

LAS DIFERENTES VISIONES ADMINISTRATIVA Y LABORAL DEL COVID-19 EN EL RD LEY 8/20 Y NORMAS POSTERIORES.

Breve Resumen: Se realiza un estudio de las áreas laboral y administrativa en el campo de la normativa que se ha llevado a cabo por el legislador, con objeto de la pandemia del Covid 19 en ambos ámbitos, estudiando las situaciones de fricción que se producen entre ellos y las distintas interpretaciones que los órganos laborales (Inspección de trabajo) y administrativos (Juntas de contratación) al respecto, así como las diferentes legislaciones de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, respecto a los elementos de contratación con las empresas.

A) ELEMENTOS SOBRE LOS QUE VERSARÁ ESTE DOCUMENTO (LABORALES Y ADMINISTRATIVOS)

La normativa del virus ha sido prolija y, me atrevo a adelantar, poco exacta y poco precisa.

En el RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, se diseñan dos ámbitos que confluyen en la misma norma. En un principio, de su lectura inicial, parecían complementarias, pero a la postre, no lo son tanto...

El diseño que el RD Ley citado, hace de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), en su artículo 22, es un diseño novedoso de la fuerza mayor denominada “impropia”, como expresión del “factum principis” del legislador, mientras que en su artículo 23, realiza mejoras procedimentales y de plazos en los expedientes por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, los denominados Ertes “ETOP”. Es un diseño nuevo que tiene como causa la pandemia del virus.

Este articulado se encuentra dentro del capítulo II de “Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos.” Junto con esos elementos, en el capítulo II, se trata de otras cuestiones referentes a la cotización de los procedimientos de ERTE, tanto de fuerza mayor como ETOP, realizando diferentes exoneraciones de los conceptos de recaudación conjunta en relación con el abono empresarial de la aportación regulada en el artículo 273.2 de Texto Refundido de la ley

de Seguridad Social (aprobada por R D Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.), es decir, la cotización empresarial a Seguridad Social.

También se abordan en el capítulo, distintas protecciones por desempleo, en relación con los procedimientos de regulación de empleo anteriores, presentaciones extemporáneas de prestaciones por desempleo, prórroga del subsidio y plazo (inicialmente pensado), “mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del Covid-19”.

Bajo una lectura de esta parte del RD Ley 8/2020, se observa un diseño de una situación de contingencia que bebe de distintas fuentes, la protección a los trabajadores, la pretendida situación de “aliviamiento” de las empresas afectadas, etc.

El capítulo III de la norma se denomina “Garantía de liquidez para sostener la actividad económica ante dificultades transitorias consecuencia de la situación.”

Dentro de ese capítulo nos encontramos un extenso artículo 34, denominado “Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del Covid 19”, el citado distingue en su cuerpo: los contratos públicos de servicios, los contratos públicos de obras y los contratos públicos de concesión de obras y servicios, estableciéndose en su apartado sexto, los contratos a los que no se aplicará la regulación que se establece (no se aplicarán a las actividades denominadas “esenciales”).

En todos los casos se establece un procedimiento para la suspensión de dichos contratos públicos, así como para el resarcimiento indemnizado de determinados gastos en los que los adjudicatarios o titulares de una concesión administrativa, pudieran incurrir por dicha suspensión de servicios de las denominadas “actividades no esenciales”.

Ambos institutos jurídicos, inicialmente diferenciados y casi, en una primera lectura complementarios, se interpretan por los poderes públicos de forma, completamente parcial dependiendo de en qué parte de lo público se encuentren. Sobre esas situaciones hablaremos en este trabajo.

B) LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL RD LEY 8/2020.

Parece claro que, debido a la situación de confinamiento que se llevó a cabo mediante 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 y sus respectivas prórrogas, había que dotar de nuevas causas y procedimientos mejorados, tanto en la

configuración de los elementos que conforman las partes negociadoras, como en los plazos de ejecución, a los ERTES tanto de fuerza mayor, como ETOP.

