

Las cláusulas de mantenimiento de empleo y los efectos en caso de contravención

Carlos González González

Magistrado del Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona (España)
carlos.gonzalez.gonzalez@poderjudicial.es

Este trabajo ha obtenido el **accésit del Premio Estudios Financieros 2022** en la modalidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El jurado ha estado compuesto por: doña María Luisa Molero Marañón, don Ignacio Carvajal Gómez-Cano, don Eduardo López Ahumada, doña María José López Álvarez y don Álvaro Rodríguez de la Calle.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato.

Extracto

Aunque forma parte de la libertad de empresa la facultad de despedir cuando concurre causa legalmente habilitante, sin embargo, es posible establecer límites que excluyan, con carácter temporal, esa facultad de extinguir contratos de trabajo. Dichos límites pueden venir establecidos en las leyes o ser fruto de acuerdos obtenidos en la negociación de convenios colectivos o al negociar medidas de flexibilidad laboral. El presente artículo analiza las cláusulas de mantenimiento de empleo en nuestro ordenamiento jurídico, incidiendo especialmente en la determinación de las consecuencias jurídicas que se pueden derivar del desconocimiento del compromiso de empleo. Finaliza con el estudio de la prohibición de despedir que establece el Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania.

Palabras clave: prohibiciones de despedir; mantenimiento de empleo; libertad de empresa.

Recibido: 04-05-2022 / Aceptado: 08-09-2022

Cómo citar: González González, C. (2022). Las cláusulas de mantenimiento de empleo y los efectos en caso de contravención. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 55-90. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3327>



Job retention clauses and the effects in case of contravention

Carlos González González

Abstract

Although it is part of the freedom of enterprise to dismiss when there is a legally valid reason for dismissal, it is nevertheless possible to establish limits that exclude, on a temporary basis, this power to terminate employment contracts. Such limits may be established by law or be the result of agreements reached in the negotiation of collective bargaining agreements or when negotiating labour flexibility measures. This article analyses the employment maintenance clauses in our legal system, with special emphasis on the determination of the legal consequences that may derive from the disregard of the employment commitment. It ends with a study of the prohibition of dismissal established by Royal Decree-Law 6/2022, of 29 March, adopting urgent measures within the framework of the National Response Plan to the economic and social consequences of the war in Ukraine.

Keywords: prohibition of dismissal; safeguarding of employment; freedom of enterprise.

Citation: González González, C. (2022). Job retention clauses and the effects in case of contravention. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 471, 55-90. <https://doi.org/10.51302/rtss.2022.3327>



Sumario

1. Introducción
 2. Los compromisos de empleo en la negociación colectiva y en los acuerdos de las medidas de flexibilidad laboral
 3. El mantenimiento de empleo en la legislación de fomento de la contratación indefinida y de activación del empleo
 4. La salvaguarda de empleo en la legislación excepcional de la COVID-19
 - 4.1. Normativa reguladora
 - 4.2. Efectos de la contravención de la salvaguarda del empleo
 - 4.3. Los efectos de la contravención de la salvaguarda del empleo en la doctrina judicial
 5. El compromiso de mantenimiento de empleo en la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre
 6. Prohibición de despedir en el RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania
 - 6.1. Normativa reguladora
 - 6.2. Alcance de la limitación del despido por necesidades empresariales
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Es consustancial a la relación laboral la tensión entre los derechos de las personas trabajadoras y las facultades que corresponden en la dirección y organización de la actividad empresarial. Tensión que adquiere su máxima expresión cuando la empresa decide extinguir el contrato de trabajo como facultad que forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa (art. 38 Constitución española –CE–)¹.

La libertad de empresa, en su dimensión subjetiva, implica el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 83/1984, de 24 de junio). Existe una garantía del inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial «en libertad». Conlleva el reconocimiento de una libertad de decisión no solo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Ha de ser entendida como libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado, y cuyo respeto marca los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad (STC 96/2013, de 23 de abril²).

En este contexto, forma parte del contenido de la libertad de empresa la facultad empresarial de adoptar medidas de gestión de recursos humanos para desarrollar la actividad empresarial. Incluye la facultad de adoptar medidas de flexibilidad de salida. Destaca en este sentido la STC 192/2003 que, como poder empresarial, la facultad de despido se enmarca en los poderes que el ordenamiento concede a la persona empleadora para la

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de octubre de 2018 (rec. 2715/2016). Reconoce que la facultad de despedir cuando concurre causa legalmente habilitante para ello es consustancial o parte integrante del derecho a la libertad de empresa.

² Con cita de las SSTC 225/1993, de 8 de julio, y 96/2002, de 25 de abril.

gestión de su empresa y que, por ello, la regulación del despido debe tener en cuenta las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad.

El propio derecho al trabajo que consagra el artículo 35 de la CE encuentra uno de sus límites, cabalmente, en la libertad de empresa, como el TC nos recuerda. No es un derecho absoluto ni incondicional, pudiendo quedar sujeto a limitaciones justificadas en atención a la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela. Entre otros, el derecho al trabajo puede entrar en conflicto con el reconocimiento en el artículo 38 de la CE de la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad. Sin perjuicio de los límites necesarios, las exigencias derivadas de la libertad de empresa pueden legitimar el reconocimiento legal de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en los poderes de gestión de la empresa (STC 192/2003, de 27 de octubre, STC 119/2014, de 16 de julio, con doctrina que reitera la STC 118/2019, de 16 de octubre).

También se reconoce a nivel internacional el derecho a despedir en el artículo 4 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Admite que se ponga término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta de la persona trabajadora o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. La propia libertad de empresa se consagra como derecho fundamental en el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. Con base en dicho precepto en relación con la Directiva sobre derechos de información en los despidos colectivos (Directiva 1998/59), la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de fecha 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15) llega a declarar que un Estado miembro no puede adoptar una medida nacional que, pese a que permita garantizar en un nivel reforzado la protección de los derechos de las personas trabajadoras frente a los despidos colectivos, tenga, sin embargo, como consecuencia privar de efecto útil a los artículos 2 a 4 de la citada directiva, preceptos que descansan sobre la base del reconocimiento de la facultad de las empresas de adoptar medidas de despido³.

Asimismo, vincula la sentencia del Tribunal de Luxemburgo la imposibilidad en la práctica de decidir despidos colectivos con la libertad de establecimiento (art. 49 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y libertad de empresa (art. 16 CDFUE) en la medida

³ Declara la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15) que las disposiciones de la Directiva 98/59:

[...] se basan manifiestamente en la premisa de que, una vez agotados los procedimientos establecidos por esas disposiciones –incluido el supuesto de que las consultas no hayan permitido llegar a un acuerdo–, los despidos colectivos deben por lo menos seguir siendo posibles, aunque solo sea a condición de que se cumplan determinadas exigencias objetivas fijadas, en su caso, por la normativa nacional aplicable.

en que comprende como contenido la libertad de dichos operadores económicos para contratar con el fin de poder llevar a cabo sus actividades o la de poner fin a la actividad de su establecimiento por sus propias razones y con su libertad para decidir si deben elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento, en función de factores como el cese o la reducción de la actividad de una empresa, la disminución de la demanda del producto que fabrican o incluso a raíz de una reorganización de la empresa, independientemente del nivel de las actividades de esta.

Pero, así como el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo admite límites porque no tienen carácter absoluto e incondicional, lo mismo ocurre con las facultades empresariales de despedir como instrumento de gestión de los recursos destinados a la realización de la actividad de la empresa que forma parte de la libertad de empresa. El ejercicio de la facultad se sujeta, por una parte, al respeto de los requisitos causales y formales que el ordenamiento jurídico laboral establece según la causa que concurra para justificar la extinción de la relación laboral. Por otra, puede quedar también limitada la facultad empresarial por prescripciones legales o convencionales que dispongan expresas prohibiciones de despedir. Estas prohibiciones pueden ser totales, o pueden ser parciales, limitando los poderes de la organización empresarial y restringiendo su libertad solo para determinadas causas. Otras veces la limitación de las facultades empresariales se articula a través de compromisos de empleo, condicionando la posibilidad de despedir cuando se han adoptado previamente medidas de flexibilidad interna o si la empresa se benefició de ayudas públicas, normalmente concretadas en subvenciones o en exenciones y bonificaciones de cuotas de Seguridad Social.

Precisamente la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto C-201/15) admitió entre los límites a la libertad de establecimiento y a la libertad de empresa, y a la facultad empresarial de adoptar decisiones de ajuste de plantilla, los que descansen en políticas de mantenimiento de empleo. Para el Tribunal de la Unión Europea consideraciones basadas en el mantenimiento del empleo pueden constituir, en determinadas circunstancias y con sujeción a determinados requisitos, justificaciones aceptables de una normativa nacional que tenga por efecto obstaculizar la libertad de establecimiento. Pero es necesario que la restricción sea proporcional y exige que se compruebe si las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libertad de empresa que ocasiona una normativa nacional pueden justificarse por las razones de interés general, como pudieran ser la protección de las personas trabajadoras y del empleo. En todo caso, las restricciones deben ser adecuadas para garantizar el objetivo de interés general que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo. En el mismo sentido, las limitaciones introducidas al libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales garantizados por la CDFUE, y en este caso a la libertad de empresa consagrada en el artículo 16, deben respetar también el contenido esencial de dichos derechos y libertades.

Con la aprobación de la legislación excepcional en la lucha contra la pandemia provocada por la COVID-19 se planteó como una de las cuestiones más relevantes el entendimiento

de las cláusulas de protección del empleo vinculadas a la posibilidad de utilizar medidas de flexibilidad para el ajuste temporal de empleo y la afectación a las facultades que incumben al empleador/a de extinguir la relación laboral cuando concurren necesidades empresariales identificadas como causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o productivas –causas ETOP–) o situaciones de fuerza mayor. En particular con las previsiones dirigidas a la protección del empleo contenidas en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley (RDL) 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y en el artículo 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19⁴.

