



En Madrid, a 6 de mayo de 2020

Ilmo./a Sr./a Miembro de la Comisión Permanente del Consejo General, Ilmo./a Sr./a Presidente/a, Miembro de Junta de Gobierno y Colegiado/a del Colegio Oficial de Graduados Sociales

Estimado/a Compañero/a:

Te adjunto un documento con las respuestas a las preguntas formuladas en el curso del pasado día 30 de abril bajo el título **“Escenario laboral a partir del 10 de mayo ¿Como afrontarlo? ERTES ETOP”**, impartido por María Ángeles García, Graduada Social, Auditora Socio Laboral y experta en negociación colectiva.

Una videoconferencia que resultó un éxito por todos los mensajes que hemos recibido en el Consejo General agradeciendo dicha ponencia, pues resultó muy práctica y de gran utilidad para los asistentes a la misma.

Deseo que este documento también aporte un valor añadido completando de esta manera una acción formativa que pretende ayudar a los colegiados en su intensa actividad diaria causada por el estado de alarma producido por el COVID-19.

Por todo lo anterior, he considerado conveniente enviarte esta información por entender que la misma puede serte de utilidad en el trabajo que estamos desarrollando en estos momentos.

Sin otro particular, te saluda atentamente,

Fdo.: Ricardo Gabaldón Gabaldón

Presidente del Consejo General

**RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS FORMULADAS DURANTE
LA JORNADA *“MEDIDAS EXCEPCIONALES QUE SE PUEDEN
ADOPTAR COMO CONSECUENCIA DE LA COYUNTURA
GENERADA POR EL COVID-19 Y DESPUÉS DE LA
FINALIZACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA”***





P: ¿Se podría, por acuerdo entre ambas partes E y T, renunciar a la comunicación a los sindicatos mas representativos, reflejándolo en el acta de la reunión?

R: NO es potestativo, hay que hacer la comunicación.

P: ¿Cuando la empresa se rige por ET y no tiene convenio, ni sectorial ni de empresa, y tampoco existe RLT, la constitución negociadora pasa directamente a la opción de la comisión ad hoc?

R: Si



P: ¿Se puede realizar la comunicación simultánea únicamente a un organismo, en este caso a la autoridad laboral y esta a la inspección de trabajo?, para no duplicar toda la documentación.

R: la empresa no tiene que solicitar el informe a la ITSS, eso es potestativo de la autoridad laboral.

P: ¿En que momento se pide el informe a la RLT del art. 64 ET?

R: En virtud del Art. 17.3 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, simultáneamente a la entrega de la comunicación a los RLT; el empresario solicitará por escrito a l RLT que emitan el informe a que se refiere el art. 64.5.a) y b) ET.



Actividades de las Agencias Viajes CNAE 79110.

P: Solicitados ERTES FM que han sido en todos los casos aprobada la causa fuerza mayor. Cuando se reinicie actividad, finalizando estado alarma, pequeñas agencias con 1 autónomo y 1 trabajador que no van a poder mantener al trabajador, pues los viajes y el turismo imposible de retomar actividad en muchos meses.

¿Plantear empresario modificación sustancial condiciones de trabajo con reducción de jornada en aquellos casos que pueda mantener una reducción? La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. ¿Esta situación después de estado alarma en agencias de viajes supone que existen probadas razones económicas verdad? Si el trabajador no acepta, sería extinguir su relación laboral.



R: En virtud del art. 12.4.e) “la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 41.1.a).”

La novación de un contrato laboral solo puede hacerse si el trabajador lo acepta voluntariamente. Otra opción es acudir a un ETOP por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

Para probar la existencia de causas económicas se deberá aportar la documentación que se exige en el art.4, con las especialidades señaladas en el art. 18.2, del RD 1483/2012, de 29 de octubre.



P: ¿Despido causas objetivas pérdidas económicas previstas? ¿En este caso reintegrar las bonificaciones ERTE FM por no mantenimiento empleo 6 meses desde reanudación actividad?

