

BREVE ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS EN DEFENSA DEL EMPLEO CONTEMPLADAS DESDE EL REAL DECRETO LEY 8/2020 AL REAL DECRETO LEY 2/2021: COMPROMISO DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO Y PROHIBICIÓN DE DESPEDIR

MARIA ÁNGELES VILLANUEVA MEDINA

NET21 NÚMERO 2, ABRIL2021

Es una gran responsabilidad para mí asumir el encargo de este reciente grupo de trabajo creado, del que tengo el placer de forma parte, de realizar unas breves notas sobre las medidas de protección del empleo en la normativa COVID 19, máxime cuando forman parte del mismo, reconocidos y prestigiosos juristas y académicos del mundo laboralista. Espero estar a la altura del encargo.

Desde el inicio de la pandemia y declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, en marzo de 2020, fue preciso adoptar una serie medidas restrictivas, de mayor a menor intensidad según iba evolucionando la crisis sanitaria por la COVID-19, que exigieron a su vez, aprobar diferentes medidas, encaminadas a limitar el impacto económico y laboral de esas restricciones. Y que en el ámbito laboral, en gran parte, se lograron tras procesos de diálogo social, llegando a alcanzar importantes Acuerdos que se han plasmado en los Reales Decretos Leyes 8/2020, 18/2020, 24/2020, 30/2020 y más reciente 2/2021.

Entre las medidas en materia laboral que pretendían paliar las graves consecuencias que la pandemia estaba ocasionando y que se han mantenido hasta la actualidad, convirtiéndose en el instrumento fundamental de contención de destrucción de empleo, está la flexibilización de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) tanto por causa de fuerza mayor, como en el supuesto de los derivados de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, ya que era firme voluntad del legislador y de los agentes sociales mantener el empleo. Voluntad expresada con claridad en la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 8/2020 y restantes reales decretos leyes, al afirmar que el capítulo II "establece las

medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos (...) siendo el objeto de las medidas contempladas priorizar el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos”¹.

A mi juicio entre las medidas encaminadas a mantener el empleo, destaca no sólo la denominada **cláusula de “salvaguarda del empleo”** o compromiso de mantenimiento del empleo, recogida por primera vez en la Disposición Adicional Sexta del RD Ley 8/2020, sino también **la prohibición de despedir**, que se reguló en el art. 2 del RD Ley 9/2020, y que prohíbe que las causas que amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada, puedan ser justificativas de la extinción del contrato de trabajo y del despido.

Ambas medidas, con distintas modificaciones o limitaciones en su redacción inicial, como ahora veremos, se han mantenido vigentes y prorrogadas hasta el 31 de mayo de 2021 (artículo 3 del RD Ley 2/2021), entre otras razones, por la defensa a ultranza que de las mismas han protagonizado en la Comisión de Seguimiento tripartita laboral (creada por la Disposición Adicional 2ª del RD Ley 18/2020), las organizaciones sindicales más representativas, CCOO y UGT y que han podido plasmarse en los Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo.

Esperemos que de prorrogarse los ERTes más allá del 31 de mayo de 2021, como solicitan las organizaciones empresariales y sindicales, ambas medidas de protección del empleo se mantengan para impedir la destrucción en el empleo, ya que como ha afirmado el Secretario General de CCOO, Unai Sordo, “aunque los datos del paro son muy altos, si en España estamos actualmente en torno al 17% de tasa de desempleo ha sido por los ERTes que han evitado que nos fuésemos muy por encima del 20-24%, como ocurrió en la anterior crisis en la que se llegó al 26%”, y ha remarcado que “sin la

1. La Exposición de Motivos del RD Ley 18/2020 señala que las medidas contempladas en dicho RDL pretenden dar una respuesta adecuada para que las empresas adopten los ajustes dinámicos necesarios que les permitan transitar hasta un escenario de «nueva normalidad», **salvaguardar el empleo** y proteger especialmente a las personas trabajadoras. Y añade que: A las medidas de racionalidad económica acompañan las necesarias medidas de racionalidad social, manteniendo la vigencia de aquellas medidas complementarias de protección del empleo que se entienden precisas para garantizar la necesaria estabilidad y evitar el efecto de una alta flexibilidad cuantitativa externa, a través de despidos y destrucción de puestos de trabajo.

Por su parte, la Exposición de Motivos del RD Ley 24/2020 dispone que toda la normativa adoptada por causa del COVID-19, cuyo pilar o eje fundamental está constituido por las medidas de flexibilidad interna, de carácter coyuntural, ha tenido por objetivo estabilizar el empleo, **evitar la destrucción de puestos de trabajo y sostener el tejido productivo**, a través además de una flexibilización de los mecanismos precisos, evitando cargas adicionales innecesarias.

utilización de los ERTES y algunas medidas más, la cifra de parados se incrementaría en más de 2.500.000 personas”.

Dado que en el anterior número del blog ya se debatió y abordó el debate sobre la calificación jurídica del despido por COVID 19, en este artículo me centraré únicamente en la cláusula de compromiso del mantenimiento del empleo en los ERTES, si bien, será sólo una aproximación muy parcial de la regulación de esta compleja medida, que desde un primer momento ha suscitado gran interés en el mundo académico y profesional del derecho del trabajo².