Tanto en la doctrina científica como en la judicial encontramos importantes discrepancias sobre el alcance de estas previsiones y los efectos jurídicos de las decisiones extintivas que desconozcan el mandato legal de mantenimiento del empleo. En pleno debate sobre esta cuestión, se acaba de introducir una nueva regla dirigida al mismo objetivo de mantener el empleo y evitar su destrucción. También en una norma excepcional, como es el RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania. Dedicar su artículo 44 a las «Medidas en el ámbito laboral», aplicables a las empresas que reciban las ayudas públicas previstas en el RDL 6/2022, que concreta en excluir como causa objetiva de los despidos hasta el 30 de junio de 2022 «el aumento de los costes energéticos» y en la imposibilidad de utilizar las «causas relacionadas con la invasión de Ucrania» para realizar despidos por parte de aquellas empresas que se acojan a la reducción de jornada o la suspensión de los contratos de trabajo por esas causas.

No obstante, lo cierto es que estas limitaciones no son nuevas. Al margen de las situaciones excepcionales a que responden las normas de la urgencia sanitaria y la derivada de la invasión de Ucrania y el impacto en los costes energéticos y en el incremento del IPC, las cláusulas de mantenimiento de empleo y la limitación del poder organizativo y de gestión de los recursos de las empresas han estado presentes en nuestro ordenamiento laboral, permitiendo a nuestros tribunales pronunciarse sobre su alcance y determinar las consecuencias derivadas del incumplimiento del compromiso empresarial, ya surja la obligación de las previsiones legales o de lo pactado en la negociación colectiva (plasmada en convenios colectivos o en acuerdos adoptados durante la negociación de los periodos de consulta de las medidas de flexibilidad laboral).

⁴ Establece «Medidas extraordinarias para la protección del empleo». El RDL 9/2020, de 27 de marzo, se entiende tácitamente sustituido por la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados de la COVID-19. No obstante, el artículo 2 de la Ley 3/2021 mantiene la misma redacción que la que estableció el artículo 2 de la norma de excepción.

Dedicaremos las siguientes páginas a analizar estas cláusulas de mantenimiento del empleo y los compromisos de no despedir, principiando con las que resultan de los mandatos surgidos de la negociación colectiva a través de limitaciones pactadas a la facultad de despedir, incluyendo los acuerdos alcanzados en los periodos de consulta de las distintas medidas de flexibilidad interna que regula el Estatuto de los Trabajadores (ET).

2. Los compromisos de empleo en la negociación colectiva y en los acuerdos de las medidas de flexibilidad laboral

Como pone de manifiesto Serrano Olivares (2003), es habitual en la ordenación de las relaciones laborales el establecimiento por convenio colectivo de cláusulas o compromisos de mantenimiento del empleo en virtud de las cuales las empresas se obligan a no realizar despidos por necesidades empresariales a cambio de sacrificios asumidos por la parte social. Campo natural de estos compromisos son los convenios de empresa o los acuerdos colectivos alcanzados entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras con ocasión de los periodos de consulta de las distintas medidas legales de flexibilidad (arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET). En ellos, las empresas renuncian a adoptar decisiones extintivas durante su periodo de vigencia a cambio de la posibilidad de decidir otras medidas flexibles de gestión de la plantilla cuando concurren las necesidades económicas, organizativas o productivas, evitando así la destrucción de empleo.

Tales acuerdos, si bien no constituyen convenios colectivos en sentido jurídico y con efectos propios de este producto normativo cuando no se sujeten al régimen del título III del ET (Bernal Santamaría, 2019; Quintanilla Navarro, 2003, pp. 28-29), sí son manifestación de la autonomía colectiva en su sentido más plural (Sala Franco *et al.*, 1996, p. 11) y una de las modalidades de ejercicio del derecho a la negociación colectiva (Gorelli Hernández, 1999, pp. 47 y ss.). Por eso mismo conllevan concretas obligaciones para las empresas que no deben desconocer y que son exigibles ante el eventual incumplimiento del compromiso o garantía de empleo pactado⁵.

Aunque se cuestiona la verdadera naturaleza jurídica de estos acuerdos, porque dependerá del concreto pacto alcanzado y de la legitimación negociadora de quienes lo hayan suscrito⁶, lo cierto es que, en todo caso, en el plano de la eficacia obligacional, no puede

⁵ Montoya Melgar (2003) destaca que el acuerdo de empresa expresa algo más que un contrato, pero bastante menos que un convenio colectivo, porque no es una norma.

⁶ A favor de la eficacia normativa, Correa Carrasco (2012, pp. 95 y ss.) y Preciado Domènech (2014, pp. 252 y ss.). En esta posición doctrinal se dota al acuerdo de empresa de naturaleza normativa, comprendido en el elenco de fuentes normativas (art. 3 ET). De este modo, tendría eficacia normativa general con las correspondientes prerrogativas, como la irrenunciabilidad (art. 3.5 ET), la inmodificabilidad unilateral (art. 82.3 ET) e inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

discutirse que vincula a las empresas, sujetándolas al compromiso adquirido, que implica limitaciones a su facultad de extinguir los contratos de trabajo⁷.

La doctrina ha destacado el papel que deben protagonizar los implicados a la hora de contribuir a la viabilidad de las empresas cuando estas pasan por dificultades económicas, previendo la adopción de medidas que eviten las reducciones de plantilla y las extinciones de los contratos como el modo normal de adaptación a los ajustes de los ciclos económicos que padecen las empresas (Bernal Santamaría, 2019).

Este propósito ha estado muy presente en la suscripción de los Acuerdos interprofesionales para la negociación colectiva, apostando por introducir en los convenios mecanismos de flexibilidad interna como instrumentos idóneos para el mantenimiento del empleo, evitando su destrucción. En cumplimiento de estas previsiones de los acuerdos marco se han aprobado en la negociación colectiva de los niveles inferiores o en los periodos de consulta de las medidas de flexibilidad distintos convenios y acuerdos que recogen estas orientaciones de empleo, primando los ajustes temporales frente a los despidos, con la contrapartida del compromiso de empleo que asumen las empresas.

Conforme al compromiso de empleo adquirido, la empresa no podría desconocerlo y decidir extinciones de contratos, quedando vinculado con un acuerdo o por un convenio colectivo que es manifestación del derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE). La obligación convencional derivada de un convenio o de un acuerdo de reorganización productiva que pone fin al periodo de consulta debe cumplirse en sus propios términos. Si se pactaron medidas alternativas al ejercicio de los poderes empresariales de despido necesariamente deben adoptarse antes de justificar los despidos. En caso de contravención, la decisión extintiva no es válida y podrá impugnarse por las personas trabajadoras afectadas. En tal caso, la posición de la jurisprudencia mayoritaria ha sido la de calificar la extinción del contrato como constitutiva de despido improcedente, aunque nos encontramos con alguna sentencia que declara la nulidad del despido sobre la base de acuerdos alcanzados en expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) (por ejemplo, STS de 12 de marzo de 2014, rec. 673/2013⁸).

No obstante, la nulidad del despido por incumplir el compromiso de empleo no es un criterio unánime ni mayoritario en la jurisprudencia, que se inclina por la declaración de improcedencia. En la STS de 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014) no se declara nulo, sino

⁷ Cruz Villalón (2018, pp. 518-519).

⁸ Destaca esta sentencia que la validez de un despido durante la vigencia de un ERTE de suspensión de los contratos de trabajo exigirá que concurra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien, tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron que se autorizara dicha suspensión.

no ajustado a derecho, el despido colectivo que incumple el pacto colectivo alcanzado en el periodo de consultas de un ERTE. Explica la sentencia que el pacto colectivo sobre la suspensión de contratos impide su desconocimiento, revisando la empresa el acuerdo suspensivo por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, si no se ha producido un cambio radical y la gravedad de la crisis, así como su carácter estructural, eran notorios⁹. En el caso de que un ERTE haya traído causa en el acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras, no ofrece duda de que la excepción al principio *pacta sunt servanda* se limitaría a supuestos extraordinarios en los que, por virtud de acontecimientos posteriores, trascendentes e imprevistos, resultase extremadamente oneroso para una de las partes mantener el acuerdo en su inicial contexto¹⁰. Incluso si la adopción de las medidas de flexibilidad interna no descansa en las previsiones de un convenio colectivo ni es fruto de un acuerdo con la representación de las personas trabajadoras, quedará desplazada la facultad de despedir, que solo podrá validarse si concurre al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron la suspensión de los contratos¹¹.

También declara el despido no ajustado a derecho la STS de 30 de octubre de 2013 (rec. 47/2013), para un supuesto en que la garantía de empleo se pacta en un acuerdo de desconvocatoria de huelga. Partiendo de que tales acuerdos tienen la misma eficacia y valor que los convenios colectivos¹², y en la medida en que la empresa se había comprometido a no aplicar extinciones colectivas de contratos de trabajo sin agotar procedimientos voluntarios a las mismas, lo que incumplió, concluye que la decisión extintiva debe ser declarada no ajustada a derecho. La doctrina es reiterada en la STS de 24 de noviembre de 2015 (rec. 103/2015), recordando la aplicabilidad de las cláusulas de empleo incluidas en los convenios colectivos por su carácter normativo.

Tal vez la doctrina más elaborada sobre la eficacia de las cláusulas de mantenimiento del empleo en la negociación colectiva, asumidas en un convenio colectivo o en el pacto alcanzado en el periodo de consultas de las distintas medidas de flexibilidad, la encontramos en la STS de 23 de octubre de 2018 (rec. 2715/2016). Accede a la casación unificadora el supuesto del acuerdo colectivo de la empresa en el que renunciaba a aplicar

⁹ Con cita de la STS de 18 de marzo de 2014 (rec. 15/2013).

¹⁰ Cita la doctrina de las SSTs de 4 de julio de 1994 (rec. 3103/1993), 26 de abril de 2007 (rec. 84/2006), 5 de abril de 2010 (rec. 119/2009), 30 de mayo de 2011 (rec. 69/2010) y 17 de diciembre de 2013 (rec. 107/2012).

¹¹ SSTs de 12 de marzo de 2014 (rec. 673/2013), 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013) y 17 de julio de 2014 (rec. 32/2014).