En la exposición de motivos del RD Ley 8/2020, se dispone: *“El necesario refuerzo en las medidas de contención resulta en la disrupción temporal y generalizada de la actividad económica, acentuado en un contexto de alta volatilidad de los mercados financieros. Ante la situación de emergencia de salud pública y pandemia internacional, el Gobierno adoptó 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. La contención de la progresión de la enfermedad supone limitaciones temporales a la libre circulación junto con la reducción de la oferta laboral debido a las medidas de cuarentena y contención. Estas circunstancias se traducen en una perturbación conjunta de demanda y oferta para la economía española, que afectará a las ventas de las empresas, generando tensiones de liquidez que podrían derivar en problemas de solvencia y pérdida de empleos si no se adoptan medidas urgentes de estabilización.”*

Para identificar los elementos principales que esta situación completamente sobrevenida, debe realizar sobre la realidad jurídica, tenemos :” *En este contexto, la prioridad absoluta en materia económica radica en proteger y dar soporte al tejido productivo y social para minimizar el impacto y lograr que, una vez finalizada la alarma sanitaria, se produzca lo antes posible un rebote en la actividad. La pandemia del COVID-19 supondrá inevitablemente un impacto negativo en la economía española cuya cuantificación está aún sometida a un elevado nivel de incertidumbre. En estas circunstancias, la prioridad consiste en minimizar el impacto social y facilitar que la actividad se recupere tan pronto como la situación sanitaria mejore. El objetivo es que estos efectos negativos sean transitorios y evitar, en última instancia, que se produzca un impacto más permanente o estructural debido a un círculo vicioso de caídas de demanda y producción como las de 2008-2009, con una salida masiva de trabajadores al desempleo y un ajuste particularmente agudo para los trabajadores temporales y los autónomos.”*

.../...” En concreto, las medidas adoptadas en este real decreto-ley están orientadas a un triple objetivo. Primero, reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; segundo, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y tercero, reforzar la lucha contra la enfermedad.”.

C) LA PARTE LABORAL.

Se establece un nuevo sistema de flexibilización de medidas para evitar la destrucción de empleo y aliviar las cotizaciones empresariales, en el texto articulado, se dispone:

“Artículo 24. Medidas extraordinarias en materia de cotización en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor relacionados con el COVID-19.

1. En los expedientes de suspensión de contratos y reducción de jornada autorizados en base a fuerza mayor temporal vinculada al COVID-19 definida en el artículo 22, la Tesorería General de la Seguridad Social exonerará a la empresa del abono de la aportación empresarial prevista en el artículo 273.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, así como del relativo a las cuotas por conceptos de recaudación conjunta, mientras dure el período de suspensión de contratos o reducción de jornada autorizado en base a dicha causa cuando la empresa, a 29 de febrero de 2020, tuviera menos de 50 trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social. Si la empresa tuviera 50 trabajadores o más, en situación de alta en la Seguridad Social, la exoneración de la obligación de cotizar alcanzará al 75 % de la aportación empresarial.

2. Dicha exoneración no tendrá efectos para la persona trabajadora, manteniéndose la consideración de dicho período como efectivamente cotizado a todos los efectos, sin que resulte de aplicación lo establecido en el artículo 20 de la Ley General de la Seguridad Social.

3. La exoneración de cuotas se aplicará por la Tesorería General de la Seguridad Social a instancia del empresario, previa comunicación de la identificación de los trabajadores y período de la suspensión o reducción de jornada. A efectos del control de la exoneración de cuotas será suficiente la verificación de que el Servicio Público de Empleo Estatal proceda al reconocimiento de la correspondiente prestación por desempleo por el período de que se trate.

4. La Tesorería General de la Seguridad Social establecerá los sistemas de comunicación necesarios para el control de la información trasladada por la solicitud empresarial, en particular a través de la información de la que dispone el Servicio Público de Empleo Estatal, en relación a los periodos de disfrute de las prestaciones por desempleo”.

