

GUÍA SOBRE LA PRÓRROGA DE ERTE HASTA EL 31 DE ENERO DE 2021: OPCIONES PARA LA HOSTELERÍA

3 octubre 2020

Los empresarios de hostelería pueden prorrogar los ERTE por causa de fuerza mayor hasta el 31 de enero de 2021, de modo que podrá seguir recurriendo a una herramienta que una mayoría de bares y restaurantes comenzaron a utilizar el pasado marzo frente al padrón derivado de la emergencia sanitaria del Covid-19. Esta es una guía (elaborada con ayuda de KPMG Abogados) para conocer el detalle del nuevo Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre (publicado en el BOE el 30 de septiembre) y las opciones para el hostelero ante la posible prórroga hasta el 31 de enero de 2021. Además de la guía, detallamos opciones y limitaciones para despedir en la 'crisis Covid', diferenciando entre salvaguarda del empleo y obligación de no usar la causa Covid para despedir.

El pasado 30 de septiembre, se publicó en el BOE el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, que materializa la **prórroga de los ERTE hasta el 31 de enero de 2021**, aprobada un día antes en el Consejo de Ministros y que, finalmente, obtuvo el respaldo de CEOE al conseguir la ampliación de coberturas a sectores económicos como la hostelería. “Es un Real Decreto tan sumamente complejo que genera muchísimas dudas”, señala **Francisco Fernández, socio del área de Laboral de KPMG Abogados**. En esta norma, se crean, entre otras novedades, dos nuevas modalidades de ERTE: ERTE por impedimento y ERTE por limitación de actividad.

Antes de analizar el impacto del nuevo real decreto, hacemos un repaso a lo ocurrido sobre ERTE en hostelería en los últimos meses:

Confederación Provincial de Comercio, Servicios y Autónomos de Sevilla

- Con la **declaración del estado de alarma** el pasado **marzo** a raíz de la **emergencia sanitaria del Covid-19**, el Gobierno aprobó un Real Decreto-ley en el que regulaba los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) (a través 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). **Para la hostelería, la opción mayoritaria fue el ERTE por causa de fuerza mayor**, cuyos beneficios son que el dueño del negocio hostelero dejaba de pagar salarios y cotización a la Seguridad Social (o únicamente paga el 25% si tiene más de 50 empleados) mientras los contratos de trabajo estaban suspendidos durante el estado de alarma. Aquí puedes leer nuestra guía sobre ERTE y ERE en hostelería, que publicamos el pasado **abril**.
- En **mayo**, por un lado, la Dirección General de Trabajo aclaró que era posible **'sacar' parcial y progresivamente a empleados del ERTE**; y, por otro, el Ejecutivo aprobó otro Real Decreto-ley con el que introdujo la **distinción entre ERTE total o parcial**, con diferente tratamiento a efectos de los costes laborales para los empresarios (Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo).
- A finales de junio, el Gobierno publicó otro Real Decreto-ley que prorrogaba los ERTEs hasta el 30 de septiembre (Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial).

En el sector hostelero español, los **dueños de bares y restaurantes** optaron ya desde el cierre en marzo por aplicar **ERTEs por causa de fuerza mayor**, del que han ido sacando total o parcialmente a sus plantillas, en función de la reapertura de sus negocios y de su progresiva (o no) recuperación, lo que, además, se tradujo en la **prórroga de los ERTE hasta el 30 de septiembre**. De hecho, la fecha entre el fin del estado de alarma y el 30 de junio y la fecha del 30 de septiembre, claves en la gestión de los ERTE, han marcado incluso **puntos de inflexión en cuanto a la reapertura de negocios hosteleros**.

Mientras, bastantes hosteleros todavía **mantienen sus negocios cerrados desde marzo** y sus plantillas en ERTE **por causa de fuerza mayor**, por lo que **su extensión más allá del 30 de septiembre resultaba fundamental para un sector particularmente tocado por la 'crisis Covid'** y,

Confederación Provincial de Comercio, Servicios y Autónomos de Sevilla

desde el final del estado de alarma, por los **brotos y/o restricciones** impuestas en determinadas localidades, como ocurre **desde anoche en Madrid**.

