

**abril
2020**

**La cláusula de mantenimiento
del empleo de la disposición
adicional sexta del RD ley 8/2020,
de 17 de marzo**

EFICACIA Y ALCANCE



Edita: Confederación Sindical de CCOO
Abril 2020

Introducción

La vertiginosa sucesión de Decretos-leyes de urgencia debe reconocerse como un esfuerzo loable de nuestro Gobierno por dar solución a las graves situaciones de necesidad generadas durante la crisis que atravesamos. Crisis que ha puesto a los poderes públicos y a la sociedad en su conjunto frente a una cruenta realidad imposible de prever y que carece de precedentes a escala internacional. Este esfuerzo, se ha materializado en una colosal disposición de recursos públicos para salvar las vidas y la salud de la ciudadanía, frenar la pandemia, proteger a las personas más vulnerables, facilitar la vuelta a la normalidad de la actividad económica y evitar la destrucción de empleo.

Esta necesidad perentoria de articular medidas se ha producido en unas circunstancias cuya excepcionalidad y urgencia exceden con mucho las que justifican habitualmente el uso de la prerrogativa legislativa del Gobierno autorizada por el artículo 86 de la CE. Aún así, el resultado global es un conjunto normativo coherente y, con carácter general, de técnica depurada, con pocas fisuras para la inseguridad jurídica.

Este reconocimiento no es incongruente con que puedan constatarse lagunas o vacíos en los ámbitos de protección o con la posibilidad de realizar interpretaciones diversas sobre el alcance de algunos preceptos; lo cual, por lo demás, es intrínseco al recorrido vital de cualquier ley, incluso de las elaboradas al margen de emergencias.

La disposición adicional sexta del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, sobre la sujeción de la empresa a un compromiso de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, ha suscitado controversias interpretativas sobre su eficacia y alcance.

Entre otras cuestiones, se ha planteado una interpretación restrictiva que en modo alguno compartimos y que aboga por que dicho compromiso solo afectaría a las empresas que hubieran tramitado un ERTE por causa de fuerza mayor y hubieran accedido a las exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social previstas en el artículo 24 del mismo texto; además, se cuestionan cuáles serían las consecuencias del incumplimiento de dicho compromiso.

1. LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIZACIÓN DE LOS MECANISMOS DE AJUSTE TEMPORAL DE ACTIVIDAD PARA EVITAR DESPIDOS

El capítulo II del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, bajo la rúbrica **“Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos”** recoge diversas disposiciones.

Los artículos 22 y 23 regulan las que califica de **“medidas excepcionales”**, tanto en relación a los ERTES por causa de fuerza mayor como en relación a los ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, respectivamente. Estos artículos, facilitan la tramitación y puesta en marcha de dichas fórmulas de regulación temporal cuando están motivados por la situación derivada del Covid-19.

Los artículos 24 y 25 establecen respectivamente la exoneración total o parcial de cuotas a las empresas con expedientes de suspensión de contratos o reducción de jornada autorizados por causa de fuerza mayor y las mejoras en la protección por desempleo para las personas trabajadoras afectadas por todos los expedientes de regulación temporal de empleo derivados de la situación de pandemia e independientemente de la causa en la que se apoyan. En ambos casos, el RD-ley califica estas medidas como **“medidas extraordinarias”**.

Se puede decir que a la medida excepcional del artículo 22 (procedimiento ERTE por causa de fuerza mayor) le acompañan las medidas extraordinarias de los artículos 24

y 25 (exoneración de cuotas y mejoras en prestaciones del desempleo) y a la medida excepcional del artículo 23 (ERTE por causas objetivas) le acompaña la medida extraordinaria del artículo 25.

No parece que pueda resultar controvertido que la finalidad de las medidas, excepcionales unas y extraordinarias otras, establecidas en los artículos 22, 23, 24 y 25 citados, es la de **“evitar despidos”**, como así se declara en el título del capítulo que las engloba.

2. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA DEL REAL DECRETO LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO

■ **2.1** Dicha disposición establece 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 seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”**.

Esta disposición no puede entenderse como una mera declaración retórica, ni mucho menos. Por el contrario, con esta disposición se viene a fijar el sentido del esfuerzo realizado por el Decreto para apoyar las medidas de flexibilización temporal para proteger el empleo y que suponen, además de las obvias facilidades para su tramitación, un despliegue de recursos económicos sin precedentes y que se cuantifica tanto por lo que deja de recaudarse en cuotas de Seguridad Social como por el gasto en prestaciones.

Ateniéndonos al sentido propio de las palabras utilizadas por la norma (primer criterio hermenéutico del art. 3 CC), las empresas que quedan comprometidas al mantenimiento del empleo son todas las que hayan utilizado las herramientas de los artículos 22 y 23 del RD-ley en cuestión. Esto es, tanto las empresas que han acudido a un ERTE por causa de fuerza mayor como las que se han visto abocadas a un ERTE por causas objetivas.

En ambos casos, las suspensiones de contrato y reducciones de jornada llevan aparejadas medidas extraordinarias como hemos visto, pues tan “extraordinaria” es la medida de la exoneración de cuotas (art.24) como las medidas en materia de protección por desempleo (art. 25) en palabras del propio RD-ley.

Así se reitera en el apartado 2 de la DT1ª del RD-ley cuando dispone que: “Las medidas extraordinarias en materia de cotizaciones y protección por desempleo previstas en los artículos 24 y en los apartados 1 a 5 del artículo 25, serán de aplicación a los afectados por los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada comunicados, autorizados o iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, siempre que deriven directamente del COVID-19”.

A esta interpretación conduce también la literalidad de la propia titulación del capítulo II del RD-ley que, volvemos a recordar, expresamente señala que la regulación de los ERTE por ambas causas, la exoneración de cuotas y la ampliación de la protección por desempleo tienen como razón de ser la de **evitar despidos**. Estamos, por tanto, ante fórmulas o herramientas dispuestas para dicho objetivo y la DA sexta examinada es el corolario

de este diseño. Se incentiva la utilización de los mecanismos de flexibilización, por ello, las empresas que acuden a estas medidas deben comprometerse con el mantenimiento del empleo.

Por lo demás, el precepto, pudiendo haber distinguido entre unos ERTE y otros no lo hace, de ahí que discrepemos de interpretaciones en otro sentido.

El contexto y la finalidad de la norma también conducen a la misma conclusión (siguiente criterio interpretativo). Ante la evidencia de la severa afectación que en la actividad productiva y económica tendrían las restricciones impuestas para frenar la pandemia, el RDley 8/2020, de 17 de marzo, apuesta por establecer, en sintonía con la propuesta conjunta formulada días antes al Gobierno por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, *“medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad con el objetivo de evitar despidos”* como declara el preámbulo de la norma.

Este tipo de medidas, continúa dicho preámbulo, “adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y de reducción temporal de jornada (ERTE)...” ... “A la luz de la experiencia internacional... tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que **se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos**”; lo cual se predica de este tipo de procedimientos sin distinguir la causa.

Es sabido que los preámbulos de las leyes no tienen carácter normativo y carecen, por tanto, de valor sustantivo y del valor de una interpretación “auténtica de la norma” por sí solos; pero sí pueden ser “auténticas memorias justificativas de la oportunidad política y de la calificación técnico-jurídica del proyecto” (Díez Picazo, LM). Por lo que se observa, las intervenciones normativas que realiza el RD-ley 8/2020 para ambas modalidades de ERTE tienen atribuida, también aquí, esa función de mantenimiento del empleo sin distinción.

En conclusión, el compromiso de mantenimiento del empleo afecta a los ERTE tramitados por los artículos 22 y 23 del Decreto.