Dichas exoneraciones de cotización al empresario distinguen por actividad especialmente protegida o no, por tamaño de la empresa y por tipo de ERTE, pero no realiza distinción alguna sobre si el cliente al que se le presta dicha actividad en empresas de servicios, es un cliente público o privado. Las exoneraciones son directas para el caso en que los requisitos que establece la norma concurren y se cumplan los procesos y procedimientos que se arbitran, para tener acceso a ellas.

D) LA PARTE ADMINISTRATIVA.

Se establece un sistema de protección a las empresas que tengan clientes públicos, estableciéndose un sistema de petición al cliente y suspensión por éste, de la actividad pública no esencial que tenga contratada con terceros, distinguiendo contratos públicos de servicios y de obras por un lado y; concesiones de obras y servicios, por otro.

Estas suspensiones de contratos, una vez acordadas por la administración competente titular del servicio u obra, suponen la dejación temporal de la ejecución de los mismos, la suspensión del abono de las facturas a los contratistas, así como un régimen indemnizatorio que comprende:

Art 34 .../...” 1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al período de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.

4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.”

En los contratos de obras, además se especifica la aplicación del convenio colectivo de la construcción para fijar en importe de los meritados gastos salariales

En las concesiones (de Servicios u Obras), se utiliza la figura del reequilibrio económico bajo la siguiente fórmula.” 4. *En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.*

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.”

Pues bien, como ya adelantábamos, se produce un doble margen de protección a los trabajadores que podríamos denominar “indirecta”, como es la protección al empresario, tanto con la disminución directa del coste de los ERTES que se lleven a cabo, como con un régimen indemnizatorio de los contratos públicos.

En una primera aproximación, se echa de menos que dentro de ese régimen indemnizatorio **estuvieran incluidas las cotizaciones de la parte empresarial a la Seguridad Social, así como el leal beneficio industrial que pudieran tener dichos empresarios, pero si se ponen ambos instrumentos correlacionados (laboral y administrativo) dichas cotizaciones estarían bonificadas si se aplica el régimen de exenciones de los ERTES.**

E) LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Dentro de ese ámbito, hay algunas Comunidades Autónomas y Ayuntamientos importantes que lanzan normas para crear un régimen de protección, pero diferente a la protección estatal, así tenemos:

- 1) *C. AUTONOMA DE ANDALUCÍA: Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencia social, para luchar contra los efectos de la evolución del coronavirus (COVID-19). Boja 17/03/202.*

“Artículo 11. Medidas para el mantenimiento del empleo.

- 1. En el caso de los contratos de servicio y contratos de concesión de servicio, siempre que como consecuencia directa o indirecta del cierre total o parcial de dependencias de la Junta de Andalucía o sus entidades instrumentales o consorcios adscritos, o de las medidas adoptadas para la contención del COVID-19, no fuera posible continuar con la normal ejecución de los mismos, tal circunstancia no constituirá causa legal de suspensión de la ejecución y no dará lugar a la suspensión del pago de la parte efectivamente prestada. Igualmente se abonaran los gastos salariales de la plantilla imputables a la administración, así como el resto de costes asociados a la prestación del servicio en las condiciones del contrato adjudicado. No se incluirán en estos los costes fungibles, los extraordinarios y cualquier otro no soportado y no vinculado directamente a dicha prestación del servicio.*
- 2. Estos abonos estarán condicionados a que se acredite por la empresa prestataria los costes referidos y la permanencia de la plantilla de trabajo adscrita al contrato en cuestión en las mismas condiciones laborales y durante el tiempo que dure la no prestación del servicio así como el abono de los salarios, lo que deberá quedar desglosado en la factura y debidamente justificado ante el órgano de contratación.*
- 3. Todo ello sin perjuicio del abono del resto de conceptos indemnizatorios establecidos en la normativa aplicable al contrato en los casos en que proceda.”*

- 2) *AYUNTAMIENTO DE BARCELONA: Decreto de la alcaldía de 23 de marzo de 2020, por el que se establecen medidas y criterios adicionales en contratación del sector público municipal con ocasión del impacto económico y social por la situación de crisis sanitaria ocasionada por el*

COVID-19. Gaceta municipal del ayuntamiento de Barcelona, Boletín de 24 de marzo de 2020.

