

PROCEDIMIENTO EXPEDIENTE DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO (ERTE) COMO CONSECUENCIA DEL VIRUS COVID-19

El empresario puede, de forma unilateral, suspender los contratos de trabajo de la totalidad o parte de su personal con base en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, debiendo seguir el **procedimiento específico legalmente previsto** para la adopción de esta medida, y al que debe sujetarse **en todo caso**, con independencia del volumen de plantilla y del número de trabajadores afectados, sin necesidad de que supere umbral alguno, a diferencia de lo que sucede con el despido colectivo.

Delimitación de las causas

Concorre una **causa productiva** que ampara la decisión suspensiva cuando se producen cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. Por lo tanto, en el presente supuesto nos encontramos ante una **causa de carácter productivo** que justifica la decisión empresarial.

Debe señalarse, que resulta necesario que las **causas** que justifiquen la suspensión de los contratos de trabajo sean de carácter **coyuntural y no estructural**, y en este sentido, esta medida tiene cabida dada la situación originada como consecuencia del virus COVID-19, en la que se ha producido un **descenso de la producción** que determina la necesidad de la empresa de suspender de manera temporal los contratos de trabajo, hasta la reanudación de la actividad normal de la empresa.

Autoridad Laboral competente

- ✓ En el ámbito de las CCAA, tendrá la consideración de Autoridad Laboral competente para la tramitación del procedimiento de suspensión temporal, el órgano que determine la Comunidad Autónoma respectiva, cuando el procedimiento afecte a trabajadores que desarrollen su actividad en centros de trabajo ubicados en su totalidad en el territorio de una misma Comunidad Autónoma.
- ✓ Administración General del Estado: cuando el procedimiento afecte a centros de trabajo o trabajadores radicados en dos o más Comunidades Autónomas, conocerá del procedimiento de suspensión de los contratos de trabajo la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social; salvo que el 85 por 100, como mínimo, de la plantilla de la empresa, radique en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y existan

trabajadores afectados en la misma, en cuyo caso la instrucción del procedimiento se realizará ante la autoridad laboral autonómica.

Comisión negociadora

Las consultas han de llevarse a cabo en una **única comisión negociadora**, si bien en el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, queda circunscrita a los centros concernidos por la medida.

Dicha comisión debe estar integrada por un máximo de **trece miembros**, en representación de cada una de las partes intervinientes en el período de consultas.

La comisión representativa de los trabajadores debe quedar **constituida con carácter previo** a la comunicación empresarial de apertura del período de consultas. Por tanto, la dirección de la empresa debe comunicar de manera fehaciente a los representantes de los trabajadores su intención de iniciar el procedimiento de suspensión de los contratos de trabajo.

El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de **siete días** desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas. La **falta de constitución** de la comisión representativa **no impedirá el inicio y transcurso** del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

Procedimiento

El procedimiento para implantar las medidas de suspensión del contrato debe seguirse **cualquiera que sea la plantilla** de la empresa y el número de trabajadores afectados por la suspensión.

El mismo se inicia mediante **comunicación dirigida a los representantes de los trabajadores**, o a los trabajadores directamente en caso de que la empresa no contase con representación legal.

Asimismo, debe dirigirse **comunicación a la autoridad laboral competente** y la **apertura simultánea de un período de consultas** con los citados representantes.

La autoridad laboral da traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recaba informe preceptivo de la ITSS sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas.

Comunicación empresarial

El procedimiento se inicia por escrito, mediante la comunicación de la apertura del período de consultas por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, con el contenido especificado a continuación:

- ✓ Especificación de las causas que motivan la suspensión de los contratos.
- ✓ Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada. Cuando el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.
- ✓ Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de suspensión de contratos afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.
- ✓ Concreción y detalle de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada.
- ✓ Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada.
- ✓ Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada.
- ✓ Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

Además, la referida comunicación deberá ir acompañada de una **memoria explicativa de las causas de la suspensión de contratos** y restantes aspectos relacionados, así como los **informes técnicos** que acrediten su concurrencia. Estos informes constituyen un elemento imprescindible para posibilitar que el período de consultas alcance sus fines, ya que se trata de un instrumento esencial para que los representantes de los trabajadores puedan calibrar la existencia efectiva de los cambios que justifican la suspensión.

Simultáneamente a la entrega de la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el empresario solicitará por escrito de éstos la emisión de un informe, en virtud del artículo 64.5.a) y b), del Estatuto de los Trabajadores, según el cual: *“El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: a) Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella”*.