Con el **nuevo Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre**, que permite **extender los ERTE por causa de fuerza mayor hasta el 31 de enero de 2021**, el hostelero tiene varias opciones:

1. CONTINUAR CON EL ERTE DE FUERZA MAYOR

Continuar con el ERTE de fuerza mayor total o parcial, prorrogándolo hasta el 31 de enero de 2021 y manteniendo el actual compromiso de **salvaguarda del empleo durante 6 meses, sin tener exoneraciones de la Seguridad Social** y, por lo tanto, sin asumir otros 6 meses. En ese caso se beneficiaría de que a los trabajadores que estuvieran en ERTE les seguiría abonando su prestación el SEPE y el hostelero costearía la Seguridad Social de todos los trabajadores, ya sin beneficiarse de exoneraciones.

Si el ERTE por fuerza mayor (sea total o parcial) ya estaba activo hasta el 30 de septiembre, queda **automáticamente prorrogado hasta el día 31 de enero de 2021**, de modo que **no hay exoneraciones en los seguros sociales a partir del mes de octubre**. Según explica la asociación **Hostelería Madrid**:

- Estas empresas deben formular una **nueva solicitud colectiva de prestaciones por desempleo antes del 20 de octubre de 2020** de todos los trabajadores que permanezcan en el ERTE.
- Los **trabajadores** percibirán su **prestación por desempleo hasta el 31 de enero de 2021** y la cuantía de la prestación **seguirá siendo del 70%**, no computándose como consumidas las prestaciones por desempleo disfrutadas durante los expedientes de regulación temporal de empleo por aquellas personas que accedan a un nuevo derecho antes del 1 de enero de 2022.

Confederación Provincial de Comercio, Servicios y Autónomos de Sevilla

2. ERTE POR IMPEDIMENTO O LIMITACIÓN DE ACTIVIDAD

Tramitar un ERTE nuevo por IMPEDIMENTO O LIMITACIÓN de actividad, con el que se asumirían compromisos de **mantenimiento del empleo de otros 6 meses**, una vez finalizados los 6 meses de garantía de empleo del ERTE actual. Como beneficio, el hostelero tendría **exoneraciones en la Seguridad Social** de la plantilla que todavía mantiene en ERTE. Es decir, hay una ampliación del compromiso de mantenimiento del empleo 6 meses más, en el caso de beneficiarse de las nuevas exoneraciones (ya que, en el caso de la hostelería, es un sector que está dentro del anexo-listado de sectores especialmente afectados por los efectos del Covid). **La duración de estos ERTEs queda restringida solo a la duración de las nuevas restricciones o medidas de contención sanitaria adoptadas**, a partir del 1 de octubre de 2020, por autoridades españolas o extranjeras que se impongan y que supongan el impedimento o la limitación de la actividad.

Es decir, **todas las actividades que tenían un ERTE por causa de fuerza mayor lo tienen prorrogado** y si está su CNAE en el anexo del Real Decreto (como ocurre con la **hostelería**), se siguen aplicando exoneraciones, pero **las empresas que disfruten exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social derivadas del RD-ley 30/2020 quedarán comprometidas a un nuevo periodo de 6 meses de salvaguarda del empleo**. “Si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido, el inicio de este nuevo periodo de 6 meses se producirá cuando el anterior haya terminado”, recuerda el socio de KPMG.

Con información de Hostelería Madrid, se puede distinguir entre las **dos figuras** citadas:

A. “Cuando la autoridad laboral decrete el cierre de los locales, se podrá solicitar un nuevo ERTE por causa de fuerza mayor por IMPEDIMENTO, sin necesidad de renunciar al ERTE anterior:

“Las empresas y entidades de cualquier sector o actividad que vean **impedido** el desarrollo de su actividad en alguno de sus centros de trabajo, **como consecuencia de nuevas restricciones o**

Confederación Provincial de Comercio, Servicios y Autónomos de Sevilla

medidas de contención sanitaria adoptadas, a partir del 1 de octubre de 2020, por autoridades españolas o extranjeras, **podrán beneficiarse, respecto de las personas trabajadoras que tengan sus actividades suspendidas**, en los centros afectados, por los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, de los porcentajes de exoneración previstos a continuación:

- **Exoneración del 100%** de la aportación empresarial devengada durante el periodo de cierre, y hasta el 31 de enero de 2021, para las empresas que hubieran tenido menos de 50 trabajadores a 29 de febrero de 2020.
- **Exoneración del 90%** de la aportación empresarial durante el periodo de cierre, y hasta el 31 de enero de 2021, para las empresas que hubieran tenido 50 o más trabajadores a 29 de febrero de 2020.

