

Núm. 18/2020

Comentarios de Foment del Treball sobre el 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.

Barcelona, sábado 28 de marzo de 2020.

1. PROHIBICIÓN DE DESPIDOS

- Las medidas sobre el despido previstas en el RDL son de dudosa constitucionalidad, puesto que atentan contra el principio de libertad de empresa constitucionalmente reconocido en el artículo 38 de la carta magna. El propio Tribunal Constitucional ha señalado "el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado (STC 83/1984, de 24 de junio).

Se está estableciendo una limitación inusitada de los poderes y facultades empresariales que son esenciales desde el punto de vista organizativo, poniendo en grave riesgo las posibilidades empresariales de sobreponerse a las dificultades sobrevenidas con las que se ha encontrado. Estas normas transpiran una desconfianza injustificada en la capacidad y responsabilidad en la gestión empresarial.

Ante la excepcional y dramática situación en la que se han encontrado las empresas por causas ajenas a su voluntad, debiendo cerrar sus instalaciones, paralizar sus actividades o reducirlas drásticamente, bien por decisiones de las distintas autoridades gubernativas, bien por la suspensión o cancelación de su actividad como consecuencia de una serie de causas derivadas de esta crisis sanitaria mundial, la única salida posible es la confianza mutua y la puesta a disposición de las empresas de mecanismos financieros, económicos y laborales que aporten oxígeno para reducir los efectos perjudiciales que se derivan de esta crisis para empresas y trabajadores. En este sentido, lo que precisan las empresas es disponer de mayores instrumentos de flexibilidad para gestionar sus relaciones laborales y poder utilizarlos, evitando o limitando, de ese modo, extinciones de contratos.

Sin embargo, nos encontramos con una serie de medidas erróneas que van en la dirección contraria. Si ante el presente escenario de extrema gravedad se cierran las puertas a determinados instrumentos para superar situaciones críticas y se añaden nuevas trabas contra las empresas y prohibiciones de acudir a los diversos mecanismos que permite nuestra normativa para paliar situaciones límite en aras de evitar la adopción de medidas más traumáticas, a numerosas empresas las estarán abocando irremediabilmente a presentar ERES y acudir al concurso de acreedores y proceder a la liquidación definitiva de la empresa.

La prohibición de acometer despidos no solo atenta contra la libertad de empresa constitucionalmente reconocida, sino que generará una señal de alarma que afectará a las decisiones de futuras inversiones en nuestro país, tanto por el fondo de las medidas adoptadas, como por la inseguridad jurídica, el intervencionismo, y la desprotección y ataque a la iniciativa empresarial que se desprende de las mismas.

- La prohibición significa que no justificarán la extinción del contrato ni del despido los que se hagan desde este sábado (fecha de entrada en vigor del RD-L) hasta la fecha de finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, que se basen en los supuestos de fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto Ley 8/2020, relacionados con el COVID -19. Tampoco podrán ser despedidos los trabajadores afectados por un ERTE aplicado con base a los citados artículos.

De lo que se deduce que:

- ✓ Si una empresa despidiera con base en dichas causas del Art. 221 y Art. 232 del RDL 8/2020, el juez lo declararía improcedente (lo que supondría el pago de una indemnización de 33 días por año trabajado con el límite de 24 mensualidades, en lugar de los 20 días por año trabajado con el límite de 12 mensualidades cuando son procedentes por causas objetivas). La calificación que le darán los tribunales a estos despidos –improcedencia o nulidad– está por determinar. No se aclara con esta norma, si bien desde FTN consideramos que deberían calificarse como improcedentes, de conformidad con la doctrina del TS (la STS de 5 de mayo de 2015 que dice: “cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedencia del despido y no la nulidad del mismo”).

¹ Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor.

² Suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19.

- ✓ Se mantiene la posibilidad de despedir basándose en causas distintas a las vinculadas con el Covid-19 del Art. 22 y 23 del RDL 8/2020. (El RDL en su exposición de motivos –párrafo sexto- hace referencia a “no obstante la vigencia de la diversas causas de despido y extinción de contratos previstos en la norma laboral”).
- Hay que considerar que esta prohibición afectará a la mayor parte de los despidos o extinciones que se pudieran producir durante este período, puesto que las causas previstas en los Arts. 22 y 23 derivadas del Covid-19 serán el origen de la mayor parte de las decisiones que puedan obligar a las empresas a acometer despidos. Con lo que, en la práctica, la obligación de despedir afectará a la inmensa mayoría de supuestos.
- Hay que entender que la citada prohibición no se aplica a los despidos efectuados antes de la entrada en vigor del RDL 9/2020, ya que éste no tiene efectos retroactivos.