“Artículo 6. Contratos públicos de servicios y suministros de prestación sucesiva de ejecución imposible.

.../...2. Estos contratos quedarán automáticamente suspendidos desde el 14 de marzo de 2020 y finalizara cuando se le notifique al contratista el final de la suspensión.

3 Esta suspensión conlleva el derecho de la empresa contratista a percibir exclusivamente las indemnizaciones por los conceptos siguientes:

1r Los gastos salariales efectivamente abonados al personal adscrito a la ejecución del contrato.

El abono de estos gastos salariales, si representan el 100% de los salarios que corresponden, son incompatibles con la inclusión de los contratos laborales a los que se refiere en un expediente de regulación de empleo y exigirá la presentación de una declaración responsable según la que se compromete a mantener las condiciones laborales del personal adscrito cuando se reanude el contrato.”

3) GENERALITAT DE CATALUÑA:DECRETO LEY 8/2020, de 24 de marzo, de modificación parcial del Decreto ley 7/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes en materia de contratación pública, de salud y gestión de residuos sanitarios, de transparencia, de transporte público y en materia tributaria y económica, y de adopción de otras medidas complementarias.. Diario oficial de la Generalitat de Catalunya de 25/03/2020.

“Artículo 3

Se modifica el artículo 3 del Decreto ley 7/2020, de 17 de marzo que queda redactado de la manera siguiente:

“Mantenimiento de puestos de trabajo afectados

La suspensión de la ejecución de los contratos total o parcial y la aplicación del régimen establecido en los artículos 1.4 y 6.2 de este Decreto ley en ningún caso se podrá considerar un motivo para aplicar expedientes de regulación de empleo en relación con los puestos de trabajo adscritos a los contratos suspendidos, salvo el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 1. En caso de que la empresa o entidad afectada por la suspensión solicite la aplicación de un expediente de regulación de empleo que afecte a los puestos de trabajo adscritos a los contratos suspendidos, lo

tendrá que comunicar inmediatamente en el órgano contratante que acordará la suspensión del pago a cuenta previsto en este Decreto ley.”

- 4) COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA.-Decreto Ley Foral 2/2020 de 25 de marzo por el que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (Covid-19). BO Comunidad foral de Navarra de 26/03/2020.

F) EL ESTADO CONTRAATAACA.

En el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, se amplía la protección de la suspensiones de contratos, añadiendo además a los costes “protegidos”, aquellos otros que se habían quedado en el aire, concretamente los gastos de la seguridad social empresarial.

Su disposición adicional primera dispone:

“Disposición final primera. Modificación del 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 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, queda modificado como sigue:

.../... 8. A los efectos de lo señalado en el presente artículo, los gastos salariales a los que en él se hace alusión incluirán los relativos a las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondieran.»”

G) LA INSPECCIÓN DE TRABAJO:

El 5 de mayo de 2020, el Ministerio de Trabajo y Economía Social remite a la Dirección Especial y Direcciones Provinciales de la Inspección de Trabajo, unas normas de actuación para el control e informe, de los expedientes que se hubieran solicitado por las empresas.

En concreto para los Contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva celebrados con entidades del sector público, dispone:

“.../... Para ello es preciso que la suspensión sea solicitada por el contratista y estimada por el órgano de contratación en el plazo de cinco días naturales desde la solicitud.

*En caso de que la solicitud sea estimada y el contrato quede suspendido, la norma prevé que la entidad adjudicadora abone al contratista una indemnización por los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista. Esa indemnización incluye **los gastos salariales y de Seguridad Social** del personal afectado por la suspensión del contrato público y durante todo el periodo de suspensión.*

En consecuencia, en los casos en que estos contratos públicos queden en suspenso, los

contratos de trabajo de los trabajadores vinculados a estos contratos públicos no quedarían en suspenso, ni por fuerza mayor, ni por ninguna otra causa, por cuanto la empresa sería resarcida por los gastos salariales incurridos.”