La duración de estos ERTE es la misma que tenga la decisión administrativa que nos impida realizar la actividad».

B. Cuando la autoridad laboral decreta medidas limitadoras de aforo u horario en los locales, podemos solicitar un nuevo ERTE por causa de fuerza mayor por LIMITACIÓN DE LA ACTIVIDAD; se recomienda renunciar al ERTE anterior una vez concedido este nuevo ERTE por limitación:

“Las empresas que vean **limitado** el desarrollo de su actividad en alguno de sus centros de trabajo, como consecuencia de decisiones o medidas, podrán beneficiarse de los siguientes porcentajes de exoneración, **desde la entrada en vigor del Real Decreto Ley, el día 30/09/2020 y hasta el 31 de enero de 2021:**

- 1) Para las empresas que, a 29 de febrero de 2020, tuvieran **menos de 50 trabajadores**, respecto de las personas trabajadoras de estas empresas que tengan sus actividades suspendidas, y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, la exención respecto de la aportación empresarial devengada será:
 - Del 100% en el mes de octubre;
 - Del 90% en el mes de noviembre;
 - Del 85% en el mes de diciembre de 2020;

Confederación Provincial de Comercio, Servicios y Autónomos de Sevilla

- Del 80% en el mes de enero de 2021
- 2) Para las empresas que, a 29 de febrero de 2020, **tuvieran 50 o más trabajadores**, respecto de las personas trabajadoras de estas empresas que tengan sus actividades suspendidas, y de los periodos y porcentajes de jornada afectados por la suspensión, la exención respecto de la aportación empresarial devengada será:
 - Del 90% en el mes de octubre;
 - Del 80% en el mes de noviembre;
 - Del 75% en el mes de diciembre de 2020;
 - Del 70% en el mes de enero de 2021.

Estas exenciones en la cotización se harán a instancia de la empresa, previa comunicación de la identificación de las personas trabajadoras y periodo de la suspensión o reducción de jornada, y previa presentación de la declaración responsable respecto a cada código de cuenta de cotización y mes de devengo. En la declaración se hará referencia a haber obtenido la correspondiente resolución de la autoridad laboral emitida de forma expresa o por silencio administrativo”, detallan desde Hostelería Madrid.

3. ERTE ETOP

Siempre queda la opción de **negociar con los trabajadores un ERTE por circunstancias económicas, técnicas, organizativas o productivas (ETOP)** y salirse del ERTE por causa de fuerza mayor. “El ERTE ETOP dota a la empresa de mayor flexibilidad en cuanto que puede acordar con los trabajadores la duración y demás circunstancias de aplicabilidad de la medida”, señala Francisco Fernández, socio de KPMG. Por ejemplo, podría aplicarse un ETOP en el caso de un establecimiento que decida mantenerse abierto con horario reducido, haciendo un ETOP para adaptar las jornadas de trabajo de la plantilla a la facturación real. Estos ERTE **no tienen exoneraciones en las cuotas de la Seguridad Social**.

Confederación Provincial de Comercio, Servicios y Autónomos de Sevilla

REFLEXIÓN FINAL

Como reflexión final, **para un negocio hostelero**, en todo caso, “lo lógico es **hacer un análisis interno de costes**, ver **qué interesa más**, si seguir exonerándose en la Seguridad Social y ampliar 6 meses más la salvaguarda del empleo o pagar desde octubre la cotización de la Seguridad Social siguiendo en ERTE por causa de fuerza mayor hasta el 31 de enero porque en un espacio temporal no muy lejano se ven opciones de recuperación o se podría tener que despedir para lo que cuanto antes se puedan computar los 6 meses (sin ampliarlos otros 6), mejor”, argumenta **Francisco Fernández, socio del área de KPMG Abogados**, que cree que, en todo caso, “hay que valorar caso por caso”.

