

LA GARANTÍA DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO DURANTE LA CRISIS COVID-19 Y SU FUTURO INMEDIATO

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

NET21 NÚMERO 2, ABRIL2021

El RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de las medidas en defensa del empleo lleva a cabo la que por ahora es la última prórroga hasta el 31 de mayo de 2021, tanto de los ERTES basados en el artículo 22 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, como de los ERTES "por impedimento" autorizados en base a lo dispuesto al RDL 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 tanto que los autorizados en base al RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, se mantendrán vigentes en los términos recogidos en las correspondientes resoluciones estimatorias.

Desde marzo de 2020 se han ido sucediendo las normas laborales de excepción para afrontar el impacto que sobre el empleo ha tenido desde el primer momento la crisis económica derivada de la crisis sanitaria por Covid-19. Normas que, en el ámbito del empleo, han fijado como instrumento para mantener el empleo durante la crisis económica pandémica, la suspensión de los contratos de trabajo o la reducción de la jornada mediante ERTES, tanto por fuerza mayor, como por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, (ETOP) relacionadas o directamente originadas por la crisis sanitaria. El fundamento de esta regulación de excepción ha sido el de que *"contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos"* (preámbulo RDL 8/2020) y en este sentido la norma ha sido clara, siendo muy significativo el lenguaje directo que utiliza: *"Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos"* (Capit. II RDL 8/2020). De manera que si la falta o la limitación de la actividad de la empresa han sido motivadas por el Covid-19, y consiguientemente necesita hacer ajustes de plantilla, la norma ha establecido desde un primer momento como vía prioritaria de ajuste la

desvinculación temporal del contrato de trabajo o la reducción temporal de la jornada mediante ERTE. Eso sí, se dota la medida de fuertes apoyos tanto económicos como administrativos, en beneficio principalmente de las empresas por soportar el sacrificio de mantener los contratos de trabajo hasta la reanudación o incremento de la actividad: por un lado, el coste de tal medida ha sido asumido por el Estado, tanto en lo que se refiere a las prestaciones por desempleo de las personas trabajadoras afectadas (no computando el tiempo de percepción a efectos de futuras prestaciones de desempleo) como en el pago de las cotizaciones, exonerando a las empresas de este coste a su cargo. Y, por otro lado, se arbitran reglas especiales sobre las generales, que flexibilizan la tramitación de los expedientes de regulación de empleo, incluyendo la creación de un nuevo concepto *ad hoc* de fuerza mayor, como presupuesto habilitante para autorizar el ERTE.

Esta flexibilización excepcional del mecanismo de ajuste temporal de empleo mediante ERTE "para evitar los despidos", ha venido acompañada de forma coherente con una disposición adicional relativa a la "salvaguarda del empleo" (Disp. Adic. 6ª RDL 8/2020) que, en síntesis, viene a imponer a las empresas que han hecho uso de ERTES por fuerza mayor Covid-19 (art. 22 RDL 8/2020) y por causas ETOP Covid-19 (RDL 24/2020) "el compromiso de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla". La vigencia de este "compromiso" se ha ido prorrogando en paralelo a las prórrogas de los ERTES, llegando también hasta 31 de mayo de 2021, si bien cada una de estas normas ha ido especificando el cómputo del periodo de duración del compromiso de mantenimiento del empleo en función del momento en el que se beneficien por primera vez de las exoneraciones en las cotizaciones (RDL 24/2020), y creando acumulativamente nuevos periodos de compromisos de seis meses, en el caso de que las empresas se beneficien de nuevas exoneraciones, que se acumulan a los anteriores previamente asumidos: "si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido, el inicio del periodo previsto en este apartado se producirá cuando aquel haya terminado" (RDL 30/2020). En términos más precisos en este aspecto se explica el preámbulo del RDL 2/2021: "la cláusula de salvaguarda vuelve a desplegar todo su contenido, lo que implica que las empresas, una vez cumplidos los periodos de 6 meses de salvaguarda de empleo que hubieran adquirido según lo previsto en las normas previas, se comprometen, en virtud de este real decreto-ley, al mantenimiento del empleo durante otro nuevo periodo de 6 meses de duración, cuyo cómputo se inicia una vez finalizados los anteriores en su integridad".