Y en cuanto a los contratos públicos de concesión de obras y concesión de servicios, dispone:

“Cuando la ejecución del contrato público devenga imposible como consecuencia del COVID-19, el concesionario podrá pedir el reequilibrio económico del contrato. Ese reequilibrio compensará al concesionario por la pérdida de ingresos y por el incremento de costes soportados.

En estos casos, aunque no se contempla una indemnización por los gastos salariales ni por las cotizaciones de Seguridad Social abonadas, se prevé una compensación por la pérdida de ingresos. De esta manera, si el empresario mantiene de alguna manera sus ingresos, no debería acudir a un procedimiento de regulación temporal de empleo, pues ello derivaría en un enriquecimiento injusto (al mantener sus ingresos y eliminar los gastos), en perjuicio de los trabajadores.”

Criterios y formas de actuación dispares con una legislación que no determina con claridad, qué se pretende en el ámbito de protección al empresario/trabajador.

El artículo 34 del Real Decreto 8/2020 ha sido interpretado por los diferentes organismos públicos, ya Juntas de Contratación Pública, ya Inspectores y Subinspectores de Trabajo, de dos formas claramente diferenciadas, y en cierta medida, contrapuestas:

-Por un lado, nos encontramos con órganos que defienden que si el contrato público ha sido suspendido por imposibilidad de ejecución en virtud de una resolución del Órgano de Contratación, las empresas adjudicatarias tienen vetada la ejecución de un Expediente de Regulación Temporal de Empleo.

En estos supuestos, al no poder aplicarse un ERTE, los contratos laborales de los trabajadores seguirían activos, por lo que las empresas deberían abonar a los trabajadores tanto el salario como las cotizaciones a la Seguridad Social de forma íntegra. En contraprestación, y en virtud de la aplicación del artículo 34 RD 8/2020, el órgano de contratación deberá compensar y reembolsar a las empresas los gastos salariales y de Seguridad Social efectivamente abonados.

-Por otro lado, la segunda interpretación plantea que la suspensión del contrato público por imposibilidad de ejecución conforme a las indicaciones de la Inspección de Trabajo de 5 de mayo de 2020, no impide la ejecución de un ERTE por parte de la empresa.

Esta segunda interpretación defiende que el ERTE y el reequilibrio patrimonial del artículo 34 RD 8/2020 son medidas complementarias, y no excluyentes.

En virtud de esta posición, las empresas tienen la capacidad de decidir si presentan un ERTE, o no. La principal diferencia radica en que, si deciden aplicar un ERTE, los gastos que deberá “adelantar” la empresa serán exclusivamente las cotizaciones a la Seguridad Social, sin perjuicio de posibles complementos salariales (fruto de la negociación o de la voluntad de la empresa), mientras que será el Servicio de Empleo Público Estatal quien abonará las prestaciones por desempleo de los trabajadores. Por ello, la compensación que deberá realizar el Órgano de Contratación será únicamente por estas cotizaciones y posibles complementos.

La duplicidad interpretativa descrita, ha generado numerosos conflictos prácticos:

-Si las empresas no pueden aplicar un ERTE, deben “adelantar” los gastos salariales de los trabajadores. En un momento de incertidumbre y crisis económica y sanitaria, que se está poniendo de manifiesto en los retrasos recurrentes de los Órganos de Contratación para compensar los gastos, la primera interpretación coloca a las empresas en una posición crítica, toda vez que deben cumplir mensualmente sus obligaciones laborales de abono de salarios y cotización a la Seguridad Social con la “esperanza” de que la

Administración Pública en cuestión le reembolse todos estos gastos en un futuro ¿cercano?

