



ERE después de ERTE. ¿Y ahora qué?

EMILIO GÓMEZ - SOCIO DIRECTOR Y ELENA MARTÍN - ABOGADA SENIOR
Aledia Abogados

La pandemia provocada por la COVID-19 ha hecho necesario, en muchos sectores, incluido el del automóvil, acudir a la aplicación de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE).

Como ya conocemos, un ERTE consiste esencialmente en permitir a las empresas cuya actividad se vea impedida, de forma coyuntural y no definitiva, suspender los contratos de trabajo y mantener el empleo “hibernado” a la espera de una recuperación de la normalidad productiva. No se produce destrucción de empleo, dado que se puede recuperar posteriormente al tratarse de una suspensión.

Existen dos tipos de ERTE: por un lado, el ERTE de fuerza mayor y, por otro lado, el ERTE fundamentado en causas objetivas

La empresa se libera de la obligación de abonar las retribuciones a sus trabajadores (que pasan a percibir la prestación por desempleo directamente desde el SEPE) aunque se mantienen, si bien aliviadas, las cotizaciones a la Seguridad Social mediante exoneraciones, totales o parciales, en las cotizaciones a abonar durante la suspensión de los contratos.

Recordemos que existen dos tipos de ERTE: por un lado, el ERTE de fuerza mayor y, por otro lado, el ERTE fundamentado en causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción), conocido como ERTE ETOP.

Resulta de fácil comprensión que la figura de los ERTE puede sostener solo de forma temporal esta complicadísima situación que estamos viviendo. Pero el brutal impacto de la pandemia y su duración imprevisible han prolongado sus efectos, incidiendo directamente en la economía, que ha quedado detenida o seriamente ralentizada durante mucho más tiempo del previsto inicialmente.

Este deterioro de la actividad tan prolongado y las negativas expectativas de la recuperación económica han obligado a que muchos concesionarios se planteen la necesidad (en muchos casos, inevitable) de acudir a la nunca deseada utilización de los despidos tras haber aplicado un ERTE. Esta cuestión no resulta ni mucho menos sencilla, toda vez que las ayudas aprobadas por el Gobierno también conllevan determinadas limitaciones que dificultan la adopción de medidas extintivas de los contratos de trabajo tras la tramitación de un ERTE bonificado. Estas limitaciones son, principalmente, el compromiso de mantenimiento del empleo y la denominada coloquialmente “prohibición de despedir”.

COMPROMISO DE MANTENIMIENTO O SALVAGUARDA DEL EMPLEO

La cláusula de salvaguarda del empleo se estableció en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, habiendo sido prorrogada en varias ocasiones, la última de ellas a través del RDL 2/2021, que la extiende hasta el 31 de mayo de 2021.

Consiste en la obligación de mantener el empleo en aquellas empresas que hayan llevado a cabo un ERTE con motivo de la COVID-19 y se hayan beneficiado de exoneraciones totales o parciales de cuotas a la Seguridad Social. El plazo de esta garantía es de seis meses a contar desde la reanudación de la actividad.

Es decir, los concesionarios no pueden despedir durante 6 meses a aquellos trabajadores que hayan estado afectados por un ERTE. Este periodo de seis meses empieza a computar desde que se rescató del ERTE al primer trabajador, y se reinicia cuando el concesionario vuelva a aplicarse exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social.

El incumplimiento de este compromiso acarrea graves consecuencias, ya que obliga a las empresas a reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones exoneradas (de todos los trabajadores), con el recargo y los intereses de demora correspondientes, además de la posible sanción.



La obligación de devolver las bonificaciones, únicamente del trabajador rescatado y posteriormente despedido o de todos los trabajadores incluidos en el ERTE, es conflictiva. La Administración ya ha emitido informe, informando de que requerirá la devolución correspondiente a todos los trabajadores, si bien parece una decisión no ajustada al principio de proporcionalidad. Sin duda, la interpretación deberá ser fijada por los Tribunales de Justicia.

“PROHIBICIÓN” DE DESPEDIR

Por otro lado, resulta de aplicación el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, el cual establece la prohibición de que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción justificativas del ERTE puedan entenderse asimismo como justificativas de la extinción del contrato de trabajo o del despido. Consecuencia: no pueden llevarse a cabo despidos basados en causas directamente relacionadas con la Covid-19.

Frente a ello, la realidad de la situación extrema que estamos viviendo va a hacer inevitable que muchas empresas se vean obligadas a prescindir de parte de su fuerza de trabajo.

Es preciso valorar también los efectos negativos de la obligación de reincorporación tras la declaración de nulidad de un despido

La problemática surge como consecuencia de la ausencia de regulación respecto a los efectos concretos de las decisiones extintivas que vulneren estas normas, lo cual ha generado un debate en torno a la calificación de este tipo de despidos como nulos, improcedentes o procedentes.