¹² Los acuerdos de desconvocatoria o fin de huelga tienen la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.2 del RDL de 4 de marzo de 1977, sobre relaciones laborales.

medidas de despidos colectivos, despidos por causas objetivas y expedientes de suspensión colectiva de los contratos que afectaran a la plantilla de conductores existente en ese momento, por causas ETOP, aceptando las personas trabajadoras a cambio una reducción salarial del 6 %. A pesar del compromiso, la empresa comunica el despido a la persona trabajadora que formula la demanda.

Dado el pacto colectivo existente sobre la renuncia de la empresa a acudir a la ejecución de los despidos por causas ETOP, a cambio de otros sacrificios que asumieron las personas trabajadoras, la empresa recurrente no podía prescindir unilateralmente de los acuerdos a los que había llegado y de los compromisos asumidos, sino que venía obligada a negociar su modificación mientras se mantuviesen vigentes los mismos. Tal incumplimiento conduce a la declaración de improcedencia del despido.

Mantiene el Alto Tribunal la validez del compromiso de empleo, porque no se trata de una renuncia en sentido técnico y estricto (abandono o expulsión de un derecho del ámbito de su titular), sino de un compromiso de no ejercicio de una facultad que le concede el ordenamiento jurídico –extinguir el contrato cuando concurren causas habilitantes para ello– a cambio de otros compromisos adquiridos por la contraparte del acuerdo colectivo. El compromiso de no despedir por causas ETOP se produce en el marco de un acuerdo de empresa en el que –a diferencia de lo que ocurre en un convenio de ámbito supraempresarial– quien asume el compromiso de no utilización del despido es la empresa titular del derecho o de la facultad a cuya utilización se renuncia temporalmente. Aunque se pueda entender que la facultad de despedir cuando concorra causa legalmente habilitante para ello es consustancial o parte integrante del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), la disposición sobre el ejercicio del derecho la realiza su titular y no una asociación empresarial en la que puede estar integrado o no. Por otra parte, el sacrificio de la libertad de empresa se realiza en beneficio de la estabilidad o garantía en el empleo (art. 35 CE) y a través del instrumento de la negociación colectiva en el marco de la libertad negocial (art. 37 CE).

Por último, sale al paso de la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que alegó la empresa para desvincularse del compromiso de empleo asumido en el acuerdo colectivo. Llama la atención sobre la dificultad de aplicar la cláusula en el ordenamiento laboral ante la regulación de las reglas específicas dirigidas a modificar las condiciones de trabajo (arts. 39 a 41 ET):

[...] pues resulta evidente que tales mecanismos, especialmente la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, están previstas para aquellos supuestos en los que la alteración de las circunstancias por causas técnicas, organizativas, productivas o económicas, puedan dar lugar a la modificación de las vigentes anteriormente.

Cuando la obligación asumida por la empresa deriva de un acuerdo colectivo de eficacia general, su renegociación aparece como el mecanismo idóneo para modificar su contenido.

3. El mantenimiento de empleo en la legislación de fomento de la contratación indefinida y de activación del empleo

Las obligaciones de mantenimiento de empleo no solo tienen un origen convencional, sino que pueden venir impuestas legalmente. En concreto, ha sido habitual imponer ese compromiso en la legislación de fomento de la contratación indefinida a través de bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social a favor de las empresas que contratan a determinados colectivos con carácter indefinido o como medidas de fomento del empleo ante situaciones extraordinarias definidas como de fuerza mayor.

Así, por ejemplo, en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, se establecieron bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social en la contratación indefinida, sujetando las mismas a la obligación de mantener, durante el periodo de duración de la bonificación, el nivel de empleo fijo alcanzado con la contratación indefinida o transformación bonificada (art. 10.6). En el supuesto de producirse extinciones de contratos indefinidos y cuando ello suponga disminución del empleo fijo, las empresas quedan obligadas a cubrir dichas vacantes en los 2 meses siguientes a que se produzcan mediante la contratación de nuevas personas trabajadoras con contrato indefinido o la transformación de contratos temporales o formativos en indefinidos, con la misma jornada de trabajo, al menos, que tuviera la persona trabajadora cuyo contrato indefinido se hubiera extinguido. Para el caso de incumplimiento, la norma citada dispone que las empresas deberán proceder al reintegro de las bonificaciones aplicadas sobre los contratos bonificados, afectados por el descenso del nivel de la plantilla fija que se alcanzó con esas contrataciones. Es decir, si la empresa tuviera en vigor varios contratos indefinidos bonificados, el reintegro únicamente afectará a las bonificaciones que se aplicaron por la persona trabajadora que no ha sido sustituida en el plazo y con los requisitos exigidos.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, reconoce bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social a las empresas que decidan suspensiones de contrato o reducciones de jornada por causas ETOP o fuerza mayor. La obtención de la bonificación queda sujeta a que la persona empleadora se comprometa a mantener en el empleo a las personas trabajadoras afectadas durante al menos 1 año con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción. Para el caso de contravención dispone que la empresa «deberá reintegrar las bonificaciones aplicadas respecto de dichos trabajadores, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social» (art. 15.2).

Por su parte, el RDL 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo, establecía en su disposición adicional cuarta¹³ la exoneración del

¹³ En la actualidad derogada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

pago de cuotas en supuestos de fuerza mayor para favorecer el mantenimiento del empleo, que lo vinculó a cada persona trabajadora incluida en un ERTE por fuerza mayor. De forma expresa impone a las empresas que se comprometían a mantener en el empleo, durante el año posterior a la finalización de la suspensión o reducción, al 100 % de las personas trabajadoras afectadas por la suspensión de contrato o la reducción de jornada, excluidas las personas trabajadoras recolocadas en otros centros de trabajo. Para el caso de incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo, las empresas:

[...] deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, y ello sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto¹⁴.

Como vemos en estos supuestos, las consecuencias del incumplimiento de la obligación de mantener el empleo se concretan exclusivamente en el ámbito de la relación de Seguridad Social, imponiendo el deber de reintegrar las cuotas exoneradas o bonificadas correspondientes a las personas trabajadoras contratadas de forma indefinida. No van más allá los efectos del incumplimiento y no trasciende a la calificación de la extinción de los contratos de trabajo que implica la contravención de la obligación de mantenimiento de empleo.

En el mismo sentido cabe mencionar las previsiones de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que dedica la disposición adicional primera a regular el contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad. Dispone que la transformación de estos contratos de duración determinada en contratos indefinidos dará derecho a la obtención de las subvenciones establecidas en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos –con discapacidad–.

La norma reglamentaria reconoce el derecho a las subvenciones que establece y la bonificación de cuotas de Seguridad Social por la contratación indefinida y a tiempo completo de personas con discapacidad, pero impone a las empresas beneficiarias la obligación de

¹⁴ Aclara la disposición adicional cuarta del RDL 16/2014 que:

No se considerará incumplida la obligación de mantenimiento en el empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador. En el caso de que se trate de contratos temporales, no se considerará incumplida la obligación de mantenimiento en el empleo cuando el contrato de trabajo se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato.

mantener la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras contratadas al amparo de la normativa citada por un tiempo mínimo de 3 años, no pudiendo despedir sin causa justificada a estas personas, y, en caso de despido procedente, deberán sustituirlas por otras personas trabajadoras con discapacidad, beneficiándose en este caso solamente de la bonificación de la cuota de la Seguridad Social por las personas sustitutas. Expresamente dispone como exclusiva consecuencia que el incumplimiento por las empresas beneficiarias de estas condiciones supondrá la obligación de reintegrar al Tesoro las cantidades percibidas (art. 10 RD 1451/1983).

La propia Ley 43/2006 al establecer las bonificaciones e incentivos a la contratación indefinida de los colectivos que regula sujeta a las empresas a un compromiso de empleo cuyo incumplimiento dará lugar a que no puedan volver a beneficiarse de los incentivos en un tiempo. En concreto, dispone que «las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos bonificados quedarán excluidas por un periodo de 12 meses de las bonificaciones establecidas en este programa». Concreta que la exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo (art. 6.2 Ley 43/2006).

Otras normas posteriores cabe mencionar como fuente legal del compromiso de empleo, cuyo incumplimiento no afecta a la validez del acto extintivo. Así, el artículo único del RDL 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, estableció una tarifa plana de 100 euros para los contratos indefinidos firmados a jornada completa; el artículo 8 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, implantó una exención de 500 euros para fomentar la contratación indefinida; y el artículo 8 del RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, introdujo una bonificación de 1.300 euros anuales durante 3 años (1.500 € en caso de mujeres) por la contratación de personas desempleadas de larga duración. Pues bien, en todos esos casos se exige como condición para poder aplicar los incentivos el mantenimiento del empleo y, en caso de incumplimiento, se establece la obligación de reintegrar el incentivo, que se concreta en las cuotas bonificadas correspondientes a la persona trabajadora despedida, sin trascender a la calificación de la extinción del contrato que implica contravenir el compromiso.

En definitiva, en todos los casos en que el compromiso de mantenimiento del empleo tiene origen legal, las consecuencias de la contravención no se llevan al ámbito de la relación laboral ni al acto extintivo que desconoce el compromiso, cuya calificación jurídica (despido procedente, improcedente o nulo) dependerá de la concurrencia de los requisitos formales y sustantivos exigibles *ad casum*, al margen del incumplimiento del compromiso.

4. La salvaguarda de empleo en la legislación excepcional de la COVID-19

4.1. Normativa reguladora

El Gobierno español aprobó medidas laborales excepcionales tras la declaración del estado de alarma decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con la finalidad de luchar contra la propagación de la COVID-19 y paliar sus consecuencias sobre el empleo.

Como contrapartida a la facilitación de las medidas de ajuste temporal de empleo (los ERTE regulados en los arts. 22 y 23 RDL 8/2020, y medidas extraordinarias en materia de desempleo y cotizaciones), también dispuso con valor normativo el compromiso o salvaguarda de empleo, de contornos no bien definidos. En concreto, la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, de 17 de marzo, bajo la rúbrica «Salvaguarda del empleo», dispuso, en la redacción inicial, que: «Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad».