R: NO SE TRATO EN LA PONENCIA, pero acudiendo a la definición dada por el art. 51:

“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”.

Si no hubiesen pasado 6 meses y se produce un despido, considero que sí, habría que reintegrar las bonificaciones y las prestaciones por el ERTE FM.



P: ¿Qué posibilidades hay de que los ERTE FM se conviertan en ETOP ?? Como así parece que informa , que opinión le merece?

R: Por ahora no hay nada concreto, pero sería convertir FM en otras causas diferentes como son las económicas, técnica, etc. por lo que entiendo que no sería posible.

Los requisitos son diferentes, así como las causas y el procedimiento.

Una vez finalice el ERTE FM, puede realizar UN ETOP por la/s causa/s que mejor se ajusten a la empresa.



P: ¿En los ERTES con suspensión y con reducción, a la hora de desafectar hay que incrementar las horas a los trabajadores a los que se ha reducido jornada o rescatar a los de suspensión?

R: Atendiendo al criterio de la DGT de fecha 01/05/2020, Ref. DGE-SGON-927CRA, “las empresas que estuviesen aplicando las medidas de suspensión o reducción de jornada pueden renunciar a las mismas, de manera total o parcial, respecto de parte o la totalidad de la plantilla, y de forma progresiva según vayan desapareciendo las razones vinculadas a la fuerza mayor. Igualmente será posible alterar la medida suspensiva inicialmente planteada y facilitar el tránsito hacia las reducciones de jornada, que suponen un menor impacto económico sobre la persona trabajadora y permitirán a tender a la paulatinamente creciente oferta y demanda de productos y servicios de las empresas.

Las exigencias documentales y de procedimiento deben ser las imprescindibles. En este sentido, bastará con comunicar a la autoridad laboral la renuncia a la medida autorizada o comunicada, ante una recuperación íntegra la actividad, y a trasladar a la entidad gestora de las prestaciones la situación de afección y desafección de cada una de las personas trabajadoras, de modo que el expediente de regulación temporal de empleo sirva para garantizar un tránsito no traumático hacia una normalidad futura en la que las medidas coyunturales hayan dejado de ser necesarias”.



P: ¿No sería posible considerar la causa productiva teniendo en cuenta la bajada de la producción desde el inicio de la fuerza mayor?

R: La bajada de producción propia sería una consecuencia de bajada de la demanda, no una causa. Sí, se presenta posteriormente a un FM un ETOP por causas productivas, debe existir otra causa que no haya sido la directa de FM y si cumple los requisitos para ello, conforme al art. 23 del RD-ley 8/2020 y al contenido 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 podría presentarse alegando las nuevas circunstancias a partir de finalizado el FM.



P: ¿Hay que presentar un calendario con los días que se van a suspender? o ¿es informativo?

RE: Si es suspensión basta con fecha inicio y fecha fin. Si es por reducción de jornada si que habrá que presentar el calendario.



P: ¿ Que diferencia hay entre suspensión o reducción entre el 10 y el 70%, puesto que decías que puede ser horas, días o semanas?

R: La suspensión se produce cuando el cese de la actividad que venía desarrollando el trabajador afecte a días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo.

La reducción es la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.



P: ¿En aquellos casos en que la Empresa tenga una Sección Sindical legalmente constituida y no corresponda a los mayoritarios tendrían legitimidad para negociar dicho ERTE?

R: El art. 47.1 del ET establece que la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo: *“La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados”.*



P: ¿Cuando se plantea una suspensión de X días de aquí hasta final de año, en un contrato eventual que le quede por ejemplo sólo un mes, se le podría aplicar todo el mes, o habría que aplicar algún porcentaje?.

R: El contrato temporal si es de duración determinada finalizará a vencimiento del mismo. La medida que se solicite debe ser proporcionada, adecuada y justificativa como necesaria. Si estas premisas las cumple la persona con contrato temporal se puede incluir como afectada de lo contrario debería excluirse.



P: ¿Despido causas objetivas pérdidas económicas previstas? ¿En este caso reintegrar las bonificaciones ERTE FM por no mantenimiento empleo 6 meses desde reanudación actividad?