Así, podrían diferenciarse **varias situaciones**:

- Si el hostelero prevé que va a necesitar hacer pronto extinciones de contrato (despidos), debería hacer números y quizás **pagar las cotizaciones de la Seguridad Social** desde octubre (para no sumar 6 meses más) o, incluso, afrontar la devolución de las exoneraciones ya disfrutadas desde marzo (con recargo e intereses) para así no tener que seguir manteniendo la salvaguarda de empleo de 6 meses, aunque, en este caso (como explicamos más abajo), el empresario se topará con la prohibición de despedir por causa Covid.
- **Si se va a tener que hacer un despido, mejor no tener exoneración desde octubre** y que pasen cuanto antes los 6 meses anteriores.
- **Si no se prevé hacer despidos**, valorar la posibilidad de subsistir con ERTE y exoneración para superar esta situación.

En este contexto, “la situación actual requiere que **examinemos la viabilidad real de nuestros establecimientos**. Es el momento de sentarnos, tomar aire y hacer cálculos para razonar si tiene sentido seguir con nuestro proyecto. Interesa **analizar los cambios que está habiendo en el consumo**, el teletrabajo, la evolución del turismo y si las ubicaciones que han funcionado hasta hoy van a ser las óptimas para el mañana. En definitiva, tenemos que **preguntarnos si nos interesa mantener nuestra empresa viva**”, sugiere desde la **asociación Hostelería Madrid**, que añade: “El nivel de endeudamiento y los compromisos de empleo a futuro que nos imponen estos ERTE

Confederación Provincial de Comercio, Servicios y Autónomos de Sevilla

requieren que veamos más allá. Requiere realizar una **hoja de cálculo** en la que analicemos los **costes** que vamos a tener estos meses, la previsión de **ingresos estimados** en función de nuestra experiencia con la pandemia e **imaginarnos un escenario post pandemia en 2023**, analizando los cambios que está sufriendo nuestro cliente. Hecha esta pregunta, **si la respuesta es que nuestra empresa es viable a futuro**, podremos responder a **cuál es la mejor manera de afrontarlo**”, a través de las diferentes opciones de ERTE por causa de fuerza mayor o ERTE ETOP. En cambio, desde la asociación madrileña, recalcan que **“si la respuesta es que mi establecimiento no es viable**, cuanto más se alargue la decisión de cierre y los compromisos de mantenimiento de empleo, mayor será la pérdida. En ese caso nos tendríamos que **plantear un concurso voluntario de acreedores** que podría tramitarlo dentro del presente año”.

OPCIONES Y LIMITACIONES PARA DESPEDIR EN LA ‘CRISIS COVID’ (*)

Diferencias entre salvaguarda del empleo y obligación de no usar la causa Covid para despedir (o prohibición de despedir por causa Covid).

Un tema clave en la gestión de los ERTE se centra en **qué posibilidades tiene el empresario (en este caso, el hostelero) de realizar despidos** en caso de que la actividad no se recupere y necesite hacer un recorte de costes, sin llegar a tener que recurrir al concurso o precurso de acreedores.

En el **actual contexto Covid** y con la figura de los ERTE como salida para que el hotelero se haya ahorrado desde marzo los costes laborales de sus empleados, hay que distinguir **dos conceptos distintos en cuanto a la opciones de despedir**: la **salvaguarda del empleo y la obligación de no usar la causa Covid para despedir (o la mal llamada prohibición de despedir por causa Covid).**

Confederación Provincial de Comercio, Servicios y Autónomos de Sevilla

SALVAGUARDA DEL EMPLEO

Por un lado, está la **SALVAGUARDA DEL EMPLEO**, que es la **obligación de mantener el nivel de empleo durante 6 meses desde la recuperación de la actividad** en el caso de estar en **ERTE por causa de fuerza mayor** y, por lo tanto, de haberse beneficiado de las exoneraciones de la Seguridad Social. En caso de no cumplir esta obligación de mantener el empleo, el empresario debe devolver esas exoneraciones con recargo e intereses.