Pues bien, la escasa regulación de la redacción inicial de esta medida recogida en la DA 6ª del RD Ley 8/2020, que condicionaba las medidas extraordinarias previstas en dicho RDL “al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”, suscitó desde un primer momento numerosas dudas e interrogantes, ¿cuáles eran las medidas a las que se refiere la DA?, ¿si afecta sólo a los ERTES por fuerza mayor o también a los ERTES ETOP? ¿cuáles eran las consecuencias del incumplimiento? ¿como se computaba el plazo de seis meses?

Cuestiones que en parte quedaron resueltas con las posteriores modificaciones introducidas en los RD Leyes 11/2020 y RDL 18/2020, éste último alterando por completo la redacción original de la DA 6ª del RD Ley 8/202 (DF 1ª.3), y que se mantiene en la actualidad tras las prórrogas establecidas en los RD Leyes 24/2020, 30/2020 y RD Ley 2/2021; si bien no puede obviarse que incluso la redacción actual de este compromiso de mantenimiento del empleo resulta en ocasiones ambigua e imprecisa, consecuencia lógica de las posiciones enfrentadas en el seno del proceso de diálogo social en esta materia³.

² MERCADER UGUINA, J.R., “Compromiso de empleo en los ERTES por fuerza mayor y COVID-19: más dudas, mas incertidumbre” (marzo 2020), “El RD Ley 18/2020 y la “nueva” concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas” (mayo 2020). MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El RD Ley 18/2020 y la nueva concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas” (mayo 2020). BAYLOS GRAU, A., “El Acuerdo Social en el BOE: El RDL 18/2020 de medidas sociales en defensa del empleo” (mayo 2020). BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., Una Mirada Crítica a las relaciones laborales. “COVID-19 y medidas sociolaborales: “Refundición” RD Ley 6 a 35/2020 y 2/2021 y Leyes 3/2020 y 8/2020”. ROJO TORRECILLA, E., “Covid19. Sobre la cláusula de salvaguardia del empleo. Notas a las respuestas de la Dirección General de Trabajo de 7 y 11 de abril a dos escritos presentados por la CEOE”. FALGUERA BARO, M.A., “Análisis de urgencia de la Legislación Laboral durante el Estado de Alarma” (junio 2020).

³ Destacar los cuatro criterios interpretativos de la Dirección General de Trabajo, de fechas 7, 11 y 29 de abril de 2020 (DGT-SGON-863 CRA, 850 CRA y 919 CRA, respectivamente) y la

Sin perjuicio de los primeros planteamientos surgidos y centrándome en la actual configuración de esta cláusula, sin ánimo de ser exhaustiva dada la complejidad de esta regulación⁴, destacar aquellas cuestiones que considero más relevantes:

- a) **Están sometidas al compromiso de mantenimiento de empleo las empresas que se hayan acogido a ERTES fuerza mayor o ERTES ETOP por COVID-19**, y que se hayan beneficiado de las exoneraciones previstas, si bien, a la hora de concretar con mayor precisión el ámbito de aplicación es determinante si los ERTES son anteriores a la entrada en vigor de los RD Leyes 18/2020, 24/2020 y 30/2020, puesto que en este aspecto hay controversia entre la doctrina científica sobre qué tipo de ERTES están o no sometidos a esta cláusula y desde cuándo se inicia el cómputo (es muy interesante y completo el planteamiento que realiza el profesor I. BELTRAN HEREDIA en "COVID-19 y medidas sociolaborales: "Refundición" RD Ley 6 a 35/2020 y 2/2021 y Leyes 3/2020 y 8/2020").
- b) **Están excluidas expresamente las empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores** (muy críticos con esta excepción por excluir a las empresas incursas en concurso MERCADER UGUINA, DE LA PUEBLA, FALGUERA o BELTRAN DE HEREDIA, al resultar difícil de comprender la disparidad de tratamiento entre empresa con riesgo de concurso y empresa concursada).
- c) **El plazo de seis meses se computa desde la fecha de reanudación de la actividad**, entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aún cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla". En este aspecto, surgen dos interpretaciones, las que defiende el cómputo nominal de cada trabajador (CASAS BAAMONDE y RODRIGUEZ PIÑERO, FALGUERA BARO), frente a aquellos que entiende que la desafectación de un trabajador inicia el cómputo de los seis meses (MERCADER y DE LA PUEBA, BELTRÁN HEREDIA, ARAGÓN GÓMEZ). Sin perjuicio de las especialidades marcadas en materia de cómputo de los plazos marcados en los RD Leyes

nota informativa de la Dirección General de la ITSS que recoge el Criterio de la DGT sobre la devolución en caso de incumplimiento de la salvaguarda de empleo.

⁴ Un estudio más exhaustivo y riguroso es el del profesor BELTRÁN DE HEREDIA, I., que examina con profundidad y detalle todos los aspectos posibles de este compromiso de mantenimiento del empleo, desde su inicio hasta la actualidad y que está reseñado en la nota pie de página 2.