■ **2.2** En sucesivos oficios, de 3, 7 y 11 de abril, de la DGT por los que se da respuesta a consultas formuladas por CEOE y por la autoridad laboral Balear, parece desprenderse que la interpretación, no vinculante, de dicho centro directivo es la de que sólo quedarían comprometidas con el mantenimiento del empleo las empresas sujetas a ERTE por causa de fuerza mayor. Parece que ello sería así por cuanto son las únicas que “han obtenido beneficio o ventaja extraordinaria por la aplicación de medidas excepcionales” consistentes en la exoneración de cuotas.

En nuestra opinión, esta interpretación no es adecuada porque no se ajusta a los criterios interpretativos establecidos en nuestra legislación, como se ha intentado explicar arriba, y porque la exoneración de cuotas no es la única ventaja extraordinaria que reciben las empresas. Las medidas de protección por desempleo que incluye la norma, con mejoras sustanciales respecto a

las vigentes para situaciones ordinarias, no solo “benefician” a las personas trabajadoras. Las propias empresas se benefician sin duda de unos recursos que, materializados en prestaciones, les permiten ahorrar los salarios entre otros costes asociados a la paralización o ralentización de la actividad y mantener el proyecto empresarial.

En todo caso, volvemos a recordar que el RD-ley califica de medidas extraordinarias tanto la relativa a la cotización (art. 24) como la que se refiere a las prestaciones de desempleo establecidas para los ERTE sea cual sea su causa (art. 25) y que la dicción literal de la DA sexta vincula el mantenimiento del empleo, sin distinción, a cualquiera de las medidas extraordinarias; por ello, conforme a los criterios hermenéuticos de aplicación, también las empresas con ERTE derivados de causas objetivas estarían vinculadas por dicha disposición.

Por otro lado, la interpretación restrictiva conduce a planteamientos que despojarían de su finalidad a las medidas de flexibilización. Se conoce la intención de ciertas empresas de renunciar a la exoneración de cuotas para desprenderse de la obligación de mantenimiento del empleo. En este sentido, la DG de la Tesorería General de la Seguridad Social, basándose probablemente en la misma idea, está admitiendo sin más la renuncia a la exoneración de cuotas.

En nuestra opinión, aunque proceda la renuncia a la exoneración de cuotas, el compromiso de mantenimiento del empleo se mantiene para las empresas que han ejecutado ERTE por fuerza mayor, dado que, como venimos diciendo, esta obligación se vincula a las medidas extraordinarias en materia de empleo sin distinción y, por tanto,

a las previstas en el art. 25.

Si la norma hubiera querido limitar dicho compromiso a las empresas afectadas por una determinada modalidad de ERTE lo hubiera podido hacer con facilidad y, sin embargo, no lo hace. De hecho, la legislación previa a la declaración del estado de alarma contemplaba ya la exoneración de cuotas a la Seguridad Social en supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada por causa de fuerza mayor para favorecer el mantenimiento del empleo. La disposición adicional cuarta del Real decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, que regula el Programa de Activación para el Empleo, recoge este beneficio con un desarrollo preciso. Sin embargo, el RD-ley 8/2020, de 17 de marzo ni se remite ni alude a dicho precedente.

Por último, es preciso recordar que la interpretación que realiza la DGT, como expresamente recuerda en los oficios comentados, no tiene carácter vinculante; pues la competencia para realizar interpretaciones legales con ese alcance solo le corresponde en nuestro Derecho a los órganos jurisdiccionales.

En este mismo orden de cosas, la aceptación de las cuotas por parte de la TGSS no puede afectar a la protección de los derechos de las personas trabajadoras afectadas en caso del incumplimiento del compromiso del mantenimiento del empleo por parte de las empresas.

■ **2.3** Finalmente, la disposición adicional sexta debe ponerse en relación directa con el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, dictado con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos

22 y 23 del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizados para introducir medidas traumáticas como la extinción de los contratos sino medidas temporales que son las que mejor responden a la situación coyuntural de esta crisis. Este precepto refrenda lo que venimos defendiendo por cuanto dispone que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y de reducción de jornada previstas en los citados artículos 22 y 23, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

■ **2.4** Como ya se ha dicho, la DA sexta examinada forma parte del contenido normativo del RD-ley y no cabe entenderla como una mera declaración programática sino como comprensiva de una auténtica obligación.