Criterios de selección de los trabajadores afectados

Constituye una de las menciones que forman parte del **contenido mínimo** del escrito iniciador del procedimiento. En aquellos supuestos en los que la suspensión afecte a una parte de la plantilla, el empresario debe respetar la **prioridad legal de permanencia** de los representantes legales y sindicales de los trabajadores. Esta preferencia queda circunscrita al periodo de mandato, no extendiéndose al año posterior, al contrario de lo que ocurre respecto de la garantía del Estatuto de los Trabajadores contenida en el art.68.c).

Fuera de estos supuestos y salvo previsiones específicas de la negociación colectiva, la **determinación de los criterios** de selección corresponde al **empresario** y su decisión solo es revisable por los órganos judiciales cuando incurra en fraude de ley o abuso de derecho o entrañe una discriminación.

Comunicación de inicio del procedimiento a la Autoridad Laboral

El empresario tiene que hacer llegar a la autoridad laboral simultáneamente a su entrega a los representantes de los trabajadores, copia de la comunicación, así como la documentación que la acompaña. Asimismo, ha de remitir información sobre:

- La composición de las diferentes representaciones.
- Los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión negociadora.

Recibida la comunicación de iniciación del procedimiento de suspensión de contratos, la autoridad laboral da traslado de la misma, incluyendo la documentación y la información anterior, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, así como a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). Si la comunicación **no reuniese los requisitos** exigidos, la autoridad laboral lo advierte al empresario, remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la ITSS.

Si **durante el período de consultas** la ITSS observase que la comunicación empresarial no reúne los requisitos exigidos, da traslado a la autoridad laboral para que proceda conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior. La advertencia de la autoridad laboral **no supone la paralización ni la suspensión** del procedimiento.

La autoridad laboral debe velar por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, **advertencias y recomendaciones** a las partes que no van a suponer, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. Así, el empresario debe responder por escrito a la autoridad laboral antes de la finalización del período de consultas sobre las advertencias o recomendaciones que les hubiese formulado ésta.

Los **representantes de los trabajadores** pueden dirigir en cualquier fase del procedimiento observaciones a la autoridad laboral sobre las cuestiones que estimen oportunas.

Periodo de consultas

El periodo de consultas tiene por objeto **llegar a un acuerdo** entre la empresa y los representantes de los trabajadores sobre las medidas de suspensión de contratos. A tal fin, los representantes de los trabajadores deben disponer desde el inicio de periodo de consultas de la comunicación y documentación y las partes deben **negociar de buena fe**.

Al inicio del periodo de consultas se ha de fijar un **calendario de reuniones** a celebrar dentro del mismo, si bien las partes pueden acordar de otra forma el número de reuniones e intervalos entre las mismas. Salvo pacto en contrario, la **primera reunión** se ha de celebrar en un plazo no inferior a un día desde la fecha de la entrega de la comunicación. El periodo de consultas ha de tener una duración no superior a **quince días**. Salvo pacto en contrato, se deben celebrar, al menos, dos reuniones, separadas por un intervalo no superior a siete días ni inferior a tres.

No obstante, el periodo de consultas **puede darse por finalizado** en todo caso, cuando las partes alcancen un acuerdo. De todas las reuniones se levanta acta, que han de firmar todos los asistentes.

A la finalización del periodo de consultas, el **empresario ha de comunicar** a la autoridad laboral competente el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, traslada a la autoridad laboral copia íntegra del mismo. En todo caso, debe comunicar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, actualizando en su caso, los extremos de la comunicación empresarial de iniciación del procedimiento, en el **plazo máximo** de 15 días a contar

desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, acompañando las actas de las reuniones celebradas durante el mismo.

En todo caso, la comunicación debe contemplar el calendario con los **días concretos** de suspensión de contratos individualizados por cada uno de los trabajadores afectados.

La autoridad laboral da traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las **prestaciones por desempleo**, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación.

Informe de la ITSS

Recibida la comunicación del empresario sobre el resultado del periodo de consultas, la autoridad laboral ha de comunicar a la ITSS la finalización del mismo, dando traslado, en su caso, de la copia del acuerdo alcanzado y, en todo caso, de la decisión empresarial sobre la suspensión de contratos. El informe debe ser evacuado en el **improrrogable plazo** de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, y quedar incorporado al procedimiento.

En informe de la ITSS debe versar sobre los extremos de la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas y sobre el desarrollo del mismo.