Decimos que es una regla coherente por parte de la norma exigir a las empresas que se han beneficiado de un régimen de ERTE flexible y subvencionado con dinero público, que mantengan después esos empleos tras la reactivación de la actividad, mantenimiento del empleo que también es parcialmente costado por el Estado, a través de nuevas exoneraciones (totales o parciales) en el pago de las cotizaciones de la empresa. Pero de la configuración legal de la regla se observa que, pese a su denominación, va más bien dirigida a recuperar parte del coste público que ha supuesto la medida ERTE -en el caso de que la empresa extinga el contrato de trabajo tras la reincorporación de las personas trabajadoras afectadas- que a reforzar la protección del empleo -siendo ya de por sí significativo que la norma configure la salvaguarda del empleo como un “compromiso” de la empresa-. Y ello por el hecho de que la única consecuencia explícita del incumplimiento de este compromiso por parte de las empresas es la de “reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes” (añadida por el RDL 18/2020, que incorpora el contenido del primer Acuerdo Social en Defensa del Empleo –ASDE I-) lo que no asegura en modo alguno la pervivencia de los contratos de trabajo y, por tanto, no cumple con la finalidad de “salvaguarda del empleo”.

En este contexto, la pérdida de empleos afecta a intereses generales, y no sólo al de las partes de la relación laboral, lo que justificaría una consecuencia de más entidad, como puede ser la nulidad de las extinciones de contratos llevadas a cabo durante el periodo vigente de compromiso, lo que resulta más acorde con la finalidad de mantenimiento del empleo y reactivación de la economía en las que se basan estas normas excepcionales, y que justificaría también la limitación temporal de la libertad de empresa, en una lógica de equilibrio de todos los intereses en juego.

Pero el carácter económico de la sanción por incumplimiento del mantenimiento o salvaguarda del empleo –recuérdese que es aplicable a los contratos de trabajo provenientes de ERTES por fuerza mayor o por causas ETOP relacionadas con el Covid-19-, no impide que se active en estos casos la disposición legal conocida como “prohibición de despedir” establecida en el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19, conforme a la cual *“La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se*

podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido". Entendemos aplicable esta disposición a los supuestos de incumplimiento de la cláusula o compromiso de salvaguarda del empleo cuando, tras la reincorporación al trabajo por finalización del ERTE, las extinciones de contratos y los despidos llevadas a cabo durante ese periodo de seis meses se basen en fuerza mayor o causas ETOP relacionadas con el Covid-19.

Y ello porque si se analizan los supuestos de extinciones de contratos y despidos a los que se les aplica la obligación de mantenimiento o salvaguarda del empleo, se observa que las no permitidas son las extinciones y despidos objetivos y colectivos por fuerza mayor o por causas ETOP, y dentro de estos se encuentran también los que provienen o están relacionados con la situación originada por el Covid-19. O, dicho de otro modo, si bien la obligación de mantenimiento del empleo pretender impedir todas las extinciones y despidos basados en circunstancias de la empresa –fuerza mayor y causas ETOP- para el caso de que éstas estén basadas en motivos Covid-19 entra en juego además la “prohibición de despedir” prevista en el art. 2 del RDL 9/2020, y sus consecuencias jurídicas. No obstante, la calificación jurídica que debe recibir ese despido que contraviene la finalidad de la norma de evitar la destrucción de empleo por motivos derivados del Covid-19 (art. 2 RDL 9/2020) ha sido y sigue siendo una cuestión controvertida por parte de la doctrina científica y judicial, habiéndose expuesto extensamente por los partidarios de una u otra interpretación argumentos tanto para defender su nulidad como la improcedencia ordinaria, así como la improcedencia con una indemnización disuasoria adicional por aplicación de normas internacionales como es el Convenio 158 de la OIT. Sobre este debate jurídico nos remitimos al número uno de esta web NET21.ORG