En nuestra legislación existen diversos precedentes que han vinculado los incentivos contemplados para determinadas políticas de empleo a la obligación por parte de la empresa de mantener los puestos de trabajo. En este caso, para determinar lo que ha de entenderse como mantenimiento del empleo puede acudir a la propia legislación de emergencia. En este sentido, el RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, en su disposición adicional cuarta dispone que el cumplimiento del compromiso se valorará en atención a las características específicas y circunstancias de los distintos sectores y empresas. 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.

La exposición de motivos de esta norma precisa que el compromiso no se entenderá incumplido cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora. Lo anterior viene a reproducir el apartado 4 de la disposición adicional cuarta del Real decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, que regula el Programa de Activación para el Empleo, y que se cita arriba y coincide con el criterio expresado por la DGT.

■ **2.5** Por último, el incumplimiento de este compromiso de mantenimiento del empleo debe llevar aparejadas consecuencias concretas. Aunque la norma no lo contemple explícitamente parece deducirse que el incumplimiento supondría la reposición de las medidas extraordinarias que estaban “sujetas” a dicho compromiso. Esto implicaría el abono de las cuotas dejadas de ingresar y el reintegro de las prestaciones por desempleo. Esta es la interpretación que mantiene la DGT, si bien limitada a la devolución de cuotas en coherencia con la aparente visión restrictiva que hemos analizado.

La obligación de mantenimiento del empleo puede interpretarse como global y no necesariamente limitada a las personas afectadas por la suspensión de contratos o reducción de jornada. La DA sexta no establece límites, como por el contrario sí contempla explícitamente la disposición adicional cuarta del Real decreto-ley 16/2014, de 19

de diciembre, que regula el Programa de Activación para el Empleo, y que circunscribe la obligación al 100 por cien de las personas afectadas por el ERTE. En este orden de cosas los abonos y reintegros no quedarían referidos por la norma a un cálculo individualizado en función de las extinciones producidas incumpliendo el compromiso, sin perjuicio de una aplicación proporcional y atendiendo a la ponderación de las consecuencias concretas de cada caso.

Con respecto a lo anterior, lo cierto es que la norma omite una regulación clara de las consecuencias que el incumplimiento tendrá sobre las ayudas que en forma de exoneración de cuotas y prestaciones por desempleo establecen los artículos 24 y 25 del RD-ley. Esto dificultará la exigencia de tales consecuencias de abonos o reintegros y generará previsiblemente gran conflictividad de no concretarse con rango normativo suficiente tales extremos.

■ **2.6** Por último, hay que hacer una referencia a la consecuencia que más relevancia tiene para las personas trabajadoras que resulten despedidas como consecuencia del incumplimiento empresarial del compromiso establecido en la DA sexta del RD-ley 8/2020, de 17 de marzo.

Lo que no nos ofrece dudas es que, del conjunto normativo de la legislación de emergencia, integrada con el resto de nuestro ordenamiento, se concluye con rotundidad que los despidos o extinciones que supongan el incumplimiento de la empresa de dicho compromiso serán contrarios a derecho, y ello con independencia de si afecta a personas trabajadoras afectadas directamente por las

suspensiones o reducciones o a las demás de la empresa.

Respecto de este extremo, el artículo 2 del RD-ley 9/2020, de 27 de marzo, completa la DA sexta del Decreto-ley que le precede disponiendo que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido. El incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo y la ausencia de causa conllevan la ilicitud de los despidos y la consecuente declaración de nulidad o subsidiaria improcedencia de los mismos. Cuestión en la que no podemos detenernos por el tiempo del que disponemos para la elaboración de estas notas y no ser objeto de este análisis el desarrollo de este punto.