Como puede observarse, la redacción del precepto no puede ser más defectuosa y contraria a las más elementales exigencias de seguridad jurídica. Deja todo a la imaginación interpretativa, sin concretar a qué supuestos se refiere el compromiso (a todo ERTE o solo al fundado en la fuerza mayor), a qué personas trabajadoras se vincula el mantenimiento del empleo y si se debe computar como empleo global de la plantilla de la empresa o como empleo nominativo de cada persona afectada por la regulación temporal de empleo, la forma en que se computa el plazo de 6 meses y, lo que es peor aún, las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento (González González, 2020). Por ello fue objeto de crítica unánime en la doctrina. Tan parca regulación ha sido objeto de sucesivas interpretaciones por parte de la Dirección General de Trabajo¹⁵ y de modificaciones o ampliaciones posteriores en los RRDDLL 11/2020, 18/2020, 24/2020, 30/2020, 2/2021, 11/2021 y 18/2021.

El Gobierno aprovechó la regulación de los ERTE de transición a la «nueva normalidad» tras concluir el estado de alarma para concretar el régimen jurídico de la cláusula de salvaguarda de empleo. Para ello, la disposición adicional primera del RDL 18/2020, de 12 de mayo, da nueva redacción a la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, justificando la limitación con la finalidad de mantenimiento del empleo. En la nueva redacción dispone el legislador de excepción que las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del RDL 8/2020 (ERTE por fuerza mayor) estarán sujetas al compromiso de

¹⁵ Oficios de la Dirección General del Ministerio de Trabajo y Economía Social de 26 de marzo de 2020 (DGT-SGON-835-CRA), 11 de abril de 2020 (DGT-SGON-850-CRA), 7 de abril de 2020 (DGT-SGON-863-CRA) y 29 de abril de 2020 (DGT-SGON-919-CRA).

la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 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. Aclara ahora que el compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes. Pero, siguiendo los precedentes ya examinados, no considera incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido, sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales, el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga 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.

Dos previsiones más se añaden. Por una parte, con carácter general, señala que el compromiso del mantenimiento del empleo se debe valorar en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo. Y, por otra parte, excluye el compromiso para las empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores «en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal»¹⁶.

Téngase en cuenta que el compromiso de mantenimiento del empleo regulado en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 se extendió a las empresas que tramitaron ERTE por causas ETOP (regulados en el art. 23 RDL 8/2020) y que se beneficiaron de la exención parcial de las cotizaciones¹⁷. Así lo dispuso el artículo 6 del 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.

Para las empresas que se beneficien por primera vez de las medidas extraordinarias previstas en materia de cotizaciones a partir de la entrada en vigor del RDL 24/2020, el plazo de 6 meses del compromiso de mantenimiento del empleo empezará a computarse

¹⁶ Actualmente, el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley concursal. Entró en vigor el 1 de septiembre de 2020 (disp. final segunda).

¹⁷ El artículo 4.2 del RDL 24/2020 regula la exención de las cuotas de Seguridad Social para aquellas empresas que hubieran decidido la suspensión de contratos o reducción de la jornada por causas ETOP relacionadas con la COVID-19, con las especialidades a las que se refiere el artículo 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 24/2020, así como aquellas empresas que adopten la misma medida de ajuste temporal de empleo tras la finalización de un ERTE por fuerza mayor COVID-19.

desde la entrada en vigor del RDL 24/2020 (27 de junio de 2020). Con ello se produce cierto acortamiento del plazo, que no se vincula a la fecha de reanudación total o parcial de la actividad¹⁸, sino exclusivamente a la fecha de entrada en vigor del RDL 24/2020 (27 de junio de 2020).

La vigencia del compromiso se ha mantenido en los términos previstos en el artículo 5 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo. Además de mantener la regulación anterior, establece el compromiso de empleo para los nuevos expedientes de suspensión de contrato o reducción de jornada que regula (ERTE de impedimento y de limitación de la actividad) y que se beneficien de la exoneración parcial de las cuotas de Seguridad Social¹⁹.

Dispone el artículo 5 del RDL 30/2020 que:

Los compromisos de mantenimiento del empleo regulados en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, y en el artículo 6 del 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, se mantendrán vigentes en los términos previstos en dichos preceptos y por los plazos recogidos en estos.

Además, señala que:

Las empresas que, conforme a lo previsto en esta norma, reciban exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social, quedarán comprometidas, en base a la aplicación de dichas medidas excepcionales, a un nuevo periodo de 6 meses de salvaguarda del empleo, cuyo contenido, requisitos y cómputo se efectuará en los términos establecidos en la disposición adicional sexta del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo.

¹⁸ En la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, de 17 de marzo, en la redacción dada por el RDL 18/2020, de 12 de mayo, el plazo de 6 meses se computa 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.

¹⁹ El nuevo marco regulatorio en los expedientes de regulación temporal se concreta en la prórroga de los ERTE por fuerza mayor y por causas ETOP (arts. 22 y 23 RDL 8/2020) y los ERTE por rebrotes (disp. adic. primera.2 RDL 24/2020), con distintos beneficios en las cotizaciones a la Seguridad Social, aunque limitados a aquellas empresas que pertenezcan a los sectores con una elevada tasa de cobertura por ERTE y una reducida tasa de recuperación de actividad (identificadas en el anexo del RDL 30/2020 por su pertenencia a determinados códigos CNAE), o a aquellas que se consideran dependientes o integrantes de la cadena de valor de las anteriores.

Respecto de la duración del compromiso en las empresas que pasen a beneficiarse del nuevo régimen de exenciones, añade este segundo apartado que:

No obstante, si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido en virtud de los preceptos a los que se refiere el apartado 1, el inicio del periodo previsto en este apartado se producirá cuando aquel haya terminado.

Con posterioridad, el artículo 3.4 del RDL 2/2021²⁰, el artículo 3.4 del RDL 11/2021²¹ y el artículo 5.4 del RDL 18/2021²² se remiten en su totalidad al régimen jurídico de la cláusula de salvaguarda de empleo conforme a lo previsto en el artículo 5 del RDL 30/2020.

Finalmente, con la prórroga de las distintas modalidades de los ERTE COVID-19 hasta el 31 de marzo de 2022, la disposición adicional primera del RDL 2/2022²³ señala que les seguirán resultando de aplicación las medidas previstas en el RDL 18/2021 hasta dicha fecha²⁴.

²⁰ RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. Dispone su artículo 3.4 que:

La salvaguarda del empleo será de aplicación de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 30/2020, de 29 de septiembre, en relación con los periodos anteriores y con el que se deriva de los beneficios recogidos en la presente norma y de conformidad con los plazos correspondientes.

²¹ RDL 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomos. Reitera la remisión al artículo 5 del RDL 30/2020.

²² RDL 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo. En su artículo 5.4 prorroga los contenidos complementarios del RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, incluido el régimen del compromiso de empleo.

²³ RDL 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

²⁴ Previamente, la disposición adicional tercera del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, previó que:

La tramitación y efectos de los expedientes de regulación temporal de empleo por impedimento o por limitaciones a la actividad normalizada vinculadas a la COVID-19, regulados en el artículo 2 del Real Decreto-Ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, seguirán rigiéndose por lo dispuesto en dicho precepto hasta el día 28 de febrero de 2022.

4.2. Efectos de la contravención de la salvaguarda del empleo

Al no concretar la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 consecuencia alguna para el caso de incumplimiento, se planteó inicialmente la controversia sobre los concretos efectos aplicables. Si estos quedaban limitados a la devolución de las cuotas de Seguridad Social exoneradas como consecuencia del ERTE o si también daban lugar a la obligación de reintegro de las prestaciones por desempleo que hubiera percibido la persona incluida en el ERTE o, incluso, si irradiaban sus efectos a la validez de la suspensión del contrato o la reducción de la jornada decidida por la empresa, con la obligación de abonar los salarios a las personas trabajadoras afectadas. También se planteó si la extinción o despido que suponga incumplir la cláusula salvaguarda del empleo debe obligatoriamente calificarse como despido improcedente o, en algunas interpretaciones, como despido nulo.

Por de pronto, respecto del ámbito subjetivo de la obligación de mantenimiento del empleo, cabe considerar que la norma se refiere al empleo de las personas trabajadoras afectadas por la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada, y siempre que las empresas hubieran sido beneficiarias de la exoneración de las cuotas de Seguridad Social. Al mismo tiempo, por ser el compromiso de carácter nominativo, no será posible entender que se respeta sustituyendo a la persona trabajadora por otra en el mismo puesto de trabajo, aunque ello suponga mantener el volumen general de empleo en la empresa²⁵. Lo que impone la norma es mantener el empleo de la totalidad de personas que se incluyeron en la lista de afectadas por el ERTE.

El compromiso se incumple con los despidos o la extinción de contratos de trabajo de cualesquiera de las personas afectadas por el ERTE, cualquiera que sea la causa, salvo en los supuestos expresamente exceptuados. En efecto, no se considera incumplido si los contratos de trabajo se han extinguido por despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco por el fin del llamamiento del fijo discontinuo, cuando no suponga un despido, sino una interrupción del mismo.

Si el contrato de la persona afectada por el ERTE es temporal, no se considera incumplimiento del compromiso si se extingue 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. Lógicamente, la extinción de contratos temporales fraudulentos constituye un despido improcedente al ser la relación laboral indefinida, determinando el incumplimiento de la cláusula de salvaguarda.

Es muy probable que la relación de causas que permiten considerar no incumplido el compromiso no sea exhaustiva. Hay algunos supuestos no mencionados que no parece

²⁵ En este sentido, el Oficio de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social de 29 de abril de 2020 (DGT-SGON-919-CRA).

que deban considerarse como incumplimiento de la garantía de mantenimiento del empleo, porque difícilmente son imputables a la empresa. Por ejemplo, la extinción de contrato por fuerza mayor distinta a la fundada en la COVID-19; por mutuo acuerdo; desistimiento en periodo de prueba decidido por la persona trabajadora; las extinciones a instancia de la persona trabajadora derivadas de modificaciones sustanciales o de la movilidad geográfica justificadas. En mi opinión, en los supuestos de las modificaciones no concurren razones objetivas que justifiquen la asimilación que a efectos de los despidos colectivos realiza la doctrina del TJUE en aplicación de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio (STJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14, caso Pujante Rivera)²⁶.