Esta problemática no se hubiera generado, lógicamente, si el reequilibrio patrimonial por parte del Órgano de Contratación, se hubiera producido de forma simultánea al abono de las empresas de los salarios y cotizaciones de sus trabajadores en nómina (tras la correspondiente comprobación administrativa a fin de evitar conductas fraudulentas). De esta forma, se han provocado graves problemas de liquidez en las empresas, que han debido soportar un gasto salarial y de Seguridad Social que, en el mejor de los casos, no habrá sido reembolsado hasta meses después.

-De manera paralela, aquellas empresas contratistas que hayan realizado ERTES en supuestos de suspensión de contrato público por imposibilidad de ejecución, se habrán visto beneficiadas desde un punto de vista competitivo, debido a que los únicos gastos que han debido adelantar habrán sido las cotizaciones a la Seguridad Social que se abonan en un ERTE, al margen de posibles complementos. Esta situación de mayor liquidez, y más en tiempos de pandemia, puede suponer la diferencia entre la insolvencia y la viabilidad empresarial.

H) LA INTERPRETACIÓN DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE NAVARRA.

Con fecha 6 de abril, la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra publicó un Informe, el Informe 4/2020, sobre diversas cuestiones derivadas de la Ley 7/2020.

Este órgano defiende con claridad la tesis en virtud de la cual las empresas tienen la capacidad de elección, de forma que, en caso de suspensión del contrato público por imposibilidad de ejecución, pueden optar por aplicar un ERTE o bien por no suspender los contratos laborales de sus trabajadores.

En ambos casos, el órgano de contratación deberá compensar todos los gastos salariales y de Seguridad Social que efectivamente haya abonado la empresa, con la diferenciación entre el mayor o menor importe de esta compensación en función de si se ha aplicado un ERTE, o no.

Extractamos los fundamentos más importantes del Informe:

*B.2) **Si** han solicitado las empresas un ERTE y **la empresa complementa determinada cuantía** correspondiente a salarios o cotizaciones a Seguridad Social, **¿se podría considerar indemnizable?** De acuerdo con lo expresado en el punto anterior, **siempre***

que los gastos tengan la consideración de salariales y se hayan abonado “efectivamente”, deberán ser indemnizados (si concurren además el resto de requisitos formales establecidos en el apartado 4 del artículo 2 LF7/2020). A este respecto merece la pena abundar en el concepto de costes salariales (que se convertirán en gastos para la persona empleadora cuando se hagan efectivos conforme se ha señalado anteriormente), que se pueden definir como el importe total que le supone a una empresa tener a una persona trabajadora contratada. Este concepto incluye, al menos, tanto el salario bruto de la persona trabajadora (salario neto, retenciones IRPF, cotización a la seguridad social) como los costes sociales a cargo de la empresa (aportación por contingencias comunes, cotización por desempleo, FOGASA y formación profesional).

Si es facultativo para la empresa solicitar un ERTE (dado que puede no hacerlo y en ese caso percibirá la indemnización contemplada en la cuestión 1 de este informe, que conforme a la última redacción del artículo 2 LF7/2020 incluye de forma expresa las cotizaciones a la Seguridad Social), parece lógico que no resulte perjudicada por una decisión que se toma, también de forma facultativa, en beneficio de las personas trabajadoras y, que, en conjunto supone una carga menor para el órgano de contratación.

De acuerdo con lo anterior, la pregunta debe responderse en sentido positivo: deben incluirse dentro de los conceptos indemnizables por el artículo 2 LF7/2020 los complementos tanto de salario como de cotizaciones a la Seguridad Social que la empresa decida voluntariamente abonar a los trabajadores (o a cuenta de los trabajadores) que están en situación de ERTE.

B.3) Si la empresa a pesar de la suspensión del contrato, ha decidido no solicitar un ERTE, ¿será también indemnizable? ¿Todo el salario o sólo el fijado en el convenio? La LF7/2020 no establece como condición para poder percibir la indemnización que se haya solicitado un ERTE. Ni tampoco que no se haya solicitado. La regulación establecida es clara: podrán indemnizarse los gastos salariales que se hayan efectivamente abonado. Así pues, si son gastos efectivos y encajan en alguno de los conceptos antes citados respecto de los costes salariales, serán indemnizables. Para responder a la última parte de la cuestión nos remitimos a lo expuesto en el punto 1º.

