nº 40 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Cláusula de mantenimiento del empleo en expedientes de regulación de empleo

Employment maintenance clause in redundancy proceedings

Carolina Gómez García *Inspectora de Trabajo y Seguridad Social*

Cita Sugerida: GÓMEZ GARCÍA, C.: «Cláusula de mantenimiento del empleo en expedientes de regulación de empleo». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 40 (2024): 261-285.

Resumen

La cláusula de mantenimiento del empleo como medida de compromiso para las empresas que se acogen a beneficios en la cotización de la Seguridad Social no es algo nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la pandemia de la COVID-19 que provocó para un gran número de empresas la necesidad de acudir a los mecanismos de suspensión de contratos de trabajo y reducciones de jornada, así como a la aplicación de las exoneraciones vinculadas a tales situaciones entre marzo de 2020 y marzo de 2022, otorgó un protagonismo singular a la regulación de estos beneficios y, en especial, a la cláusula de mantenimiento del empleo contenida en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Sobre dicha cláusula versa el presente estudio, así como sobre la que, con posterioridad a la regulación COVID, se aprobó, contenida en la disposición adicional cuadragésima cuarta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que inspirada en aquella, recoge parte de las referencias contenidas en su articulado.

Palabras clave

Compromiso; mantenimiento; empleo; ERTE; COVID; exoneraciones; reintegro

Abstract

The employment maintenance clause as a commitment measure for companies that benefit from Social Security contributions is not something new in our legal system. However, the COVID-19 pandemic, which caused a large number of companies to have to resort to the mechanisms of suspension of employment contracts and reductions in working hours, as well as the application of exemptions linked to such situations between March of 2020 and March 2022, gave a singular role to the regulation of these benefits and, in particular, to the employment maintenance clause contained in the sixth additional provision of Real Decreto-ley 8/2020, of March 17, of urgent extraordinary measures to address the economic and social impact of COVID-19. The present study deals with this clause, as well as with the one that was approved after the COVID regulation, contained in the forty-fourth additional provision of the consolidated text of the General Social Security Law, which, inspired by it, includes part of the reference contained in its articles.

Keywords

Commitment; maintenance; employment; ERTE; COVID; exonerations; refund

1. CLAUSULA DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO VINCULADA A LAS SUSPENSIONES DE CONTRATOS Y REDUCCIONES DE JORNADA DURANTE LA PANDEMIA DERIVADA DE LA COVID-19

1.1. Resumen cronológico de la normativa

La situación de emergencia sanitaria derivada de la COVID-19 y la declaración del estado de alarma del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (BOE 67/2020), que derivó en la interrupción y limitación de la actividad económica en la mayor parte de los sectores de producción de bienes y servicios a partir de marzo de 2020 y cuyos efectos se prolongaron hasta los primeros meses de 2022, aunque con distintas intensidades en función de la actividad y de la propia evolución de la pandemia,

dio lugar a la aprobación de una serie de reales decretos leyes que se sucedieron desde el comienzo de la crisis hasta febrero de 2022 y que establecieron medidas extraordinarias para minimizar su impacto negativo económico y social.

Las medidas afectaban, entre otras materias, a los expedientes de suspensiones de contratos y de reducciones temporales de jornada que se estaban adoptando en gran parte de las empresas, para las que se regularon beneficios en materia de cotización a la seguridad social, con el objetivo de minimizar la carga onerosa que suponía el coste de las aportaciones empresariales, contribuyendo así a mantener el tejido empresarial y garantizar el empleo de los trabajadores afectados.

Tales beneficios consistieron, por una parte, en exoneraciones respecto de las aportaciones empresariales que debían seguir ingresándose durante las suspensiones de contratos o reducciones de jornada, en distintos porcentajes que fueron variando a lo largo de la aprobación de los distintos reales decretos-ley, en función de los tipos de ERTES.

1.1.a) El *Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19* (BOE 73/2020, de 18 de marzo), fue el primero en establecer tales medidas, cuya introducción ya adelantaba su triple objetivo: "*Primero, reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; segundo, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y tercero, reforzar la lucha contra la enfermedad"*.

Conforme lo dispuesto en este primer real decreto-ley, inicialmente las suspensiones de contratos y reducciones temporales de jornada con causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia de la COVID-19, tuvieron la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor temporal, que quedaba definida en el artículo 22 de la norma[1].

Para estos expedientes, el artículo 24 del citado Real Decreto-ley preveía las primeras exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social, para las aportaciones empresariales previstas en el artículo 273.2 del TRLGSS, en su redacción anterior a la modificación introducida por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre (BOE 313/2021, de 30 de diciembre).