24/2020 y RD Ley 30/2020, que no dependen de la reanudación de la actividad.

- d) **No se entiende incumplido el compromiso** cuando el contrato se extinga por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo y en el caso de los contratos temporales cuando éstos se extingan por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.
- e) Pero sin duda, de las cuestiones que suscitan mayor interés, **está las consecuencias del incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo**, que dejando al margen la obligatoriedad de reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes (literalidad de la DF 1ª.3 del RD Ley 18/2020), y en la que no me detendré, pese a que también hay diferentes interpretaciones sobre si procede la devolución de la totalidad de las exoneraciones (criterio interpretativo de la DGT) o tan sólo la de aquellas personas trabajadores respecto de las que se haya producido el incumplimiento, lo más importante, a mi juicio, son **las consecuencias del incumplimiento en la calificación del despido o extinción de la persona trabajadora** respecto de la que se ha producido un incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo.

Nuevamente es una cuestión que suscita posiciones enfrentadas entre la doctrina, estando a favor de la calificación de nulidad el profesor BAYLOS, de la improcedencia MOLINA NAVARRETE o de la no afectación en la calificación del despido, de los profesores BELTRAN DE HEREDIA o MERCADER y DE LA PUEBLA.

Por su parte, la jurisprudencia, en las escasas sentencias en las que se ha pronunciado, también tiene posiciones contradictorias.

En concreto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de febrero de 2021 (Rec.733/2020-C), que aborda el despido efectuado el 9 de mayo de 2020, por causas objetivas de una trabajadora afectada por un ERTE de fuerza mayor en el mes de marzo de 2020 (art.22 RD Ley 8/2020), amparándose la empresa subcontratista (empleadora de la despedida) que la empresa principal había suspendido el contrato como consecuencia de la

crisis por COVID-19. La Sala considera que “es evidente que el despido de la trabajadora supone un incumplimiento directo y manifiesto de dicho compromiso, al producirse antes de finalizar el plazo de seis meses desde la reanudación de la actividad. Ese incumplimiento supone desde luego la pérdida de todos los beneficios derivados del ERTE por fuerza mayor, cuestión ajena a la presente litis, siendo más dudoso si además determina la ilegalidad del despido producido en incumplimiento del compromiso”. Pese a este interrogante planteado por la Sala, que finalmente no aborda en la fundamentación jurídica de la Sentencia, concluye que el despido efectuado es improcedente por aplicación del art. 2 del RD Ley 9/2020, puesto que la causa de fuerza mayor que afectaba a la empresa principal es también una causa de fuerza mayor derivada de la epidemia de COVID-19 para la subcontratista, lo que implica que el despido vulneró la tajante prohibición contenida en el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020”

Por su parte y estableciendo que los efectos del incumplimiento sólo recaen en el deber de reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, y no en la calificación del despido o extinción, se ha pronunciado el Juzgado de lo Social nº 1 de Soria en Sentencia de fecha 14 de diciembre de 2020.

Sin embargo, en sentido opuesto, se pronuncia el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao en Sentencia de fecha 9 de febrero de 2021, que declara la improcedencia del despido efectuado a una trabajadora acogida a un ERTE el 14/04/2020 y a la que se le extingue el contrato por jubilación del empresario antes de los seis meses, afirmando que “la empleadora conocía que no podría cumplir con la cláusula de la DA 6, o bien que, en cumplimiento de aquella, debería extender su actividad laboral seis meses tras la desafectación de un trabajador, no resultando admisible basarse en una norma que recoge consecuencias beneficiosas para el empresario y trabajador pero de manera parcial, debiendo la misma ser observada en su integridad (...) En definitiva, ...se ha incumplido el compromiso o cláusula de salvaguarda del empleo, lo que determina que deba declararse la improcedencia del cese operado”.

Y en el mismo sentido, la Sentencia de fecha 15 de diciembre de 2020 del Juzgado de lo Social nº 3 de Talavera de la Reina, que determina que “el RDL 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su Disposición Adicional Sexta bajo el título “Salvaguarda del Empleo” impone la prohibición expresa de extinguir contratos de trabajo durante los seis meses posteriores a la finalización del ERTE, un compromiso de mantenimiento en

el empleo por seis meses de los trabajadores afectados por el ERTE desde la fecha de reanudación de la actividad que en este caso se ha incumplido. En virtud de lo expuesto resulta obligado declarar la IMPROCEDENCIA del despido llevado a cabo”.

Veremos qué sucede una vez se reúna nuevamente la Comisión Tripartita Laboral en los próximos días, y si en el seno de la misma, es posible un nuevo Acuerdo Social en Defensa del Empleo que contemple todas las cuestiones que se suscitan en torno a los ERTES, su vigencia, las empresas que puedan acogerse nuevamente a los mismos, la prohibición de despedir y el mantenimiento de este compromiso de empleo y sus efectos, consecuencias, ámbito de aplicación y demás cuestiones controvertidas y no resueltas en los anteriores RDLeys, debiendo ser conscientes nuevamente de la dificultad que entraña el alcanzar un Acuerdo que recoja con las diferentes posiciones de cada uno de las partes. Confiamos en ello.