son incompatibles con el trabajo por cuenta propia o ajena, por lo que si se mantiene una de las actividades no puede solicitarse prestación por el cese en la otra (arts. 282 y 342 TRLGSS)

Tampoco parece posible simultanear ambas prestaciones pues la prestación extraordinaria por cese de actividad es incompatible con cualquier otra prestación de la seguridad social salvo que resultase compatible con el trabajo (342.1 TRLGSS).

29. ¿Hay cuantías mínimas y máximas para la prestación por cese de actividad?:

Sí (art. 339.2 TRLGSS) y coinciden con las que se dijeron para las prestaciones de desempleo.

30. ¿Existen otras medias de adaptación o reducción de jornada para los trabajadores por cuenta ajena?:

Sí; están previstas en los artículos 5 y 6 RDL 8/2020.

Esencialmente el artículo 5 da carácter preferente mientras dure la situación extraordinaria al trabajo a distancia, especialmente al teletrabajo siempre que sea posible.

El artículo 6 permite posibilidades de adaptación del trabajo o de reducción de jornada muy amplias para el cuidado de familiares, concretamente aplicables a las personas que acrediten deberes de cuidado respecto del cónyuge o pareja de hecho, así como respecto de los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado.

La adaptación del trabajo puede consistir en medias de distribución flexible de la jornada y en cambio de turno, alteración de horario, horario flexible, jornada partida o continuada, cambio de centro de trabajo, cambio de funciones, cambio en la forma de prestación del trabajo, incluyendo la prestación de trabajo a distancia, o en cualquier otro cambio de condiciones que estuviera disponible en la empresa o que pudiera implantarse de modo razonable y proporcionado, teniendo en cuenta el carácter temporal y excepcional de las medidas contempladas en la presente norma,, que se limita al período excepcional de duración del COVID.

En todo caso es un derecho individual de cada trabajador a ejercitar de forma razonable y proporcional.

La reducción de jornada no tiene límites y puede suponer una reducción del 100%, sin alterar la naturaleza de reducción de jornada y por tanto sin retribución pero manteniendo al trabajador de alta en seguridad social a cargo de la empresa.

En general esta reducción se regula por lo previsto en el artículo 37.6 y 7 ET, salvo que en el supuesto establecido en el artículo 37.6 segundo párrafo no será necesario que el familiar que requiere atención y cuidado no desempeñe actividad retribuida.

En caso de reducciones de jornada que lleguen al 100 % el derecho de la persona trabajadora deberá estar justificado y ser razonable y proporcionado en atención a la situación de la empresa.

En todos estos las disensiones que se produzcan al respecto de estas medidas se resuelven por el orden jurisdiccional social, aunque la decisión inicial corresponde al trabajador, y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

31. Puede despedirse durante el estado de alarma?

Y finalizarse contratos temporales?:

Sí puede despedirse, pero no por las causas que han motivado su declaración que solo dan lugar a medidas temporales (ERTES) (art. 2 RDL 9/2020).

Los despidos efectuados incumpliendo la prohibición a que se ha hecho mención son desde luego improcedentes pues no tienen causa justificativa y, posiblemente, puede defenderse su nulidad al incumplir una prohibición legal y, en su caso, por no haberse tramitado como despidos colectivos cuando procediese.

También pueden finalizar por las causas en ellos previstas los contratos temporales siempre que no se les haya incluido en el ERTE pues entonces, como se dijo, quedaba interrumpido el contrato y se reanudaba finalizado el ERTE.

32. Qué efectos ha tenido el estado de alarma en cuanto a los plazos:

Aparte de otras medidas en cuanto a desempleo muy concretas, y conforme a las Disposiciones Adicionales, segunda, tercera y cuarta del RD 463/2020 que declaró el estado de alarma, los efectos son los siguientes:

1º) Se ha interrumpido el plazo de prescripción y suspendido el de caducidad por el tiempo que dure el estado de alarma.

2º) Además se suspenden los términos y plazos procesales salvo en el orden social para los procedimientos de conflicto colectivo y para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas regulados en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En la página web del Consejo General del Poder Judicial se contienen precisiones sobre los asuntos que se consideran esenciales e incluidos en estas materias para las que no rige la suspensión de términos y plazos procesales.

3º) Se suspenden los plazos administrativos salvo cuando vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma (por ejemplo, tramitación de ERTES).

4º) Procesal y administrativamente siguen siendo posibles medidas cautelares.

28 Marzo 2020

Carlos L. Alfonso y Gemma Fabregat Monfort, Universidad de Valencia.