Desde una perspectiva de conjunto, y en teoría, a través de estas reglas normativas de salvaguarda del empleo –prohibición de despido y extinciones de contrato relacionados con causas Covid-19, y compromiso de mantenimiento de los contratos tras la finalización del ajuste temporal- queda diseñado normativamente el círculo protector alrededor del empleo ante una situación de pandemia que, si bien es de una magnitud exponencial a escala mundial, no deja de ser una situación coyuntural y excepcional -con sostenimiento público-. Dicho círculo protector alcanzaría los tres momentos más críticos para la pervivencia del contrato de trabajo, ya sean contratos indefinidos o de duración determinada: el momento inicial de necesidad por la empresa de llevar a cabo un ajuste de plantilla motivado por causas Covid-19, en el que la norma obliga al ajuste temporal, no permitiendo la decisión de despido –otra cuestión es la interpretación de la consecuencia del

incumplimiento de esta norma imperativa, ya apuntado-. Un segundo momento, durante la vigencia de la medida de ajuste temporal, al que también se le aplica la misma regla de prohibición de despido. Y un tercer momento, en el que ya ha finalizado la medida de ajuste temporal y los trabajadores afectados se reincorporan al trabajo, supuesto en el que entra en juego la regla legal sobre el compromiso de mantenimiento o salvaguarda de estos empleos por parte de las empresas durante un periodo de al menos seis meses. Cabe añadir que la prohibición o limitación del despido relacionado con causas Covid-19 se ha hecho extensiva también a empresas que no hayan llevado a cabo previamente ajustes temporales de plantilla mediante ERTES.

Este marco normativo de la excepcionalidad para salvaguardar el empleo durante la pandemia, sintéticamente esbozado, nos lleva a hacer unas breves reflexiones en términos de debate sobre la protección actual y futura del empleo.

1) Desde una perspectiva social, la salvaguarda del empleo se ha diseñado por el poder público, y los interlocutores sociales, logrando un difícil equilibrio de intereses y con un alto coste económico público con el fin de mantener los puestos de trabajo, algo esencial para la reanudación de la actividad empresarial y la recuperación económica. Ésta ha sido también la apuesta por parte de otros países de nuestro entorno, como se pone de manifiesto en el Informe Conjunto sobre el Empleo de la Comisión europea: *Proposal for a Joint Employment Report 2021*, en el que se constata que el impacto de la crisis pandémica en el empleo ha sido mitigado en parte gracias a medidas de ajustes temporales de empleo adoptadas por los estados miembros de la UE.

2) Desde un punto de vista técnico-jurídico, estas normas excepcionales de salvaguarda del empleo en algunos casos se presentan incompletas, en el sentido de que no van acompañadas de las consecuencias jurídicas específicas para tales reglas especiales, lo que obliga a interpretar el marco normativo ordinario, no previsto para estos nuevos supuestos. Esto lleva a su vez a la judicialización de los despidos Covid-19, a la dilación en tiempos de soluciones rápidas, y a la disparidad de soluciones judiciales –nulidad o improcedencia de los despidos, indemnización ordinaria o disuasoria-. En este contexto, adquiere especial relevancia el criterio judicial de interpretación de las normas que, si bien se debe basar en el sentido propio de sus palabras, éstas se deben poner en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y sobre todo se debe atender

fundamentalmente a la finalidad de aquéllas (art. 3 del Código Civil), que en este caso es la protección y mantenimiento del empleo.

3) De cara a un futuro inmediato, cabe cuestionar la idoneidad de nuestro marco normativo actual sobre despidos por circunstancias empresariales, una vez acabe la vigencia de las normas excepcionales. El empleo es uno de los pilares para la recuperación de la economía, tanto en condiciones ordinarias como excepcionales, así como para el equilibrio económico público. Es además un derecho social, por lo que su protección no puede ser algo excepcional. Y es que nuestro marco normativo ordinario se basa en un contexto excepcional de crisis económica (reforma laboral de 2012), caracterizado por reglas que descansan principalmente en la expansión del poder unilateral de las empresas, una casi nula intervención de la autoridad pública, y un papel de los representantes de los trabajadores con escaso espacio para desplegar su potencial negociador. Diseño legal anacrónico y desequilibrado en la protección de todos los intereses en juego, que permite dejar comarcas enteras sin empleos directos e indirectos, incluso en supuestos de resultados empresariales positivos.

El anunciado inicio del estudio de un nuevo Estatuto de las personas Trabajadoras no debería pasar por alto que este marco debe ser actualizado, y democratizado socialmente, aprovechando los márgenes que la legislación europea deja a los estados miembros en este sentido. La protección del trabajo debe ser un objetivo permanente, y esta lógica debe impregnar la adecuación del marco normativo sobre despidos por causas empresariales.