R: Si, el mantenimiento de empleo por seis meses a las personas afectadas es un requisito establecido por el RD ley 8/2020 y modificado por el art. 2 del RD 9/2020



P: Si las causas de pérdidas futuras no veo la forma de acreditarlo, puesto que el trimestre de diciembre que habría que tomar como referencia no ha tenido porque dar pérdidas respecto al año anterior.

R: Se trata de justificar la previsión y aportar como documentación económica de la empresa los dos trimestres consecutivos anteriores al ERTE.

Entre los requisitos para la justificación de esta causa se encuentra el informar de los criterios utilizados para la estimación de las pérdidas y aportar un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión.



P: ¿Los trabajadores en excedencia cuidado menores se incluyen en el ERE?

R: Debe aportarse información de todo el personal de la empresa del año anterior al inicio del expediente. También debe informarse de las personas que tengan situaciones especiales (excedencias voluntarias, forzosas, guarda legal...) aunque no se les afecte en el expediente.

P: ¿Se puede ir negociando un ETOP sin haber terminado el estado de alarma?

R: Si, pero una vez presentado el ERTE por ETOP.



P: ¿Si hacemos ETOP se consideraría incumplido el compromiso de empleo de 6 meses?

R: No, el ERTE por causas ETOP es una medida temporal por lo que las personas afectadas suspenden o reducen el tiempo de trabajo pero no extinguen su relación laboral.

P: ¿En qué plazo debe empezar la negociación?

R: Una vez analizada la situación en que se pueda ver afectada la actividad de la empresa y la plantilla, y teniendo causa justificativa se debe preparar toda la documentación necesaria para cumplimentar y adjuntar al expediente conforme a la normativa de aplicación.

A partir de que se haga entrega de la comunicación de inicio del expediente se debe cumplir el calendario de reuniones que se haya establecido, pudiendo alcanzarse acuerdo en cualquier momento.

El plazo es el establecido en el art. 23 RD ley 8/2020 de un máximo de 7 días mientras tenga causa en COVID 19.



P: En caso de empresas con dos o tres trabajadores ¿cómo se hace ?

R: Tanto si es ERTE de FM como ETOP hay que seguir los procesos de los arts 22 y 23 del RDL 8/2020.



P: ¿Qué va a ocurrir con las empresas de menos de 10 trabajadores?

R: Tienen que negociar. La medida de suspensión o reducción por causas ETOP tiene que seguir siempre el procedimiento legal, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión. (art. 41 ET) En consecuencia no hay un número de afectados que permita prescindir de tal proceso negociador.

P: ¿Que ocurre cuando se firma sin acuerdo con los sindicatos, hablo de empresas pequeñas de unos 10 trabajadores, el ERTE al no tener acuerdo deja de tener validez, es posible que la Inspección se oponga?

R: En los ERTES por causas ETOP, que son los que requieren negociación con los sindicatos, si no hay acuerdo el empresario decide por lo que se lleva a cabo si así lo quiere. Si es posible que la Inspección y los trabajadores impugnen tal decisión por fraude, defectos formales etc ; ello en vía judicial.



P: ¿La pequeña empresa menos diez trabajadores y sin representante legal de trabajadores pueden nombrar a algún trabajador como representantes?

R: Si ERTE por FM las obligaciones (que son de comunicación, no de negociación) con los representantes se tienen con todos los trabajadores, no obstante estos pueden dar su representación a uno para recibir estas comunicaciones . Si es ETOP la representación corresponde a los sindicatos, en su defecto a la RLT y en el caso en que no haya (como el presente) a una comisión ad hoc que debe estar integrada por 3 miembros (art. 23 RDL 8/2020)



P: ¿Empresas que no exista representación de los trabajadores y con un número de trabajadores de menos de lo establecido en la norma para iniciar el Erte, tenemos que contactar con los sindicatos?

