

NOTA

MEDIDAS DE AJUSTE TEMPORAL DE PLANTILLA

19 de marzo de 2020

I. MEDIDAS “ORDINARIAS”: TELETRABAJO, VACACIONES, PERMISO NO RETRIBUIDO

En primer lugar, deben exponerse aquellas medidas de ajuste temporal de plantilla que, por su mayor habitualidad y menor impacto en los empleados, pueden resultar más sencillas de aplicar y gestionar en las actuales circunstancias excepcionales.

(A) Teletrabajo:

Con carácter general, los acuerdos para el teletrabajo deben alcanzarse individualmente con cada trabajador y, en todo caso, deben ser voluntario, reversible e igualitario.

No obstante, en este caso, dadas las circunstancias excepcionales derivadas de la emergencia sanitaria surgida como consecuencia de la evolución del COVID-19, debe valorarse la posibilidad de establecer medidas colectivas de teletrabajo “unilateralmente” por parte de las empresas. En este sentido, la anterior conclusión viene sustentada por las siguientes guías y recomendaciones dictadas por las autoridades estatales y autonómicas:

- (i) Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación al nuevo Coronavirus, dictada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social:
-

“En aquellos supuestos en los que no se prevea inicialmente en el contrato de trabajo como una medida temporal que implique la prestación de servicios fuera del centro de trabajo habitual, el teletrabajo podría adoptarse por acuerdo colectivo o individual, con un carácter excepcional, para el desarrollo de tareas imprescindibles que no puedan desarrollarse en el centro físico habitual, una vez se hayan establecido los ajustes o precauciones necesarias de tipo sanitario y preventivo, y conforme a los procedimientos regulados en el Estatuto de los Trabajadores”.

- (ii) ORDEN 338/2020, de 9 de marzo, de la Consejería de Sanidad, por la que se adoptan medidas preventivas y recomendaciones de salud pública en la Comunidad de Madrid como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19):

“Recomendaciones en el ámbito laboral: (...) a) La promoción por parte de las empresas para que se realice la actividad laboral mediante el sistema de teletrabajo”.

- (iii) Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (el “RDL 8/2020”).

“En particular, se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad.”

Con base en lo anterior, entendemos que, en este contexto extraordinario, de extrema urgencia y necesidad para la salud pública, y dada la implantación del estado de alarma, podría imponerse el teletrabajo como medida “unilateral” por parte de la empresa, sin necesidad de alcanzar acuerdos individuales con cada trabajador.

Para ello, a nuestro juicio, podría ser suficiente con una comunicación general de la empresa a los empleados que deban teletrabajar en la que sí que recomendamos incluir, al menos, los siguientes aspectos:

- (i) Remitir el un protocolo de medidas en materia de Prevención de Riesgos Laborales
- (ii) Hacer mención expresa a la situación de urgencia y salud pública, así como concreta referencia a la citada Guía del Ministerio de Trabajo y Economía Social y a la Orden 338/2020 dictada por la Comunidad de Madrid o a las que se puedan haber dictado en las distintas Comunidades Autónomas recomendando el teletrabajo en la medida de lo posible.
- (iii) Establecer un plazo concreto inicial, el cual podría coincidir con el previsto en la Orden de la Comunidad de Madrid o con los 15 días naturales iniciales del estado de alarma,

prorrogable en función de las necesidades de salud pública y las resoluciones que dicten las autoridades competentes en cada momento.

- (iv) Establecer claramente la excepcionalidad y carácter temporal de la medida de teletrabajo.
- (v) Advertir a los trabajadores de que deben estar atentos al correo electrónico de la empresa para posibles prórrogas o ulteriores comunicaciones con nuevas medidas o finalización de las medidas implantadas.
- (vi) Aclarar que la medida de teletrabajo no supone una reducción de derechos en materia de seguridad y salud ni una merma de derechos profesionales (salario, jornada, descanso, etc.).

Adicionalmente, de cara a la gestión operativa y acreditación de recepción de todo lo anterior (incluido el protocolo de medidas en materia de Prevención de Riesgos Laborales), recomendamos hacer esta comunicación vía correo electrónico con acuse de recibo y lectura del mismo.

(B) Permiso no retribuido:

Como premisa principal, la empresa no puede obligar al trabajador a solicitar o a disfrutar de un permiso no retribuido, sino que éste deberá acordarse con el trabajador, ya sea por solicitud expresa o, en su caso, atendiendo a los propios actos del trabajador.