I) ALGUNAS RESOLUCIONES DE ÓRGANOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVOS:

A) Ayuntamiento de Puente la Reina/Gares (Navarra) (27/04/2.020).:

“En lo que respecta a las indemnizaciones en concepto de gastos salariales, el apartado debe entenderse para el caso en que la Autoridad Laboral estime el ERTE de las trabajadoras, como es el caso – a expensas de resolución final-.

En este caso, el Ayuntamiento de Puente la Reina/Gares asumirá los gastos salariales no cubiertos por la prestación que la empresa haya abonado y deba abonar en los meses en que el estado de alarma siga vigente, de forma que las trabajadoras adscritas a los servicios contratados por el Ayuntamiento perciban el 100% del salario que habitualmente vienen percibiendo.”

B) Ayuntamiento de Madrid, (29/09/2020).

“PRIMERO: Reconocer un anticipo a cuenta por 2.325,99 euros, importe de estimado de la indemnización que en concepto de daños y perjuicios a favor de la empresa XXXXXXXX., por quedar acreditada de manera fehacientemente la realidad, efectividad y cuantía de los siguientes gastos, devengados desde el 14 de marzo a 30 junio de abril de 2020, contemplados todos ellos en el art. 34.1 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19:

- Gastos correspondientes al coste de personal adscrito a la ejecución del contrato a fecha 14 de marzo por el período de ciento y nueve días naturales (109); dieciocho (18) de marzo y abril, mayo y junio, completos, por importe de 2.210,29 euros.*
- Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva por el periodo de suspensión del contrato durante resultando una cantidad a indemnizar de 115,70 euros.”*

No obstante hace un matiz sobre la situación de incapacidad temporal de los trabajadores afectos a la contrata:

“Dado que se trata de trabajadores de baja por incapacidad temporal, cabe indicar que dicha prestación corre a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Sin embargo, en los supuestos de enfermedad común o de accidente no laboral, el abono del subsidio entre los días 4 a 15 de baja en el trabajo correrá a cargo del empresario. A partir del decimosexto día de baja, la responsabilidad del abono recae en la Seguridad Social o Mutua en su caso, aunque el pago lo siga materializando el

empresario. No obstante, esta prestación no es un gasto salarial indemnizable pues, aunque efectivamente lo abone el empresario, en realidad se trata de un subsidio o una prestación social que está obligado a pagar a su trabajador durante unos días concretos, pero el contrato de trabajo se encuentra suspendido por la incapacidad temporal del trabajador (artículo 45.1.c del Estatuto de los Trabajadores) y como tal “La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo” (artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores).”

J) BREVES CONCLUSIONES:

El sistema de protección que se realiza en el RD Ley 8/2020, está formado por elementos desistematizados y sin conexión funcional alguna, posiblemente por la rapidez en sacar la norma jurídica. Si bien es cierto que ambos, conjuntamente aplicados, procurarían una situación de protección a los trabajadores y al empresario que, a su vez, redundaría en beneficio de los primeros.

Este sistema deja de tener interrelación normativa directa, en el momento en que las distintas administraciones (y en ejecución de sus respectivos presupuestos), son las que deben asumir con el abono indemnizado a las empresas las situaciones de ERTE o no ERTE, así tenemos que:

- La inspección de trabajo (órgano estatal) entiende que no se debe autorizar ERTE alguno que sea indemnizable por el art 34 del RD Ley 8/2020. Esta situación libera de gasto al SEPE (con naturaleza también estatal).

- Las comunidades Autónomas no realizan un marco normativo homogeneizado, hay algunas de ellas que determinan el abono directo al empresario si no hacen ERTE, otras no y, otras, no se pronuncian respecto a la normativa estatal.