R: Los ERTES ETOP hay que presentarlos con independencia del número de plantilla. Los umbrales de plantilla se tienen en cuenta el ERES extintivos, por lo que sí hay que solicitar a los sindicatos más representativos según convenio colectivo para que designen a una persona por sindicato con carácter previo a configurar una comisión ad hoc.

En el ERTE por fuerza mayor el art. 22 del RDL 8/2020 impone su trámite cualquiera que sea el nº de personas afectadas, y en este trámite se menciona a la representación legal de los trabajadores no a los sindicatos.

La medida de suspensión o reducción por causas ETOP tiene que seguir siempre el procedimiento legal, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión. (art. 41 ET) En consecuencia no hay un número de afectados que permita prescindir de los sindicatos.



P: En ERTE suspensivo COVID19 FM, para desafectar a un trabajador que esta en suspensión 100%, ¿Se puede desafectar solo un porcentaje?

R: La resolución de la autoridad laboral se limita a constatar la existencia de la fuerza mayor alegada por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre la extinción de los contratos o la aplicación de medidas de suspensión de los contratos o reducción de jornada Pero la empresa tiene que ser coherente con su solicitud y con el traslado de su decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral .Entendemos que, en tanto no finalice el estado de alarma, se puede desafectar a un trabajador pues en el ERTE por FM no ha existido un acuerdo sino una autorización al empresario. Pero la anterior exigencia de congruencia impide un cambio de la medida solicitada de modo que, si se pidió y comunicó suspensión y no reducción de jornada no creemos posible una desafeción parcial Habrá que estar a la solicitud, la comunicación a la RLT y la autorización en su tenor literal.



P: ¿Habría que iniciar un nuevo ERTE COVIDFM al desafectarlo totalmente, para que luego este en ERTE por Reducción de Jornada?

¿Se puede ir desafectando de forma gradual según la necesidad de la empresa a los trabajadores incluidos en un Erte por fuerza mayor? o ¿Hay que incorporar a todos los trabajadores?

R: Se puede desafectar a aquellas personas trabajadoras que se vayan incorporando a la actividad productiva. No obstante esta información no ha sido incluida en ninguna norma publicada a día de hoy y se sustenta solo en el criterio de Dirección General Ministerio de Trabajo emitido al respecto.



Impugnación ERTE´s ETOP (art. 23 RDL 8/2020):

P: La Inspección de Trabajo deberá realizar informe en el plazo improrrogable de 7 días desde el final del período de consultas, y la impugnación del expediente por parte de los trabajadores, sindicatos, Autoridad Laboral y SEPE es de 20 días hábiles. ¿Se encuentran actualmente suspendidos estos plazos o debemos entender que una vez transcurridos los plazos no cabe revisión/impugnación del expediente?

R: La Disposición adicional cuarta del RDL 463/2020 estableció la suspensión de plazos de prescripción y caducidad lo que se refuerza en el art. 7 del RDL 16/2020 que afirma” *Durante el periodo que transcurra desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y hasta el 31 de diciembre de 2020, se tramitarán con preferencia los siguientes expedientes y procedimientos”* y pasa a relacionar una serie entre los que se encuentra éste.



P: Un ERTE ETOP que afecta a una empresa de 10 trabajadores en la que no existe RLT, que ha finalizado con acuerdo y cuya duración es la del Estado de Alarma solamente, ¿puede ser nulo si no se ha seguido el procedimiento del artículo 23 en relación a los Sindicatos o se podría subsanar de alguna forma si se entiende que se ha negociado de buena fe y no aprecia fraude o dolo en las negociaciones?

R: Se entiende nulo e insubsanable por cuánto la negociación habida lo ha sido con una parte no legitimada legalmente. Consideramos que –si bien existe una sentencia del TS de 10.10.19 que admitió la validez de una negociación no llevada a cabo con la comisión ad hoc sino con la totalidad de los trabajadores, nos encontramos ante un procedimiento específico que preserva una legitimación en la que la alternativa no está entre parte y totalidad de la plantilla como en el caso de esa sentencia, sino entre representantes sindicales y plantilla. Advertir finalmente que en esta sentencia el TS afirmó que –a pesar de su decisión la misma no significa que la Sala dé carta de naturaleza a la voluntad de las partes para libremente sustituir la legal comisión negociadora.