Recordemos que la nulidad del despido conlleva la readmisión obligatoria del trabajador y el abono de los salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta la efectiva reincorporación del trabajador, mientras que si el despido se declara improcedente la empresa puede optar entre la readmisión y pago de salarios de tramitación o la resolución definitiva del contrato con el abono de la indemnización tasada legalmente para estos supuestos. Pudiendo ser muy relevante la diferencia económica, es preciso valorar también los efectos negativos de la obligación de reincorporación tras la declaración de nulidad de un despido.

PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

Existen ya pronunciamientos judiciales que, debido a la falta de regulación expresa, han calificado de distinta manera los despidos sometidos a debate.

El juzgado de lo Social nº 3 de Sabadell declaró nula la extinción del contrato en la sentencia de 6 de julio de 2020 (autos 316/2020), al considerar que la vulneración de una norma imperativa y prohibitiva de despidos acarrea la nulidad de pleno. En la misma línea se pronunció el Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo en su Sentencia de 22 de noviembre de 2020 (autos 305/2020), al considerar que la admisión de la improcedencia del despido supondría al empresario la posibilidad de eludir la “prohibición de despedir” al poder optar por la extinción indemnizada, quedando en tal caso reducida la norma a una mera declaración de intenciones. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se ha inclinado por la nulidad fundamentada en el fraude de ley, y así se recoge en la sentencia de 26 de enero de 2021 (autos 15823/2021).

A pesar de ello, parece que la tendencia mayoritaria es la inclinación por la declaración de improcedencia. En este sentido, el Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona (Sentencia de 10 de julio de 2020, autos

No nos encontramos ante una verdadera norma prohibitiva o imperativa de despidos, sino ante una que declara que las causas relacionadas con la COVID-19 no se pueden entender justificativas del despido no se pueden entender justificativas del despido

348/2020, y Sentencia de 31 de julio de 2020, autos 384/2020), así como el Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo (Sentencia de 19 de octubre de 2020, autos 295/2020) se amparan en la consolidada jurisprudencia que califica como improcedentes los despidos sin causa o con causa ilícita, reservándose la calificación de nulidad para los supuestos tasados legalmente.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid también ha refrendado esta interpretación (Sentencia de 25 de noviembre de 2020, autos 590/2020) al considerar que no nos encontramos ante una verdadera norma prohibitiva o imperativa de despidos, sino ante una que declara que las causas relacionadas con la COVID-19 no se pueden entender justificativas del



Se requiere un análisis individualizado de la situación de cada concesionario para poder determinar en qué casos resultan aplicables las dos cláusulas referidas y cuáles son los riesgos que conllevarían

despido, lo cual implica que un despido que se base en tales motivos equivaldrá a un despido sin causa y, en consecuencia, improcedente.

En algún caso puntual, los tribunales han declarado procedente esta extinción debido a que la Covid-19 no era causa indirecta o mediata del despido, sino que venía arrastrándose previamente.

La conclusión a la que llegamos es que se requiere un análisis individualizado de la situación de cada concesionario para poder determinar en qué casos resultan aplicables las dos cláusulas referidas y cuáles son los riesgos que conllevarían la toma de una decisión extintiva.

A día de hoy, el Tribunal Supremo aún no ha tenido la posibilidad de pronunciarse, por lo que no existe un criterio unificado para la calificación de los despidos

en los casos comentados, aunque la doctrina mayoritaria hoy por hoy parece inclinarse por la aplicación de la jurisprudencia tradicional y la consiguiente calificación de improcedencia. Aún así, la inseguridad jurídica generada impide asegurar cuál será el criterio que finalmente predomine.

CONCLUSIÓN

Nos encontramos ante una gravísima situación económica, sanitaria y social que en muchos casos va a conllevar inevitablemente la utilización de la figura del despido; decisión que se encuentra enormemente dificultada por las limitaciones fijadas legalmente para aquellos concesionarios que se han acogido a la figura del ERTE bonificado.

La incertidumbre y la inseguridad jurídica juegan en contra de los concesionarios. Ante tales situaciones extremas, y con el elevadísimo coste tanto económico como laboral y social que puede conllevar la adopción de una decisión inadecuada, se hace necesario contar con un buen asesoramiento jurídico que encuentre la fórmula ideal para adecuar la estructura del negocio a la situación real de la actividad. ■

LA LEYENDA CONTINÚA



ELF tiene el honor de patrocinar la Alpine **ELF Europe A110 Cup** y colaborar con el equipo Racing Technology, que confía en **ELF EVOLUTION**, aceite de motor de muy alta calidad y avanzada tecnología, que asegura una óptima protección y eficacia en las pruebas de resistencia automovilísticas más exigentes del mundo.

www.elf.es



André Negrao (BRASIL) - Foto: Gregory Lenormand / DPPI Copyright. ©DPPI/LEOPOLDO GREGORY • ADAPTACIÓN: TOTAL ESPAÑA, S.A.U. // EDICIÓN 2 - REVISIÓN 1 // NOY 2020