En cambio, la extinción por el ejercicio de la acción resolutoria al amparo del artículo 50 del ET debería entenderse como incumplimiento de la cláusula de empleo, porque se funda en los incumplimientos de la persona empleadora y no deja de ser un supuesto de despido indirecto. Más dudosa es la respuesta para la extinción del contrato a consecuencia del desistimiento de la empresa por no superación del periodo de prueba. En la doctrina, Mercader Uguina y De la Puebla Pinilla (2020) señalan que:

[...] en puridad, la resolución por voluntad empresarial no constituye un despido ni una extinción (de hecho, la causa de terminación de la relación laboral no está incluida en el ET art. 49.1), sino una resolución acausal. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ni la exposición de motivos ni la disp. adic. 14.^a RDL 11/2020 mencionan expresamente este supuesto entre los que no suponen un incumplimiento del citado compromiso.

En sentido contrario, Beltran de Heredia Ruiz (2020) afirma que la lista de supuestos que no implican incumplir el compromiso parece tasada, constituyendo un *numerus clausus*. De ser así, quedan incluidos en el incumplimiento las extinciones por causas objetivas de los artículos 51 y 52 del ET; la extinción por fuerza mayor; cualquier resolución declarada como improcedente o nula; extinción por muerte, incapacidad o jubilación del empresario persona física; extinción por mutuo acuerdo sobrevenido (mutuo disenso); extinción por cumplimiento de cláusula válidamente consignada en el contrato (art. 49.1 b) ET); desistimiento durante el periodo de prueba; la extinción a instancia de trabajadora víctima de violencia de género; y la resolución ex artículos 40, 41 o 50 del ET.

La ausencia de expresa previsión normativa permite excluir que el incumplimiento del compromiso de empleo pueda afectar a la validez de la decisión de suspensión del contrato o reducción de la jornada de la persona trabajadora a la que se le comunica después la extinción del contrato sin respetar el plazo de 6 meses. Por lo mismo, tampoco tendrá

²⁶ Si bien el TS ha aplicado la doctrina de la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (asunto C-422/14), caso Pujante Rivera, asimilando resoluciones de contrato motivadas por modificaciones sustanciales a los despidos a efectos de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial. Así, en las SSTS de 8 de enero de 2019 (rec. 649/2017) y 8 de septiembre de 2021 (rec. 3348/2018).

efecto en las prestaciones por desempleo que se hayan percibido. Ni cabe entender que afecte a la calificación de la extinción del contrato de trabajo. La disposición adicional sexta del RDL 8/2020 y la cláusula de salvaguarda de empleo que incorpora no prohíbe despedir ni convierte la extinción del contrato en un despido improcedente o nulo. Sus efectos quedan limitados a los propios de la relación de la empresa con la Tesorería General de la Seguridad Social, haciendo que no quede justificado el beneficio de la exoneración parcial de cuotas a la Seguridad Social. Por lo tanto, la contravención del compromiso de empleo no afecta a la relación con la persona trabajadora, sino a los costes que tendrá que asumir la empresa incumplidora por haber extinguido los contratos sin respetar el plazo de 6 meses²⁷. Al menos este es el régimen que cabe deducir de las únicas consecuencias del incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo que quedaron establecidas en el apartado 5 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, en la redacción dada por el RDL 18/2020. Dispone de forma expresa que:

Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.

Como vemos, las consecuencias del incumplimiento se concretan en el ámbito de las obligaciones de cotización y quedan limitadas a la devolución de las cuotas exoneradas, con el recargo y los intereses correspondientes.

Enlaza con naturalidad estas consecuencias jurídicas para el caso de contravención de la garantía de empleo con su naturaleza jurídica. El compromiso de empleo ha sido calificado por Mercader Uguina y De la Puebla Pinilla (2020) como:

[...] cláusula accesoria que se incorpora a la decisión administrativa que concede la exoneración de cuotas. Se trataría de un modo o carga legal (*modus iuris*) y, en estos casos, su imposición garantiza que la resolución pueda cumplir los fines generales previstos en la norma. El modo no integra, por tanto, el contenido del derecho, sino que constituye una obligación que se añade al derecho otorgado, una condición para obtener el beneficio, sin que, normalmente, se encuentre vinculado a la eficacia de la resolución pues, con carácter general, el incumplimiento del modo da lugar a exclusivamente sanciones. Por ello, los efectos del incumplimiento del compromiso alcanzan exclusivamente al beneficio o ventaja asociado al citado compromiso, esto es, a la exoneración de cuotas.

²⁷ No es de este parecer Casas Bahamonde (2020), quien considera que la extinción del contrato de trabajo debe calificarse como un despido improcedente, excluyendo la nulidad.

En este sentido es necesario separar las previsiones de la cláusula de salvaguarda de empleo (disp. adic. sexta RDL 8/2020) de las consecuencias derivadas de los despidos por causas de la COVID-19, a las que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 9/2020 –después art. 2 Ley 3/2021, de 12 de abril–. Recordemos que estableció que la fuerza mayor y las causas ETOP en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido. El precepto no consagra una prohibición de despedir, sino que declara que no podrá justificarse en dichas causas, con la consecuencia propia de todo despido sin causa, que no es otra que la declaración de improcedencia. Al menos este es el entendimiento de la doctrina judicial mayoritaria, tanto de los juzgados de lo social²⁸ como de las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia²⁹, aunque algunos pronunciamientos se decantan por la nulidad³⁰, sin que hasta la fecha el TS haya unificado la doctrina sobre esta cuestión.

En el caso de la limitación a las facultades de la empresa que resulta de la previsión del artículo 2 del RDL 9/2020 no se aprecia colisión con el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), teniendo en cuenta que descansa en la legítima finalidad de preservar y proteger el empleo y el trabajo (arts. 35 y 40 CE) y supera el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), para lo cual resulta relevante observar que la finalidad legítima aparece clara y que se trata de una normativa que se ha ido prorrogando con acuerdo con las asociaciones empresariales y los sindicatos, a través de sucesivos acuerdos en defensa del empleo, lo que le añade un plus de legitimidad. A su vez, el límite legal es temporal y no indefinido, vinculado, por otra parte, al reconocimiento de compensaciones que en la mayoría de los casos se articula a través

²⁸ La declaración de improcedencia por carecer de causa justificativa es, sin duda, la posición mayoritaria de los juzgados, que consideran que la contravención del mandato del artículo 2 del RDL 9/2020, a falta de otra previsión legal expresa, debe determinar la declaración de la improcedencia del despido, excluyendo el pronunciamiento de nulidad, que es aplicable básicamente a los casos de vulneración de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras o en los casos en que de forma expresa exista previsión legal que establezca tal efecto jurídico. Así, en la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 26 de Barcelona (núm. 170/2020) de 31 de julio de 2020; SJS número 3 de Gijón de 3 de noviembre de 2020 (núm. 236/2020); SJS de Gijón número 3 de 4 de noviembre de 2020 (núm. 237/2020) y SJS de Pamplona número 3 de 21 de diciembre de 2020.

²⁹ En suplicación declaran la improcedencia, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia (SSTSJ) de Andalucía/Málaga de 16 de junio de 2021 (rec. 845/2021); Asturias de 26 de mayo 2021 (rec. 843/2021); Aragón de 13 de abril de 2021 (rec. 179/2021); Castilla y León/Valladolid de 26 de marzo de 2021 (rec. 300/2021); Madrid de 2 de febrero de 2021 (rec. 18/2021) y 22 de junio de 2021 (rec. 784/2021); y Cataluña de 31 de marzo de 2021 (rec. 3825/2020) y 21 de diciembre de 2021 (rec. 6271/2021).

³⁰ SSTSJ del País Vasco de 26 de enero de 2021 (rec. 1583/2020); 5 de julio de 2021 (rec. 1128/2021); 1 y 22 de junio de 2021 (recs. 576/2021 y 1158/2021) y 14 de septiembre de 2021 (rec. 1246/2021); SSTSJ de Asturias de 30 de marzo de 2021 (rec. 384/2021) y 20 de julio de 2021 (rec. 1384/2021).

de la exoneración de cuotas de Seguridad Social, lo que bien puede entenderse como excluyente de la existencia de un sacrificio exorbitante para la persona empleadora que, al ampararse en la posibilidad de adoptar medidas de ajuste temporal, facilitadas por el legislador de la emergencia sanitaria, tampoco debe abonar salarios a las personas trabajadoras.

Volviendo a la salvaguarda de empleo de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, debe tenerse en cuenta que el incumplimiento del compromiso determinará que la empresa deba devolver la totalidad de las exoneraciones. No, por lo tanto, solo las relativas a la persona trabajadora a quien se le extingue el contrato, sino las cuotas de todas las personas incluidas en el ERTE, según la interpretación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) expresada en la nota informativa de 6 de diciembre de 2020 sobre la devolución de cotizaciones exoneradas debida al incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo previsto en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020.

Del mismo parecer son Mercader Uguina y De la Puebla Pinilla (2020) al destacar que el incumplimiento se produce por el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes, como señala la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, de modo que «el despido o extinción de "cualquiera" (basta uno de ellos) llevará consigo la devolución o el reintegro de la totalidad de las exoneraciones. Desproporcionada solución se dirá, pero es verdad que, a grandes males, grandes remedios».

Sin embargo, es plausible una interpretación más restrictiva, respetuosa con el principio de proporcionalidad (Beltran de Heredia Ruiz, 2020; Vidal Pérez y Gutiérrez Álvarez, 2020), vinculando el reintegro de cuotas de Seguridad Social con las que correspondan a la persona trabajadora cuyo contrato de trabajo se extingue. Se seguiría un criterio de devolución nominal frente al de la devolución total. Es este el criterio que han mantenido los tribunales para otras ayudas o beneficios públicos, incluso condicionados al deber de mantenimiento de empleo³¹.

Contextualizando todas las circunstancias vinculadas a la situación excepcional provocada por la pandemia, junto con la propia finalidad de protección del empleo, no parece admisible realizar una interpretación extensiva de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la cláusula de mantenimiento de empleo, exigiendo la devolución de todas las cuotas, cuando esta consecuencia jurídica puede conllevar más destrucción de empleo.