Mantenimiento de empleo ERTE fuerza mayor:

P: ¿El incumplimiento del mantenimiento de empleo supondría solamente la devolución de las cuotas no ingresadas a la Seguridad Social o también la devolución de las prestaciones por desempleo percibidas por los trabajadores durante la suspensión/reducción de sus contratos de trabajo y el pago del 100% del salario de los mismos?

R: La redacción de la D:A sexta del RD 8/2020 se refiere a “las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley “ apareciendo con esta denominación de modo expreso o referencial las previstas en los arts. 24 25, 26 , 27 y 28. El abono de la prestación de desempleo no es una medida extraordinaria excepto en casos de trabajadores fijos discontinuos o carentes del periodo de cotización En base a ello hemos de entender que las extinciones de contratos que comporten una disminución del volumen de empleo pueden tener sólo el efecto de responsabilizar a la empresa del reintegro de las cotizaciones de las que se le eximió a tenor del art. 24 de este RDL 9/2020 mientras duró el período de suspensión de contratos o reducción e igualmente comportaría la devolución de las prestaciones de desempleo abonadas a trabajadores sin el período mínimo de cotización o en inactividad siendo fijos discontinuos , pues las mismas también constituyen medidas extraordinarias.



Mantenimiento de empleo ERTE fuerza mayor:

P: ¿Debe entenderse que el no mantenimiento de empleo de un solo trabajador tendría como consecuencia la devolución de las cuotas de la Seguridad Social y prestaciones por desempleo de todos los trabajadores afectados por las medidas de suspensión/reducción?

R: Una interpretación literal así lo avalaría. Conviene precisar que en nuestra jurisprudencia (TS 23-10-2018) se ha determinado que la disposición que el compromiso comporta respecto al ejercicio del derecho a despedir, la realiza su titular y ello en beneficio de la estabilidad o garantía en el empleo habiéndole sido posible no acogerse a tales exoneraciones, lo que permite concluir que la aplicación de este requisito de mantenimiento del empleo será estricta de modo que no será posible extinción alguna por voluntad del empresario.



P: ¿Implica el mantenimiento de empleo mantener el contrato de los trabajadores afectados en las mismas condiciones anteriores al ERTE por fuerza mayor realizado, o se podrían realizar reducciones de jornada de los trabajadores afectados?. ¿Cómo se debe computar el mantenimiento de empleo?

R: Empezando por la segunda pregunta, reiteramos la aplicación estricta del término “mantenimiento del empleo”. Respecto a la primera entendemos que no pues “mantener el empleo” no equivale a “mantener el empleo y sus condiciones”, si bien la modificación de las mismas podría comportar un derecho de extinción por parte del trabajador en base al art. 41 del ET y, en esta circunstancia, entendemos que se incurriría en la infracción del compromiso pues la empresa es responsable (si toma la decisión unilateralmente) o al menos corresponsable (si la adopción de las medidas se fundamenta en un acuerdo con la parte social).



P: ¿Cómo se debe computar el mantenimiento de empleo en base a las aclaraciones de que “deberá cumplirse y verificarse teniendo en cuenta las características y circunstancias de la empresa o del sector correspondiente, atendiendo en especial a la estacionalidad o variabilidad del empleo, así como su correspondencia con eventos concretos, acontecimientos u otras especificidades sectoriales como las de, por ejemplo, las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual”?

R: Entendemos que lo anterior se refiere al período temporal de comparación de manera que si el empleo existente en el momento previo al ERTE se ve disminuido después del estado de alarma pero las extinciones no se deben a la voluntad del empresario sino a la estacionalidad de la actividad no puede considerarse un incumplimiento. Criterio que ya resultaría aplicable en atención a que la obligación prevista en la D.A. 6ª del RDL 8/2020 se refiere a un compromiso de la empresa lo que alude a su voluntad.