No obstante, la aplicación de tales exoneraciones por parte de las empresas afectadas por ERTES quedaba condicionada a la obligación de mantener el empleo, en los términos recogidos en la disposición adicional sexta del mismo Real Decreto-ley 8/2020, bajo la rúbrica "Salvaguarda del empleo".

La inicial redacción de la disposición adicional sexta dejaba numerosas cuestiones sin resolver respecto del alcance de su ámbito de aplicación y las consecuencias derivadas de un posible incumplimiento, ya que únicamente se limitaba a señalar que la aplicación de las medidas

[1] Artículo 22 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo: *Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.*

extraordinarias, las exoneraciones, quedaba condicionada al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad.

Las posteriores normas aprobadas fueron delimitando en algunos aspectos el ámbito subjetivo y objetivo del compromiso. Se analizan a continuación.

1.1.b) La disposición adicional decimocuarta del *Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por la que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19* (B.O.E del 1 de abril), en vigor desde el 2 de abril, concretaba algo más acerca de ese compromiso, si bien con referencias un tanto ambiguas a una valoración del compromiso en función de las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, y en particular, a las especificidades de las empresas con una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos, mencionando específicamente el sector de las artes escénicas, musicales, cinematográfico y audiovisual.

En el caso de contratos temporales, sí se especificaba que el compromiso de mantenimiento del empleo no se entendía incumplido cuando el contrato quedara extinguido por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituía su objeto o cuando no pudiera realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

1.1.c) Con la aprobación del *Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo* (B.O.E del 13 de mayo) se modifica la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, a fin de concretar las particularidades del compromiso y las consecuencias en caso de incumplimiento, que no se habían previsto inicialmente.

Con fecha de entrada en vigor el 13 de mayo, este real decreto-ley perfila algunos detalles sobre el ámbito objetivo, subjetivo y temporal del compromiso del empleo:

— Por reanudación de la actividad, a partir de la cual comenzaría el cómputo de los seis meses, se entiende la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

— Se considera incumplido el compromiso si se producen el despido o la extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes.

— No se considera incumplido el 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 el caso de contratos temporales cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye el objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

  • Reitera la ponderación en la valoración del compromiso en función de las características específicas de los distintos sectores, la normativa laboral aplicable

y específicamente la alta variabilidad o estacionalidad del empleo de algunas empresas, como ya lo hiciera el Real Decreto-ley 11/2020.

- Tampoco incumplirán el compromiso, por quedar excluidas del mismo, 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, si bien esta expresión desaparece con el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por lo que también la consideración de empresa en riego de concurso quedaría vinculada a una interpretación conjunta de las normas aludidas.

— Por primera vez se establece la consecuencia en caso de incumplimiento, que consiste en la obligación de reintegrar la totalidad del importe de las exoneraciones, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

— En todo caso, las actuaciones previas de comprobación se encomiendan a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a efectos de su acreditación y exigencia de reintegro.

1.1.d) El *Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad en el sector industrial* (B.O.E del 27) amplía las exoneraciones para dos nuevos supuestos:

— Los previstos en el artículo 4.2: empresas que hubieran suspendido contratos o reducido jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con la COVID-19, en los términos del artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, tanto antes como después de la entrada en vigor de este real decreto-ley.

— Los referidos en la disposición adicional primera, apartado segundo: empresas a las que, a partir de 1 de julio de 2020, se les autorice un ERTE de fuerza mayor por ver impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en alguno de sus centros de trabajo.

El compromiso de mantenimiento del empleo regulado en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se extenderá a ambos supuestos, pero para las empresas que se beneficien por primera vez de las exoneraciones a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley (27 de junio de 2020), el plazo de 6 meses del compromiso empezará a computarse desde su entrada en vigor.

1.1.e) La continuidad de los efectos negativos de la crisis sanitaria, y las nuevas restricciones y limitaciones, dan lugar al *Real Decreto 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo* (B.O.E del 30) que prevé nuevas exoneraciones:

— Para nuevos ERTES COVID por fuerza mayor de empresas que vean impedida o limitada su actividad, a consecuencia de nuevas restricciones (artículo 2 del Real Decreto-ley 30/2020).

— Para empresas con ERTES prorrogados automáticamente hasta 31 de enero de 2021 y que sean pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura y una reducida tasa de recuperación de actividad o dependientes o integrantes de la cadena de valor de éstas, en los términos que se establecen en su disposición adicional primera.

Este Real Decreto vuelve a reiterar en su artículo 5 el compromiso de mantenimiento del empleo al que deben quedar vinculadas las empresas que se acojan a estos beneficios, si bien en esta norma se diferencian por primera vez tres supuestos:

— Los compromisos de mantenimiento del empleo que ya se encontraban vigentes, se mantendrán en los términos previstos 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.