Por otra parte, la expresa alusión a la «totalidad» que se contiene en el apartado 5 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 puede referirse tanto a la obligación de devolver las cuotas de todas las personas afectadas como a la devolución de la totalidad de las cuotas, pero de la persona trabajadora que vio extinguido su contrato. Con este efecto jurídico ya estaría cumplido el mandato legal.

³¹ Por ejemplo, respecto de subvenciones, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de febrero de 1997 (rec. 2974/1991).

No es argumento decisivo el atender a cómo se fija la forma de cómputo del plazo de 6 meses, porque no es una referencia normativa a las consecuencias jurídicas. Solo regula cómo se computa el plazo de duración de la obligación de mantener el empleo. El que exprese que el plazo inicia su cómputo desde la reanudación, aun parcial de la actividad, no conduce a interpretar que las consecuencias jurídicas queden vinculadas a la devolución de todas las cotizaciones y de todas las personas trabajadoras afectadas. En ese mismo sentido, el que el cómputo sea colectivo –6 meses para todas las personas afectadas– no implica que se deba trasladar a las consecuencias del incumplimiento y que por eso deban devolverse «colectivamente» todas las cuotas. No hay conexión entre un aspecto –cómputo– y el otro –consecuencias jurídicas–.

Tampoco parece concluyente a estos efectos atender al modo en que se configura el incumplimiento del compromiso –«si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes»–. Su significado no es otro que el poner de manifiesto que la exoneración de las cuotas de Seguridad Social se vincula nominativa o individualmente a cada persona trabajadora incluida en el expediente, con la consecuencia de que, si se extingue su contrato, deberá la empresa devolver las cuotas exoneradas por esa concreta persona, al margen de que globalmente la empresa haya mantenido el nivel de empleo como consecuencia de nuevas contrataciones, que no desplazan la obligación de mantener los contratos de las personas afectadas por los expedientes de regulación.

No deja de ser significativo que la propia ITSS y la Dirección General de Trabajo hayan interpretado que el nivel de empleo es nominativo y no global y, en cambio, a la hora de determinar las consecuencias del incumplimiento de la obligación empresarial, transforme dicho entendimiento en una obligación de devolución de la totalidad de las cuotas, incluyendo la de aquellas personas trabajadoras que no vieron extinguida su relación laboral.

Por último, el criterio más restrictivo, que vincula el reintegro de las cuotas exclusivamente a la persona trabajadora incluida en un ERTE que ve extinguido su contrato de trabajo, sin que alcance a la totalidad de las cuotas o ayudas obtenidas, es el que ha seguido el legislador en otros supuestos en que ha incentivado el empleo (por ejemplo, en el RDL 3/2014, de 28 de febrero; Ley 25/2015, de 28 de julio; y RDL 8/2019, de 8 de marzo).

4.3. Los efectos de la contravención de la salvaguarda del empleo en la doctrina judicial

Los tribunales laborales han tenido ya ocasión de pronunciarse sobre los efectos que produce el desconocimiento por la empresa del compromiso legal de mantener el empleo durante 6 meses desde la reanudación de la actividad, con criterios no coincidentes.

En algunas sentencias se descarta que la cláusula de salvaguarda de empleo incida en la calificación del despido o extinción del contrato de trabajo. Así, la SJS número 1 de Soria

de 14 de diciembre de 2020 (proc. 275/2020), frente a la petición de nulidad del despido por incumplimiento de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, excluye que afecte a la calificación de la extinción del contrato el desconocimiento del compromiso de empleo. Declara al respecto que:

La consecuencia prevista en la norma para los supuestos de infracción del compromiso citado no es la nulidad de los despidos que puedan constituir dicha infracción, sino el reintegro de las cotizaciones correspondientes previa valoración a tal efecto por la ITSS, que habrá de determinar si se ha infringido el compromiso de mantenimiento del empleo³².

Otras sentencias, en cambio, declaran los despidos improcedentes por desconocer el mandato de mantenimiento de empleo. Por ejemplo, la SJS número 2 de Girona de fecha 21 de diciembre de 2020 (proc. 551/2020) y la SJS número 5 de Bilbao de fecha 9 de febrero de 2021 (proc. 1/2021). Interpuesto recurso de suplicación frente a la SJS de Bilbao citada, se confirma por la STSJ del País Vasco de 7 de septiembre de 2021. Declara que no:

[...] asumimos que el incumplimiento de este compromiso de empleo tenga solo y exclusivamente efectos en materia de Seguridad Social [...], puesto que ese compromiso de empleo fue fijado legalmente de forma imperativa y, por ello, el mismo suponía que no se puede utilizar ese cauce de extinción del contrato de trabajo en los 6 meses siguientes a la terminación de la medida adoptada al amparo del artículo 22 indicado, siendo ello, además, coherente con la propia finalidad de la medida –mantener el empleo– y los diversos medios que la ley previó para hacer frente a la crítica situación –medidas en materia de cotizaciones de Seguridad Social, desempleo y similares–.

En cambio, se separa de este criterio que vincula la validez de la extinción del contrato al cumplimiento del compromiso de empleo la STSJ de Navarra 206/2021, de 24 de junio³³, que resuelve un supuesto de despido disciplinario de quien había estado afectado por un ERTE COVID-19. Destaca que de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 no se desprende que el incumplimiento del compromiso de empleo conlleva la nulidad del despido. La única consecuencia que prevé la propia disposición es el reingreso de las cuotas empresariales a la Seguridad Social que hubieran disfrutado las empresas con los ERTE COVID-19, sin incidir en la calificación (en un sentido u otro) de los despidos/extinciones de los contratos de trabajo de cualquiera de las personas trabajadoras afectadas por dichos expedientes.

³² En el mismo sentido, la SJS número 4 de Valladolid de 27 de abril de 2021 (proc. 649/2020) y la SJS número 31 de Barcelona de 5 de febrero de 2021 (proc. 59/2021).

³³ En el mismo sentido, las SSTSJ de Madrid de 8 de octubre de 2021 (rec. 628/2021) y de Castilla y León/Valladolid de 4 de octubre de 2021 (rec. 1683/2021).

Además, la sentencia aclara que la cláusula resulta inoperativa respecto de los despidos de las personas afectadas por el ERTE si no se da el disfrute efectivo de las exoneraciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social. Precisamente por ello:

[...] el art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo (hoy Ley 3/2021, de 12 de abril), introdujo una concreta limitación (que no general prohibición) en relación con la facultad empresarial de despedir. Ambas garantías (compromiso de mantenimiento de empleo y limitación para despedir) se encuentran conectadas y en la práctica es probable que se manifiesten de manera simultánea (por ejemplo, en un despido improcedente aplicando el art. 2 del RDL 9/2020 que, a su vez, constituya incumplir el compromiso de la DA 6.^a del RDL 8/2020). Pero, aunque en la práctica puedan actuar de forma complementaria, ninguna duda cabe de que una y otra constituyen garantías totalmente diferentes e independientes, aunque los operadores jurídicos las confundan (en el sentido de integrar siempre y en todo caso) ambas figuras.

Concluye afirmando que en absoluto puede deducirse la nulidad del despido de la vulneración del compromiso de mantenimiento del empleo previsto en la disposición adicional sexta citada.

5. El compromiso de mantenimiento de empleo en la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre

El RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, modifica la Ley general de la Seguridad Social (LGSS) y en esta materia añade al texto legal la nueva disposición adicional cuadragésima cuarta con la rúbrica «Beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED».

Establece exenciones voluntarias en la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y por conceptos de recaudación conjunta, en todos los supuestos de ERTE regulados en los artículos 47 y 47 bis del ET, variando los porcentajes y las condiciones según su modalidad.

Para todos los casos se sujeta la exención al cumplimiento de un compromiso de empleo, concretando que tiene un carácter nominal, lo que trasciende a las consecuencias del incumplimiento, que no determina la obligación de reintegro total, sino exclusivamente nominal, es decir, que alcanza solo a las cuotas de la persona trabajadora que, estando afectada por un ERTE, es despedida.

Establece al respecto la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LGSS, en su apartado 10, que:

Las exenciones en la cotización reguladas en la presente disposición adicional estarán condicionadas al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas durante los 6 meses siguientes a la finalización del periodo de vigencia del expediente de regulación temporal de empleo.

Añade, respecto de los efectos de la contravención, que:

Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas en relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias de la Seguridad Social, previa comprobación del incumplimiento de este compromiso y la determinación de los importes a reintegrar por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Regula los supuestos que no implican incumplir el compromiso de empleo, siguiendo aquí las previsiones de la legislación COVID-19. Establece la nueva disposición que:

No se considerará incumplido este compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Tampoco se considera incumplido por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo.

En particular, en el caso de contratos temporales, no se entenderá incumplido este requisito cuando el contrato se haya formalizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y se extinga por finalización de su causa, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Para los ERTE por causas objetivas y los del nuevo Mecanismo RED de flexibilidad y estabilización del empleo en su modalidad sectorial, fundado también en causas ETOP (art. 47 bis.1 b) ET), en la medida en que la exención de cuotas se vincula a la realización de formación para las personas trabajadoras afectadas, dispone que:

Las empresas [...] que incumplan las obligaciones de formación [...] deberán ingresar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas respecto de cada trabajador en el que se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes (apdo. 9 disp. adic. cuadragésima cuarta LGSS).

Tampoco prevé el legislador que el incumplimiento del compromiso trascienda a la calificación jurídica de la extinción del contrato, que queda al margen de sus mandatos, siendo aplicable lo que ya hemos expresado respecto de los otros compromisos de empleo analizados. El silencio del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, sobre esta cuestión debe interpretarse en el sentido de separar el incumplimiento de la calificación jurídica que proceda realizar frente al despido o la extinción del contrato. La única consecuencia que prevé la propia norma es el reintegro de las cuotas empresariales a la Seguridad Social que hubieran disfrutado las empresas con los ERTE, sin incidir en la calificación (en un sentido u otro) de los despidos/extinciones de los contratos de trabajo de cualquiera de las personas trabajadoras afectadas por dichos expedientes.