De acuerdo con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (el “RD Estado de Alarma”), se excepciona de la limitación a la libertad de circulación de las personas el “*desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial*” (artículo 7.1.c)).

En línea con lo anterior, en principio, a pesar del estado de alarma, no existe un impedimento legal para que los trabajadores acudan al centro de trabajo para “efectuar su prestación laboral”. Por tanto, salvo que se produzca el cierre del centro de trabajo o se haya impuesto el teletrabajo y, sin perjuicio de la adopción de las medidas de Prevención de Riesgos Laborales, los trabajadores están obligados a acudir al centro de trabajo. Si no lo hacen, no es una causa de sanción laboral en las circunstancias actuales pero sí habilita la posibilidad de considerar que se trata de un permiso no retribuido, descontando el salario correspondiente a esos días sin prestación laboral.

De cara a la gestión de estas ausencias no justificadas al centro de trabajo, y salvo la adopción de otras medidas incompatibles con ello, consideramos razonable que se comunique con carácter

general la apertura del centro de trabajo y obligación de acudir al mismo, advirtiéndole que la no asistencia será considerada un permiso no retribuido, con el consecuente descuento del salario.

(C) Vacaciones:

En este punto, es relevante destacar el artículo 38 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual, *“el periodo o periodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones”*.

La empresa podría proponer el disfrute del periodo vacacional (quizás, con determinadas ventajas o ampliación de los días de vacaciones para incentivar la medida) durante la situación de la emergencia sanitaria, pero necesitaría a nuestro entender el consentimiento del trabajador, aceptando las fechas propuestas de disfrute.

Es posible adoptar otras medidas, algunas recogidas en el RDL 8/2020, como son las de adaptación de jornada, reducción de jornada (ahora diferenciada en ordinaria y especial) cuya activación la puede llevar a cabo directamente el empleado y otras, como la distribución irregular de la jornada, que va depender de la regulación establecida en los convenios colectivos de aplicación o en la existencia de un acuerdo de empresa que posibilite un porcentaje superior al establecido en la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Medidas que, en cualquier caso, habría que analizar en cada uno de los supuestos que se puedan plantear.

II. SUSPENSIÓN DE CONTRATOS (ERTE) POR CAUSA DE FUERZA MAYOR

La suspensión de contratos (ERTE) por causa de fuerza mayor viene regulada en los artículos 47.3 y 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, y desarrollada en los artículos 31 a 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 (el “RD 1483/2012”), normativa que se ha visto modificada en algunos aspectos por el RDL 8/2020.

Como es lógico, la existencia de causa de fuerza mayor para llevar a cabo este tipo de medida debe ser clara y evidente, interpretándose de forma restrictiva.

En lo que respecta al procedimiento, el artículo 32 del RD 1483/2012 establece que debe iniciarse mediante solicitud a la autoridad laboral competente, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios, y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a los trabajadores.

Con base en la solicitud efectuada, la autoridad laboral deberá resolver, en el plazo de cinco días, la solicitud efectuada. La resolución debe limitarse a *“constatar la existencia de la fuerza mayor alegada*

por la empresa, correspondiendo a esta la decisión sobre 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 legales de los trabajadores y a la autoridad laboral’ (artículo 33 del RD 1483/2012).

Durante el ERTE por fuerza mayor, los trabajadores solicitarían y se les concedería la prestación por desempleo, exonerando a la empresa de su obligación de abonar los salarios, si que dicha prestación compute a efectos de consumir los períodos máximos de percepción legalmente establecidos.

III. SUSPENSIÓN DE CONTRATOS (ERTE) POR CAUSAS OBJETIVAS

El mecanismo permitido por la legislación vigente para realizar un ajuste temporal de plantilla sería el ERTE por causas objetivas, previsto en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores y desarrollado en los artículos 16 y siguientes del RD 1483/2012.

Las causas objetivas que justifican esta suspensión de contratos son, al igual que en el despido colectivo, las causas económicas, productivas, organizativas y técnicas. Además, la suspensión afectar a parte o a toda la plantilla, aplicándose a días completos, continuados o alternos. Por la misma vía puede optarse por una reducción temporal de la jornada de entre un 10% y un 70% sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.

En este caso, el procedimiento se iniciaría mediante comunicación de apertura del periodo de consultas dirigida a los representantes de los trabajadores. No obstante, con carácter previo a realizar dicha comunicación, es necesario que se constituya la comisión representativa que negociará en representación de los trabajadores.