Notificación de la medida a los trabajadores afectados

Tras la comunicación de su decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario puede proceder a notificar individualmente a los trabajadores afectados la aplicación de las medidas de suspensión de contratos, que van a **surtir efectos** a partir de la fecha en que comunicó su decisión a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior.

En defecto de previsión legal sobre el contenido de la comunicación a los afectados, hay que entender que debe incluir una **explicación suficiente de los motivos** de la decisión suspensiva, de forma que pueda ser cuestionada en su caso en sede judicial, pero con criterio discutible se entiende que la falta de expresión de tales motivos no invalida la medida si el trabajador no era desconocedor de la causa de la suspensión de su contrato.

La notificación individual a cada trabajador sobre esta medida debe contemplar los **días concretos afectados** por dichas medidas.

Efectos de la suspensión de los contratos sobre la Seguridad Social

Durante la suspensión de los contratos, la empresa debe mantener al trabajador **en alta en la Seguridad Social** e ingresar la **cuota** patronal y la entidad gestora la del trabajador.

Se encuentran en **situación legal de desempleo** los trabajadores cuando se suspende temporalmente su relación laboral por decisión del empresario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

Las normas específicas de **tramitación** de la prestación por desempleo aplicables a los procedimientos de suspensión de contratos de trabajo son comunes a las establecidas para el despido colectivo.

A efectos del pago de las prestaciones por desempleo en los supuestos de suspensión, la empresa debe **comunicar mensualmente** a la entidad gestora de las prestaciones los periodos de actividad e inactividad de todos los trabajadores afectados por dicha suspensión. El **plazo máximo** para efectuar la comunicación será el mes siguiente al mes al que se refieren los períodos de inactividad.

El **incumplimiento** de la obligación de comunicar a la entidad gestora de la prestación por desempleo con antelación a que se produzca, las variaciones que se originen sobre el calendario inicialmente dispuesto en relación con la concreción e individualización por trabajador de los días de suspensión, es una **infracción grave** con multa de 626€ a 6.250€.

No obstante, no es exigible a las empresas que comuniquen la aplicación de las medidas de suspensión de manera **continua e ininterrumpida** durante todo el tiempo de vigencia de la misma.

Durante la percepción de la prestación por desempleo por suspensión temporal de la relación laboral, la **base de cotización** de aquellos trabajadores por los que exista obligación legal de cotizar será el equivalente al promedio de las bases de los últimos 6 meses de ocupación cotizada, por contingencias comunes y por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación legal de cotizar.

La **reanudación de la prestación por desempleo** en los supuestos de suspensión supondrá la reanudación de la obligación de cotizar por la base de cotización indicada en los apartados anteriores correspondiente al momento del nacimiento del derecho.

NOTA ESPECIAL AL PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE CONTRATO POR FUERZA MAYOR TEMPORAL

Lo que singulariza a la fuerza mayor, como causa de suspensión de los contratos de trabajo es constituir un acaecimiento externo al círculo de la empresa, y como tal extraordinario, de todo independiente de la voluntad del empresario respecto a las consecuencias que acarrea en orden a la prestación del trabajo.

El apdo. 1.i) 45 ET, establece, entre las causas de suspensión del contrato de trabajo la "Fuerza mayor temporal". Complementando lo anterior, los arts. 31-33 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, especifican para la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la suspensión de los contratos de trabajo (o de la reducción de jornada):

- La necesaria autorización de la Autoridad Laboral competente, previa tramitación del expediente oportuno, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados.
- El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa dirigida a la autoridad laboral competente, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios, y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores.
- Instrucción y resolución:

1.- La autoridad laboral competente recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y realizará o solicitará cuantas otras actuaciones o informes considere indispensables, dictando resolución en el plazo máximo de cinco días a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

2.- En el caso de que figuren en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aportados por la empresa en su solicitud, se dará a ésta y a los representantes legales de los trabajadores el oportuno trámite de audiencia, que deberá realizarse en el término de un día.

3.- La resolución de la autoridad laboral deberá limitarse, en su caso, 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, que surtirán efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. La empresa deberá dar traslado

de dicha decisión a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral.

En el supuesto de que, instruido el procedimiento, no se haya constatado la existencia de la fuerza mayor alegada, se podrá iniciar el oportuno procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, de acuerdo con lo establecido en los casos de regulación de empleo para la extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Del mismo modo, la resolución de la autoridad laboral que no haya constatado la existencia de fuerza mayor por la empresa podrá ser impugnada por el empresario ante la jurisdicción social.

Madrid, marzo 2020