

Adjuntamos, a continuación, por considerarlo de interés para tod@s l@s colegiad@s, **una nota de D. Carlos Alfonso Mellado, de la Universidad de Valencia** sobre la Inclusión de los Trabajadores Fijos Discontinuos en los ERTES:

Nota sobre la INSTRUCCIÓN de 21 de abril de 2020, del Conseller de Economía sostenible, Sectores Productivos, Comercio y Trabajo, sobre la inclusión de las personas trabajadoras fijas discontinuas en los expedientes de regulación temporal de empleo previstos en los artículos 22 y 23 del Real decreto ley 8/2020.

1. Desde que se publicó el RDL 8/2020 en las consultas en la página web se ha venido informando de la obligación de incorporar a los trabajadores fijos discontinuos (incluidos los fijos periódicos) en los ERTES que pudieran tramitarse, siempre que estuviesen en activo en el momento de esa tramitación o en que por inicio de la campaña debieran estarlo aunque la situación derivada del COVID impidiese el real inicio de su actividad.

2. Así se desprendía de la propia regulación del RDL 8/2020 que preveía medidas específicas para el desempleo de estos trabajadores fijos discontinuos y así se había entendido siempre, existiendo reiterada jurisprudencia que considera que la falta de llamamiento o el cese de estos trabajadores si se debe a causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, distintas de las incidencias de la propia campaña o temporada, debe articularse mediante el despido colectivo, o en su caso la suspensión contractual, al amparo de los arts. 51 y 47 ET. Al respecto, por ejemplo, SSTS 10-5-17, Rec. 1246/16 y STS 28-2-18, Rec. 999/16).

3. El supuesto es diferente de las interrupciones propias de la campaña o del retraso natural, por ejemplo por factores climáticos, en el inicio de la misma, en cuyo caso es posible no tramitar el ERTE o ERE.

4. A efectos de desempleo la acreditación de la situación legal de desempleo mediante comunicación de la empresa de fin de campaña (art. 267.1.d) TRLGSS) está prevista exclusivamente para los periodos naturales de inactividad, esto es los periodos intercampañas, pero no para otras interrupciones que se acogen a causas distintas de las naturales y en las que debe acreditarse la situación legal de desempleo, en su caso, mediante las tramitaciones correspondientes, en este supuesto el correspondiente ERTE. En todo caso sobre esto téngase en cuenta lo que se dice al final de esta nota.

5. Es evidente que la instrucción citada no crea obligaciones nuevas pues eso sería legislación laboral y no sería competencia autonómica, sino que aclara como se cumple la obligación que ya se deriva de las normas legales sobre trabajo fijo discontinuo, ERTEs y desempleo. Lo que hacen las instrucciones es determinar cómo se cumplen esas obligaciones y al respecto básicamente permiten dos cosas:

a) Incluir en ERTEs ya tramitados, e incluso resueltos, a los fijos discontinuos que debiendo estar en los mismos no se incluyeron, lo que podía suponer además un trato diferente con otros trabajadores difícilmente justificable.

b) Posibilitar la incorporación de los que deban – o debieran - iniciar la campaña o temporada con posterioridad al ERTE tramitado, sin necesidad de hacer un nuevo ERTE sino incorporándolos al ya existente aprovechando para recordar la obligación de hacerlo).

6. En todo caso las citadas instrucciones no pueden generar obligaciones distintas de las legales; por ello cada situación debe analizarse para estudiar si resultaba necesaria la tramitación del ERTE o no, valorar los efectos y obligaciones que conlleva cada opción.

7. En todo caso debe tenerse en cuenta que es posible que conforme a la Disposición Final octava del RDL 15/2020, que modifica el artículo 25.6 del RDL 8/2020, puede bastar en ciertos casos con la certificación empresarial sin necesitar de hacer ERTE, al menos para los trabajadores que se encontrasen ya percibiendo prestaciones de desempleo en el momento en que deberían ser llamados. Por eso conviene analizar cada situación.

Valencia, abril 2020