A estos efectos, si no existiera representación legal de los trabajadores, el artículo 23.1.a) del RDL 82020, establece que:

“En el supuesto de que no exista representación legal de las personas trabajadoras, la comisión representativa de estas para la negociación del periodo de consultas estará integrada por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y con legitimación para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación. La comisión estará conformada por una persona por cada uno de los sindicatos que cumplan dichos requisitos, tomándose las decisiones por las mayorías representativas correspondientes. En caso de no conformarse esta representación, la comisión estará integrada por tres trabajadores de la propia empresa, elegidos conforme a lo recogido en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.”

Por tanto, deberá remitirse la comunicación a los sindicatos que se indican o, en su caso, a todos los trabajadores que deben constituir una Comisión Representativa en el plazo de cinco días, para negociar en representación de los trabajadores durante el periodo de consultas.

Una vez constituida la Comisión Representativa, se comunica la apertura del periodo de consultas, que tendrá una duración de 7 días y exigencias parecidas al periodo de consultas establecido para el despido colectivo. Con la comunicación de apertura del periodo de consultas, la cual debe contener la información prevista en el artículo 17 del RD 1483/2012¹, debe acompañarse igualmente la documentación prevista en el artículo 18 del RD 1483/2012².

¹ Artículo 17 del RD 1483/2012:

"2. La comunicación de la apertura del periodo de consultas contendrá los siguientes extremos:

a) La especificación de las causas que motivan la suspensión de contratos o la reducción de jornada.

b) 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.

c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada 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.

d) Concreción y detalle de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada.

e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada.

f) 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.

g) 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.

La referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas de la suspensión de contratos o reducción de jornada y restantes aspectos relacionados en este apartado.

3. Simultáneamente a la entrega de la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el empresario solicitará por escrito de estos la emisión del informe a que se refiere el artículo 64.5.a) y b), del Estatuto de los Trabajadores".

² Artículo 18 del RD 1483/2012:

"1. La documentación justificativa que debe acompañar a la comunicación de la apertura del periodo de consultas será la necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa.

2. En el caso de que la causa aducida por la empresa sea de índole económica, la documentación exigible será la indicada en el artículo 4, con las siguientes particularidades:

Asimismo, la empresa debe remitir simultáneamente a la autoridad laboral copia de la comunicación de inicio del periodo de consultas, con la documentación referida en el citado artículo 18 del RD 1483/2019.

A la finalización del periodo de consultas, se deberá comunicar a la autoridad laboral el resultado del mismo, remitiendo copia a los representantes de los trabajadores de la decisión sobre suspensión de contratos, incluso aunque no se hubiera alcanzado acuerdo.

Tras la comunicación de la decisión empresarial, la empresa debe notificar individualmente a los trabajadores afectados de la aplicación de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada, que surtirán efectos desde que el empresario haya comunicado la decisión empresarial a la autoridad laboral.

En modo cronograma, los pasos serían los siguientes:

FECHA DE ACCION	ACCION
1 ^{er} día	Comunicación intención de iniciar el procedimiento de ERTE a los miembros de la representación legal de los trabajadores/sindicatos/trabajadores
(*) Hasta día 5 ^o	Creación de la Comisión Representativa de los trabajadores.
5 ^o día	Entrega convocatoria inicio de consultas.
6 ^o día	Creación mesa de negociación e inicio del período de consultas.
	Comunicación del procedimiento de ERTE a la autoridad Laboral (AL).
(**) hasta día 12 ^o	Periodo de negociación y finalización del mismo, con o sin acuerdo.
(***) + 15 días	Comunicación a la Comisión Representativa y a la AL la decisión de la empresa sobre la suspensión/reducción.) Una vez comunicada a la AL la decisión se podrá proceder a las notificaciones individuales.

a) Se limitará a la del último ejercicio económico completo, así como a las cuentas provisionales del vigente a la presentación de la comunicación por la que se inicia el procedimiento.

b) En caso de que la causa aducida consista en la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en la letra a), la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los dos trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

3. Cuando se aleguen por la empresa causas técnicas, organizativas o de producción, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de dichas causas que acredite la concurrencia de las mismas, aportando los informes técnicos oportunos en los términos señalados en el artículo 5.2".

- (*) Es plazo máximo de 5 días. Si se constituye antes puede continuarse el procedimiento realizando la convocatoria para el inicio del procedimiento.
- (**) Plazo máximo de negociación de 7 días. Puede ser inferior si hay acuerdo entre las partes. Una vez llegado a acuerdo se puede proceder al siguiente paso.
- (***) Plazo máximo de 15 días para realizar la comunicación de decisión de la empresa.