2. INTERRUPCIÓN DEL CÓMPUTO DE LA DURACIÓN MÁXIMA DE LOS CONTRATOS TEMPORALES

- Igualmente, el Art. 5 del RDL 9/2020, establece que la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo o interinidad, por las causas previstas en los Arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos como de los períodos de referencia equivalentes al período suspendido. Lo cual comporta la introducción de nuevas trabas en los supuestos en los que la empresa tras la reanudación de su actividad hubiera podido reestructurar su plantilla reduciéndola por la finalización de los contratos temporales (y así evitar despidos). Sin embargo, a las empresas no sólo se les prohíbe acometer despidos, sino que se verán sobredimensionadas al aumentarse la duración prevista inicialmente para estos contratos temporales.
- En efecto, si una empresa tenía contratados algunos trabajadores como consecuencia de las causas contempladas en el Art. 15 del ET, pero pierde, como consecuencia del COVID-19 definitivamente la producción o la obra, objeto del contrato, si se suspenden los contratos temporales, al reanudar la actividad se producirá ese sobredimensionamiento de la plantilla.

3. REVISIÓN EX POST DE LOS ERTES

- El RDL establece, en su Disposición Adicional Segunda, la revisión de oficio de los ERTES y sanciones ante la consideración por parte de la Administración de que las medidas solicitadas por la empresa en relación al empleo no resultaran necesarias o no tuvieran conexión suficiente con la causa que las origina. Se trata de una nueva medida inaudita que nos aboca a una enorme inseguridad jurídica y donde la Administración se arroga unas competencias que no le corresponden, puesto que se trata de cuestiones que, en todo caso, deberían determinar los Tribunales.

Se trata de una arbitrariedad del sistema sancionador, según la cual la Inspección podrá determinar si la decisión empresarial (que no olvidemos que ya ha sido autorizada bien por Resolución expresa de la Autoridad Laboral, bien por silencio administrativo positivo) era adecuada o no, lo que va en contra del principio de libertad de empresa consagrado en el Art. 38 CE.

Una cosa es cometer un fraude (como expresa la primera parte del apartado primero de la Disposición Adicional Segunda, que las solicitudes presentadas por la empresa contuvieran falsedades o incorrecciones en los datos facilitados) y otra muy distinta sancionar por tener criterios u opiniones distintas a las del empresario (entrando a valorar la Administración si las medidas solicitadas (y previamente autorizadas) resultan o no necesarias.

4. TRÁMITES SOBRE PRESTACIONES POR DESEMPLEO

- En relación con el Art. 3 del RDL 9/2020, sobre prestaciones por desempleo, se establece en el apartado 2.f) la obligación de la empresa de presentar "una declaración responsable en la que habrá de constar que se ha obtenido la autorización de aquellos para su presentación".

Se trata de una obligación que genera nuevas trabas para las empresas, puesto que deberán recabar la autorización de todos los trabajadores afectados por el ERTE lo que comportará (máxime en la situación presente) dificultades en la localización de los trabajadores, pérdida de tiempo con nuevas obligaciones burocráticas e, incluso, se plantean dudas en relación con la Ley de Protección de Datos.

Además, se trata de una obligación prescindible e innecesaria, puesto que el SEPE ya dispondrá de la relación de los trabajadores afectados tanto por el listado que la Autoridad Laboral le traslada junto con la Resolución del ERTE, como por la solicitud colectiva con los datos de los trabajadores afectados que la empresa ha de facilitar al SEPE, tal y como se regula en los apartados 1 y 2 del Art. 3 del RDL 9/2020.

5. COMPROMISO DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DURANTE 6 MESES (RDL 8/2020)

- Junto con las novedades perjudiciales para las empresas expuestas del RDL 9/2020, se ha de recordar la D.A. 6ª del RDL 8/2020 que establece "el compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad", lo que impedirá a las empresas que hayan realizado ERTES basados en los Arts. 22 y 23 reestructurar y adaptar las plantillas mediante despidos en los seis meses siguientes a la reanudación de la actividad si no se mantiene el volumen de empleo en la empresa.

De modo que se pondrá en situación de riesgo la viabilidad y supervivencia de muchas empresas que necesitarán reducir parte de la plantilla y se verán imposibilitadas ante las sanciones que se aplicarán por el incumplimiento de este compromiso de mantenimiento de la plantilla. La norma aún no especifica cuáles serán dichos efectos, pero considerando antecedentes análogos podrían ser:

- Devolución de las cotizaciones empresariales exoneradas.
- Que la empresa se haga cargo de las prestaciones por desempleo abonadas por el SEPE.
- La calificación de nulidad o improcedencia de los despidos (hay sentencias que ante el incumplimiento de las cláusulas de mantenimiento de empleo establecidas en negociación colectiva han considerado nulos los despidos y otras improcedentes).
- Sanciones laborales y administrativas.