- La junta consultiva de una Comunidad Autónoma de Navarra determina que es más beneficioso para el trabajador, que la empresa promueva un ERTE y el quantum indemnizatorio a ésta, deba ser por la diferencia entre lo que asume el Estado y se le abona la empresa. Se disminuye, con esta interpretación, el coste de la Comunidad Autónoma, en contra del gasto que debe asumir el Estado a través del servicio público de empleo (SEPE).

- Los distintos órganos de contratación tienen visiones diferentes, aun asumiendo que deben “aceptar” la figura del ERTE obtenido por la vía del silencio administrativo positivo. Unos aceptan la totalidad de los gastos empresariales (el 100% de lo que hubiera percibido el trabajador y su cotización a la Seg. Social) y otros, rebajan ese

importe deduciendo de las indemnizaciones a las empresas, los supuestos de Incapacidad temporal por enfermedad común (Sic.... En una pandemia generalizada), los complementos pactados en los ERTE como mejora de la prestación por desempleo, etc....

Y todo ello, con un sistema indemnizatorio y de resarcimiento a las empresas con gran lentitud en su ejecución...

Con la presente exposición, se ha planteado una visión de la realidad material, vista desde las herramientas de la realidad jurídica, con sus interpretaciones y con sus lagunas.

Simplemente una reflexión final, que el tejido empresarial español que depende de una administración pública en una actividad de las denominadas “no esenciales”, o con parte de ellas, pueda soportar toda la presión que está teniendo, para que, en un futuro corto, puedan mantener su actividad de subsistencia y, en el medio plazo y los que hayan podido traspasar ese período, volver a mantener situaciones comerciales “normales”, dentro del mercado español, parece una situación harto complicada.

ADENDA DE ACTUALIZACIÓN.

Por último, debemos poner de manifiesto que la cuestión principal objeto del trabajo, esta es, la interrelación entre los ámbitos laboral y administrativo en la normativa de protección a las empresas y trabajadores por el COVID 19, ha sido aclarada recientemente por los Juzgados y Tribunales españoles, habiendo abogado estos órganos jurisdiccionales (principalmente el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional) por una solución garantista y equitativa para empresas y trabajadores: la solicitud del ERTE COVID (artículos 22 y 23 RD 8/2020) por parte de una empresa que tiene concedido un determinado servicio público -gestión indirecta- suspendido por la Administración Pública contratante por imposibilidad de ejecución es perfectamente compatible con el reequilibrio patrimonial del artículo 34 del RD 8/2020. La característica de esta compatibilidad es que el reequilibrio que deberá compensar la Administración Pública contratante será inferior al que debería indemnizar si la empresa no hubiera solicitado el ERTE, por cuanto los gastos salariales efectivos en los que habrá incurrido la empresa

serán significativamente menores al no haber abonado el salario de los trabajadores afectados por el expediente de regulación temporal de empleo

Así, el Tribunal Supremo ha afirmado que “el ERTE por fuerza mayor es compatible con el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato” (sentencia TS (Sala de lo Social) Sentencia nº 83/2021 de 25 enero, RJ\2021\24 (rec. 25/2020).

En la misma línea se ha pronunciado la Audiencia Nacional en la SAN (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia nº 72/2020 de 21 septiembre, JUR 2020\296701 (proc. 125/2020), en la que ha establecido “no se infiere en modo alguno que las entidades concesionarias de obras públicas tengan vedada la utilización durante el Estado de Alarma acordado por el RD 463/2.020 de 14 de marzo (RCL 2020, 376) y prorrogado por sucesivos RRDD, de la herramienta de flexibilidad interna regulada en los arts. 22 y 23 del R.DLey 8/2.020. En lo que se refiere a la norma estatal se crea un mecanismo resarcitorio, al que se puede acudir a instancias del contratista, siendo potestativa su activación, pero no obligatoria...”

Consideramos que la interpretación que los órganos jurisdiccionales han realizado sobre el artículo 34 y su compatibilidad con los artículos 22 y 23 del RD 8/2020 ha venido a colmar las lagunas del sistema, ofreciendo una solución especialmente tuitiva de los intereses de empresas y trabajadores.