— Los nuevos compromisos para las empresas que reciban nuevas exoneraciones por aplicación de este Real Decreto-ley 30/2020, serán de un nuevo periodo de seis meses, desde la reincorporación del primer trabajador.

— Los nuevos compromisos de empresas que ya estaban afectadas por un anterior compromiso (en virtud de anteriores reales decretos-ley), cuyo período se inicia cuando haya finalizado el anterior, entendiendo en este caso que no habrá solución de continuidad entre el anterior compromiso y el nuevo.

1.1.f) *El Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo* (B.O.E del 27) prevé en su artículo 1 las exoneraciones para los ERTES prorrogados, en su artículo 2 las de los nuevos ERTES por impedimento o limitación de actividad y en su disposición adicional primera las exoneraciones para empresas en ERTE pertenecientes a sectores con una elevada tasa de cobertura y una reducida tasa de recuperación de actividad o dependientes o integrantes de la cadena de valor, a partir de 1 de febrero de 2021 y hasta 31 de mayo.

La salvaguarda del empleo seguirá siendo 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 esta norma, según dispone su artículo 3.4.

En la introducción de la norma, además se establecen aclaraciones al respecto: "*por lo tanto, la cláusula de salvaguarda vuelve a desplegar todo su contenido, lo que implica que las empresas, una vez cumplidos los periodos de 6 meses de salvaguarda de empleo que hubieran adquirido según lo previsto en las normas previas, se comprometen, en virtud de este real decreto-ley, al mantenimiento del empleo durante otro nuevo periodo de 6 meses de duración, cuyo cómputo se inicia una vez finalizados los anteriores en su integridad"*.

1.1.g) *El Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, sobre medidas urgentes para la defensa del empleo, la reactivación económica y la protección de los trabajadores autónomo*s (B.O.E del 28), mantiene la continuidad de las medidas extraordinarias del Real Decreto-ley 2/2021, incluidas las exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social de las empresas, hasta 30 de septiembre de 2021.

El artículo 3.4 reitera la obligación de compromiso de mantenimiento del empleo en los términos del artículo 5. del RD-ley 30/2020, de 29 de septiembre.

1.1.h) *El 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* (B.O.E del 29), además de regular la prórroga de ERTES vigentes a 30 de septiembre de 2021, previa presentación, por parte de las empresa, de una solicitud al efecto, prevé nuevos ERTES fuerza mayor por impedimento o limitaciones de actividad que podrán ser autorizados entre el 1/11/2021 y el 28/02/2022, así como

sus correspondientes exoneraciones, sujeto a un nuevo compromiso de mantenimiento del empleo con el contenido del artículo 5 del Real Decreto-ley 30/2020, de acuerdo con lo establecido en su artículo 5.4.

1.1.i) Con el *Real Decreto-ley 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* (BOE de 23 de febrero), se establecen las últimas prórrogas de los ERTES regulados en el Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, por lo que se pone fin a la regulación de los ERTES derivados de la pandemia provocada por la COVID-19, estableciendo como fecha fin de los mismos y de sus exoneraciones el 31 de marzo de 2022 (disposición adicional 1ª y 2ª).

1.2. Ámbito temporal del compromiso de mantenimiento del empleo

Como ya se ha referido en el apartado anterior, la finalidad de las normas que otorgaban estos beneficios en la cotización era preservar el empleo de todos los trabajadores afectados por los ERTES, por lo que su aplicación quedaba condicionada al mantenimiento del empleo de aquellos.

Sin embargo, en el Real Decreto-ley 8/2020 no concretaba el alcance de esa obligación, ya que no definía los supuestos en los que se considera cumplido -o incumplido- el mantenimiento del empleo, ni qué debía entenderse por reanudación de la actividad. Tampoco establecía las consecuencias en caso de que se produjera un posible incumplimiento.

No es hasta el 13 de mayo de 2020, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 18/2020, de 12 de mayo, cuando se definen con mayor precisión los términos en los que debía entenderse y aplicarse la cláusula de salvaguarda:

— Por una parte, se delimita el *dies a quo* de la reanudación de la actividad de la empresa, que será la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aunque sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

  Por tanto, la reincorporación de un solo trabajador activaría el compromiso de los seis meses.

  No matiza la norma si esa reincorporación debe producirse con la jornada íntegra que ya tuviera el trabajador con anterioridad a la aplicación de las medidas, como tampoco lo concretaron los reales decretos-ley posteriores, por lo que cabría entender que la parcialidad aludida no solo se estaría refiriendo al número de trabajadores reincorporados sino al tiempo o jornada de trabajo por la que se produce esa reincorporación al trabajo efectivo.