6. Prohibición de despedir en el RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania

6.1. Normativa reguladora

Siguiendo la estela de las medidas de la legislación excepcional en la lucha contra la pandemia que acabamos de examinar, el RDL 6/2022, de 29 de marzo, contiene medidas en el ámbito laboral (art. 44) para dar respuesta a las consecuencias económicas y sociales derivadas de la guerra de Ucrania, con un importante incremento de los precios y el entorpecimiento del crecimiento.

Con las previsiones del artículo 44 de la norma de urgencia –no negociada con las fuerzas sociales, a diferencia de toda la normativa COVID-19– apuesta el legislador por el mantenimiento del empleo, tratando de reconducir las medidas de ajuste del empleo a las de naturaleza temporal (reducción de jornada o suspensión del contrato ex art. 47 y nuevo 47 bis ET), frente a la destrucción definitiva del empleo a través de los despidos por causas de fuerza mayor o por causas ETOP relacionadas con la situación de crisis, que se espera tenga carácter provisional o coyuntural y no estructural. Para el RDL 6/2022, la situación provocada por la invasión de Ucrania es coyuntural y extraordinaria, por lo que:

[...] debe ser atendida con los recursos disponibles en el ordenamiento laboral, en particular, los previstos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores; pero además y como ha puesto de manifiesto la experiencia de los expedientes ligados a la crisis de la COVID-19 también resulta necesario, para proteger el empleo de manera suficiente, establecer una serie de medidas complementarias y extraordinarias que garanticen su efecto útil que no es otro que evitar la destrucción del empleo y del tejido empresarial ante una situación que podría tener efectos económicos y sociales imprevisibles (exposición de motivos RDL).

De manera que a la posibilidad de acudir a los ERTE previstos en el artículo 47 del ET, y de aplicar, en su caso, las ventajas asociadas a estas medidas de flexibilidad en una situación que hace previsible su utilización significativa, estima el Gobierno español que deben acompañarse medidas complementarias de cautela adicional que se entienden precisas para garantizar la necesaria protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo.

Dispone el artículo 44 del RDL 6/2022 al regular las medidas en el ámbito laboral el siguiente régimen jurídico:

En aquellas empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio de 2022. El incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida. Asimismo, las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

Con ello parece que recupera la obligación de mantenimiento de empleo que caracterizó el derecho de la emergencia ante la crisis sanitaria y económica provocada por la COVID-19. Con una regulación que adolece de los mismos defectos técnicos por indeterminación de las consecuencias jurídicas derivadas del desconocimiento del compromiso de empleo.

Por lo pronto, regula dos medidas laborales distintas, aunque ambas suponen limitar las causas que pueden justificar los despidos objetivos o el despido colectivo: a) limitación temporal de las causas de los despidos objetivos que no podrán fundarse en el aumento de los costes energéticos; b) limitación de la causalidad del despido objetivo cuando se hayan adoptado previamente medidas de ajuste temporal de empleo por concurrir causas ETOP relacionadas con la invasión de Ucrania.

En ambos casos nos encontramos ante la expresa limitación de la libertad empresarial de despedir, concretada en excluir la causalidad justificativa del despido si la situación de necesidad se vincula al incremento de los costes energéticos (primera medida) o a causas relacionadas con la invasión de Ucrania (segunda medida).

La aplicación de la primera medida descansa sobre los siguientes presupuestos: a) percepción de cualquiera de las ayudas directas previstas en el RDL 6/2022 y b) imposibilidad de justificar un despido objetivo en el aumento de los costes energéticos.

Nótese cómo en este supuesto no se condiciona la aplicación de los límites a la causalidad del despido a la previa adaptación de medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos. No se trata de una medida vinculada a una prelación entre las medidas de

ajuste de empleo, provisional frente al ajuste definitivo que implica el despido. El legislador de la emergencia energética presupone que los efectos de la crisis de esta naturaleza tendrán un alcance coyuntural y temporal, disponiendo de fondos públicos (ayudas directas) a favor de las empresas para que sorteen las dificultades con las que deban enfrentarse por los mayores costos de la energía. Por eso excluye que el incremento de los costes energéticos pueda justificar, en el plano de la estricta causalidad, la extinción de los contratos de trabajo con fundamento en las causas ETOP.

El ámbito subjetivo de la limitación legal comprende a cualquier persona empleadora que haya percibido las ayudas públicas reguladas en el decreto-ley. Es necesario que las haya percibido, no siendo suficiente la mera solicitud ni tampoco que esté incluida en los sectores de actividad a los que están dirigidas las ayudas públicas cuando, sin embargo, no se solicitan. La limitación se configura como contrapeso a la ayuda efectivamente percibida, como un reparto de cargas, condicionado el derecho a percibir la ayuda a la concreta obligación legal de no extinguir los contratos de trabajo si la causa se funda en los aumentos de los costes energéticos.

Las ayudas públicas se reconocen a los siguientes sectores de actividad:

- En la industria intensiva en consumo de gas, se aprueba una línea de ayudas directas para las empresas que hayan realizado durante el año 2021 al menos una de las actividades previstas en los siguientes códigos CNAE 2009 (art. 3 RDL 6/2022)³⁴: (i) 171: Fabricación de pasta papelera, papel y cartón; (ii) 206: Fabricación de fibras artificiales y sintéticas; (iii) 231: Fabricación de vidrio y productos de vidrio; (iv) 232: Fabricación de otros productos cerámicos refractarios; y (v) 233: Fabricación de productos cerámicos para la construcción.
- En el sector del transporte por carretera y ferrocarril, se aprueba una línea de ayudas directas para las empresas de transporte de mercancías y viajeros que sean titulares de una autorización de cualquiera de las clases VDE, VT, VTC, VSE, MDPE, MDLE, que se encuentren de alta en el Registro de Empresas y Actividades de Transporte (art. 25); así como para las empresas ferroviarias privadas cuya actividad se encuadre en el código CNAE 4920, de transporte de mercancías por ferrocarril (art. 27).
- Para productores lecheros, se establecen ayudas a las personas físicas o jurídicas titulares de explotaciones de producción de leche (art. 31).

³⁴ El importe de las ayudas para cada beneficiario consistirá en una cantidad, dependiendo de su CNAE, multiplicada por su número de personas empleadas, con una cuantía máxima de 400.000 euros. La cantidad por persona empleada en cada CNAE será la siguiente: códigos CNAE 171, 206 y 231, el importe de 2.600 euros por persona; y en los códigos CNAE 232 y 233, 5.000 euros por persona empleada. En el caso de que la persona beneficiaria no tenga ninguna persona empleada, la ayuda consistirá en la cantidad correspondiente a una persona empleada.

- En el sector pesquero, se prevén ayudas directas para las personas físicas o empresas que sean armadoras de buques de pesca marítima (art. 32).
- Para productores de los sectores agrarios, se reconocen ayudas en virtud del Reglamento delegado (UE) 2022/467 de la Comisión (art. 33).
- En los sectores acuícolas, se beneficiarán de las ayudas las empresas inscritas en el REGA (Registro General de Explotaciones Ganaderas) en cualquiera de las fases de explotación, cría, cultivo o reproducción situadas en zonas terrestres, marítimo-terrestres o marítimas en territorio español (art. 35).

No tienen la consideración de ayudas directas y por eso deben quedar al margen de las previsiones del artículo 44 del RDL 6/2022 la concesión de aplazamiento en el pago de cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta que regula también la norma de urgencia (para el sector del transporte urbano y por carretera y para el sector marítimo-pesquero).

En cualquier caso, la limitación para justificar los despidos objetivos con base en el aumento de los costes energéticos tiene un alcance temporal limitado hasta el 30 de junio de 2022. Con posterioridad, sí podrá servir ese impacto en la cuenta de resultados de las sociedades para justificar las decisiones extintivas adoptadas al amparo de los artículos 51 y 52 c) del ET.

En cambio, la segunda medida laboral que introduce la norma de excepción, sin sujeción a ese límite temporal, solo resulta aplicable a las empresas que hubieran aplicado las medidas de ajuste temporal de empleo, reduciendo la jornada o suspendiendo los contratos de trabajo y, además, hubieran sido beneficiarias de «apoyo público». En tal caso, no podrán justificar un despido objetivo o colectivo por causas ETOP si están relacionadas con la invasión de Ucrania.

Conforme a este régimen jurídico, no cualquier causa ETOP impedirá que la empleadora comunique la extinción del contrato por causas objetivas al amparo de los artículos 51 o 52 c) del ET. Solo si están relacionadas con la invasión de Ucrania. Son las consecuencias económicas y sociales derivadas de la guerra de Ucrania, con un importante incremento de los precios y costes de producción que provoca el entorpecimiento del crecimiento, las que no podrán invocarse para justificar los despidos por necesidades empresariales al amparo de los artículos 51 y 52 c) del ET.

La limitación o prohibición no se sujeta aquí a un límite temporal. A diferencia del primer supuesto, con alcance temporal expreso al 30 de junio de 2022, para el segundo no se menciona fecha alguna. Sin embargo, una duración ilimitada de la prohibición entraría en colisión con la libertad de empresa. Por ello debe afirmarse que la imposibilidad de justificar la extinción de los contratos por causas relacionadas con la invasión de Ucrania debe quedar sujeta a un límite temporal. En la medida en que nos encontramos con una norma excepcional, que adopta medidas para hacer frente a la crisis derivada de la guerra de Ucrania,

una vez que concluya parece razonable entender que no regirá la regla impeditiva del despido fundado en las causas relacionadas con la invasión, recuperando la empresa la facultad de extinguir el contrato por la concurrencia de causas ETOP. Además, si la situación se mantiene durante un periodo de tiempo largo, que incluso puede ser de años, no se darían los supuestos que justifican el ERTE, que descansa sobre la concurrencia de causas provisionales o coyunturales, más allá de las cuales la medida laboral que debe adoptarse si concurren las causas legales (arts. 51 y 52 c) ET) no es otra que la extinción del contrato por causas objetivas de índole estructural.