¿Cómo se computan los 6 meses para mantener el nivel de empleo desde la recuperación de la actividad? ¿Desde cuándo se puede considerar que se recupera la actividad? La norma (el real decreto de marzo) no lo clarifica. Por ahora, hay diferentes opiniones.

Una opinión sostiene que **la recuperación de la actividad se produce cuando una parte relevante de trabajadores del ERTE están desafectados**. Esa 'parte relevante' podría ser parecida a una mayoría numérica, según esta opinión (por ejemplo, de 10 empleados, 6 están desafectados, incluso alguno parcialmente). "Es la postura que yo defendería", sostiene **Francisco Fernández, socio del área de Laboral de KPMG Abogados**.

Otra opinión es que **los 6 meses se cuentan desde que están desafectados todos los trabajadores**.

Otra es que hay que **ir persona por persona**, algo que el socio de KPMG no ve mal, pero considera "una locura de gestionar e, incluso, puede ser injusto o arbitrario si el orden de desafectación no responde a causas objetivas".

Por último, algunas opiniones 'más valientes' sostienen que los 6 meses se **cuentan desde que se desafecta a un empleado**.

Confederación Provincial de Comercio, Servicios y Autónomos de Sevilla

En resumen, no solamente no está aclarado en la norma, sino que el nuevo RD de anteaer aún lo complica más. **No hay todavía jurisprudencia que unifique criterio sobre cómo computar los 6 meses.**

Incluso aunque la Dirección General de Trabajo emitiera una resolución opinando sobre ello, no tendría carácter vinculante para un juez.

OBLIGACIÓN DE NO USAR LA CAUSA COVID PARA DESPEDIR

Por otro lado, está **la mal llamada prohibición de despedir por causa Covid o la OBLIGACIÓN DE NO USAR LA CAUSA COVID PARA DESPEDIR** (es decir, está prohibido usar el Covid como causa para despedir) que permanecerá vigente hasta el 31 de enero de 2021. Es una obligación para cualquier empresa, esté o no en ERTE. “No es que esté prohibido despedir, sino que NO se podría despedir argumentando el Covid, sino despedir por otras razones del tipo que sea previstas en la ley”, aclara **Francisco Fernández, socio del área de Laboral de KPMG Abogados**. En todo caso, “la causa a alegar para un despido en estos tiempos tiene que estar totalmente desconectada del Covid (ejemplos como que un empleado roba o alguna falta que es demostrable...). En un sector como la restauración si no se tiene una causa muy potente que se pueda argumentar muy bien, es muy complicado despedir ahora mismo. En caso de que se despidiera por causa Covid, se consideraría como mínimo improcedente y también podría ser nulo (con obligación de readmitir al empleado despedido y abonarle los salarios no percibidos desde el despido). Si es nulo o improcedente es otra de las grandes discusiones. Aún no hay doctrina unificada sobre este tema”, añade.

Sobre el caso de querer **despedir a un empleado que sigue en ERTE**, entraría en juego tanto la salvaguarda del empleo durante 6 meses como la prohibición de despedir por causa Covid (no usar la causa Covid para extinguir contratos, que ahora al menos se mantiene hasta el 31 enero); sería



Confederación Provincial de Comercio, Servicios y Autónomos de Sevilla

un caso muy difícil para una empresa despedir a alguien por algo que no va tener nada que ver con el Covid, mientras además sigue en ERTE; como mínimo, va a costar el máximo de dinero por despido improcedente, aparte de que el riesgo de nulidad se incrementa en el caso de una persona en ERTE.

(*) Información elaborada con ayuda de Francisco Fernández, socio del área de Laboral de KPMG Abogados.

Fuente:

<https://www.gastroeconomy.com/2020/10/guia-sobre-la-prorroga-de-erte-hasta-el-31-de-enero-de-2021-opciones-para-la-hosteleria/>

Aprocom

Dpto. Técnico.