No obstante, con posterioridad se ha publicado el RDL 11/2022, de 25 de junio, por el que se adoptan y se prorrogan determinadas medidas para responder a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania, para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma. Da nueva redacción al artículo 44 del RDL 6/2022, extendiendo sus previsiones hasta el 31 de diciembre de 2022.

En la nueva redacción, el precepto citado dispone lo siguiente:

En aquellas empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 31 de diciembre de 2022. El incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida. Asimismo, las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos.

6.2. Alcance de la limitación del despido por necesidades empresariales

El legislador de excepción no ha determinado las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de la contravención del mandato legal. En concreto, vuelve a omitir regular si el despido que supone infringir la previsión normativa debe calificarse como nulo o improcedente. Solo para la primera medida («[...] el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido») establece una concreta consecuencia jurídica, como es el reintegro de la ayuda recibida. Cabe entender que para la segunda medida, el incumplimiento de la empresa (despidiendo por causas objetivas vinculadas al incremento de los costes energéticos o relacionadas con la invasión de Ucrania) conllevará también la obligación de devolver las ayudas percibidas.

En este punto conviene recordar que, como consecuencia de la crisis generada por la COVID-19, en el año 2020 se adoptó una medida muy similar, conocida popularmente como

la «prohibición de despedir» por motivos vinculados a la pandemia. Así, parece que el legislador está rescatando nuevamente esta prohibición de despedir para la actual situación de crisis energética y bélica. No obstante, en vez de aprender de los errores del pasado, la norma vuelve a dejar en manos de los tribunales resolver qué calificación obtendrán los despidos que supongan un incumplimiento de la condición resolutoria a que queda sujeto el derecho a la ayuda. Todo ello con la inseguridad jurídica que conlleva para las empresas, que están soportando también una situación de incertidumbre económica, política y social, que dificulta, sin duda, la toma de decisiones por parte de estas.

La respuesta a la contravención a la limitación del despido debe ser la misma que la examinada a propósito de la «prohibición» de despedir de la legislación excepcional de lucha contra la pandemia de la COVID-19, esto es, calificar el despido como improcedente y no como nulo en la medida en que no estamos realmente ante una prohibición, sino ante una expresa previsión que priva de justificación causal a la extinción del contrato que se funda en la situación que atraviesa la empresa por la subida de los costes energéticos y de los precios en el contexto de la crisis energética y bélica.

En nuestro derecho, un despido sin causa se califica como improcedente conforme a reiterada jurisprudencia, quedando reservada la nulidad a los supuestos de vulneración de los derechos fundamentales o, en caso del despido colectivo, al incumplimiento de sus trámites y formalidades esenciales (art. 51 ET y art. 124 Ley reguladora de la jurisdicción social). Precisamente, el precedente del artículo 2 del RDL 9/2020 –posteriormente, Ley 3/2021– hubiese exigido del legislador una expresa previsión declarativa de la nulidad de cualquier extinción contractual que suponga desconocer lo dispuesto en el artículo 44 del RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra de Ucrania.

No es de esta opinión Baylos Grau (2022), que considera la nulidad del despido la consecuencia natural de la disposición prohibitiva del despido al carecer de causa. Afirma que:

[...] la privación de causa lícita para despedir en los términos que señala el art. 44 del RDL 6/2022 tiene como efecto útil la prohibición del acto de despido, no el reconocimiento de su carácter definitivo a cambio del incremento de la indemnización derivada del carácter improcedente de ese despido, del que se sabe además que no cumple una función disuasoria, y que se trata de un mecanismo rígido y uniforme que produce importantes diferencias de trato negativas en función de la edad y del género.

En cualquier caso, la improcedencia solo será posible declararla si la extinción responde a las concretas causas directamente relacionadas a la subida de los costes energéticos y con la invasión de Ucrania y su directa incidencia en la actividad y resultados de la empresa,

en muchos casos por las dificultades de aprovisionamiento de bienes derivadas de la interrupción de los flujos de mercado tras la invasión rusa de Ucrania. Quedarán excluidas de la contravención las extinciones de los contratos de trabajo que no tengan relación directa con la crisis de precios de los combustibles y bélica, sino que obedecen a dificultades económicas, técnicas, organizativas o de producción preexistentes o concomitantes, o incluso agravadas en el contexto social y económico de la crisis internacional bélica, que haya dejado sentir sus efectos últimos en la situación económica negativa que ya viniera atravesando la empresa.

También se excluirán los casos en que la situación de la empresa no obedece a unas causas provisionales o coyunturales con relación directa a los incrementos de los costes o la invasión de Ucrania, debiendo la empresa adoptar medidas de ajuste definitivo del empleo y no temporales para hacer frente a la situación económica de pérdidas consolidada, como instrumento de gestión de los recursos humanos de la organización que, a la postre, evitará su desaparición y la pérdida de todo el empleo, o como medida justificada en las situaciones de insolvencia empresarial y adoptadas en el marco del concurso de acreedores.

No está de más recordar que la más reciente jurisprudencia ha reiterado que las medidas de flexibilidad interna y, específicamente, las de reducción de jornada y suspensión del contrato de trabajo (art. 47 ET) descansan en el presupuesto de que las causas fundantes no sean definitivas o estructurales, sino coyunturales. Es el carácter coyuntural el que permite reconducir la respuesta de la empresa a las medidas de ajuste temporal de empleo reguladas en el artículo 47 del ET, reformado por el RDL 32/2022 para evitar los despidos.

De forma expresa para la primera medida del artículo 44 del RDL 6/2022 queda establecido que el incumplimiento de la obligación de la empresa conllevará la devolución de la ayuda recibida. En este caso, a diferencia de la regulación de los efectos del compromiso de empleo que se establecía en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, cuyo incumplimiento durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad implicaba que las empresas que lo infringieran deberían reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de las que resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, pero en relación con las concretas personas trabajadoras despedidas, en la nueva regulación no cabe limitar nominativamente la devolución o reintegro de las ayudas, que se perciben de forma global y no con identificación de concretas personas trabajadoras. Por eso, la devolución de las ayudas recibidas no puede fragmentarse ni calcularse en relación con el número de personas despedidas y, por tanto, en atención a la mayor o menor entidad del incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo.

Por último, entre las medidas previstas en el RDL 6/2022 se encuentra el aplazamiento en el pago de las cuotas de la Seguridad Social y por conceptos de recaudación conjunta para las empresas de los sectores del transporte urbano y por carretera (art. 28

RDL 6/2022) y para el sector marítimo-pesquero (art. 37 RDL 6/2022). Pero como se ha destacado anteriormente, por la propia denominación que se utiliza y la mención exclusiva a las ayudas directas en el artículo 44 del RDL 6/2022, cabe considerar que la limitación de las causas del despido objetivo alcanza exclusivamente a las empresas que perciban las ayudas, dejando al margen del mandato limitador a las que solicitan el aplazamiento de las cuotas.

Cuestión distinta es que la empresa que haya tramitado un ERTE pueda también solicitar la exoneración de cuotas de Seguridad Social, sujeta a la obligación de mantenimiento del empleo, con expresa previsión de devolución de las cuotas, con los recargos e intereses que procedan si no se respeta el compromiso (art. 47.7 e) ET, en la redacción dada por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre). Cabe considerar que este efecto jurídico es el aplicable en los supuestos de bonificaciones de las cuotas regulados en el RDL 6/2022.

Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas con relación a la persona trabajadora respecto de la cual se haya incumplido este requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes (disp. adic. cuadragésima cuarta.10 LGSS).

Referencias bibliográficas

- Baylos Grau, A. (7 de abril de 2022). El veto a los despidos por motivos derivados de la subida de precios y la guerra de Ucrania. Las «medidas laborales» del RDL 6/2022. Según Antonio Baylos... <https://baylos.blogspot.com/2022/04/el-veto-los-despidos-por-motivos.html>
- Beltran de Heredia Ruiz, I. (6 de diciembre de 2020). La cláusula de salvaguarda del empleo (DA 6.ª RD Ley 8/20): guía interpretativa para su aplicación. *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*. <https://ignasibeltran.com/2020/12/06/la-clausula-de-salvaguarda-del-empleo-da-6a-rdley-8-20-guia-interpretativa-para-su-aplicacion/>
- Bernal Santamaría, F. (2019). La controversia de las cláusulas de empleo ante la flexibilidad externa de las empresas. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 147, 219-244.
- Casas Bahamonde, M. E. (2020). La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento. *Diario La Ley*, 9640.
- Correa Carrasco, M. (2012). *Acuerdos de empresa (instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales: RDL 7/2011; RDL 3/2012)*. Francis Lefebvre.
- Cruz Villalón, J. (2018). *Compendio de derecho del trabajo*. (11.ª ed.). Tecnos.
- González González, C. (2020). *ERTES y la transición a los despidos por necesidades empresariales. Consecuencias ante la*

- crisis de la COVID-19*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Gorelli Hernández, J. (1999). *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral. (Estudios de derecho laboral)*. Civitas Ediciones.
- Mercader Uguina, J. R. y De la Puebla Pinilla, A. (2020). Expedientes de suspensión de contratos y de reducción de jornada por fuerza mayor derivados del COVID-19. En C. Aragón Gómez (Coord.), *Impacto del COVID-19 en materia laboral y de Seguridad Social* (pp. 47-68). Francis Lefebvre.
- Montoya Melgar, A. (2003). Recensión al libro *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, de Raquel Quintanilla Navarro. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 118.
- Preciado Domènech, C. H. (2014). *La negociación colectiva en la empresa*. Lex Nova-Thomson Reuters.
- Quintanilla Navarro, R. Y. (2003). *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*. Aranzadi.
- Sala Franco, T., Alfonso Mellado, C. L. y Pedrajas Moreno, A. (1996). *Los acuerdos o pactos de empresa*. Tirant lo Blanch.
- Serrano Olivares, R. (2003). *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*. Tirant lo Blanch.
- Vidal Pérez, P. y Gutiérrez Álvarez, R. (13 de diciembre de 2020). *Retorno de exoneraciones por incumplir la «salvaguarda del empleo» en los ERTES COVID-19*. Jurista Enloquecido. <https://juristaenloquecido.com/2020/12/13/3031/>