— Por otra parte, el mantenimiento del empleo durante seis meses se refiere a todos los trabajadores afectados por el ERTE, que debía garantizarse desde que se desafectó al primer empleado. Respecto de esta cuestión, se pronunció la Dirección General de Trabajo, en criterio de fecha 10.11.2020, en el que señalaba que *"el compromiso empresarial de mantenimiento del empleo (y las consecuencias de su incumplimiento) tiene un alcance más amplio que el del trabajador o trabajadores afectados, por la voluntad del legislador de vincular los beneficios en la cotización a un objetivo de mantenimiento del empleo en la empresa que se beneficia de los mismos"*.

El cómputo de los seis meses debe realizarse desde que se reincorpora el primer empleado, sin atender a cómputos individualizados respecto de cada uno de los trabajadores despedidos. En este sentido, también se pronunció el TSJ de Madrid, Sala de lo Social en su sentencia de 20 de febrero de 2023 (rec. 879/2022):

"…el cómputo habría de realizarse desde que se desafectó al primer empleado, y no al trabajador que impugna su despido; no habiéndose acreditado por éste, que hubieran transcurrido menos de los seis meses desde ese diez a quo".

Por ello, la extinción del contrato de un único trabajador por razones vinculadas a la COVID no podía limitar sus consecuencias a la devolución de las exoneraciones de las cuotas correspondientes a ese concreto trabajador, sino que conllevaba la obligación de reintegrar las exoneraciones aplicadas respecto de todas las personas afectadas por ese expediente y compromiso.

La Dirección General de Trabajo se pronunció nuevamente al respecto del alcance del compromiso, siendo su último criterio el que da respuesta a consulta de fecha 5 de mayo de 2021, en el que se matizó que el ámbito del compromiso empresarial puede ser el centro de trabajo, ateniendo a la desigual recuperación que la actividad empresarial ha podido experimentar en función del territorio, por lo que en esos casos el inicio del cómputo de los seis meses del compromiso podría ser distinto en cada centro de trabajo debido al momento en el que se haya producido la salida de la fuerza mayor total en cada centro y por ello, en esos casos, las empresas deberán devolver la totalidad de las cuotas exoneradas correspondientes al ámbito del centro de trabajo afectado por el despido de la persona o personas trabajadoras respecto de las cuales se entiende incumplido el compromiso recogido en la Disposición Adicional Sexta.

— Excepcionalmente, para las empresas beneficiadas por primera vez de las nuevas exoneraciones previstas en el Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, los seis meses comenzarían a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta norma (27 de junio de 2020).

— Cabe plantearse el supuesto de aquellas empresas que no llegasen a reincorporar a ningún trabajador, sino que, cesaran en la actividad o extinguieran los contratos de trabajo suspendidos, con carácter previo a las reincorporaciones. De la interpretación finalista de las normas que durante la pandemia regularon las suspensiones de contratos y reducciones de jornada, que partían de la consideración del carácter coyuntural de la disminución o limitación de la actividad económica vinculada a la crisis sanitaria, y del establecimiento de medidas extraordinarias para su superación, sin coste para el empleo, se debe extraer la conclusión de que en los supuestos en que la empresa no llegara a reiniciar la actividad, sino que optara por la extinción de contratos, el compromiso de mantener el empleo estaba resultando incumplido.

— El Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, introduciendo un nuevo apartado quinto en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, también delimita el alcance del incumplimiento y sus consecuencias, que hasta ese momento no se habían previsto: las empresas *"deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes".*

Sin embargo, la falta de referencias a la aplicación retroactiva del reintegro para extinciones producidas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 18/2020, solo permitiría su aplicación para aquellos incumplimientos producidos a partir de tal fecha, momento en el que el sujeto incumplidor conocería el alcance de su conducta y el reproche que conllevaba, pues, de lo contrario, podría quedar comprometido el principio de seguridad jurídica, dentro del cual se enmarca el artículo 2.3. del Código Civil, ("*Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario")*.

Por otra parte, se debe tener en cuenta la posible acumulación de compromisos. Durante los dos años de aplicación de estas medidas extraordinarias (de marzo de 2020 a marzo de 2022) las empresas pudieron pasar por distintas situaciones, desde prórrogas continuadas de un mismo ERTE, renuncia a los ERTES o posteriores solicitudes de nuevos ERTES, con aplicación de distinta normativa.

El Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, es el que por primera vez diferencia entre los siguientes compromisos, según disponía su artículo 5:

— Por una parte, los compromisos regulados en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que se modifica por el Real Decreto-ley 18/2020, y en el artículo 6 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio (este último a su vez distinguía entre los ERTES prorrogados que se regulaban en los RD-ley 8/2020 y 18/2020 y los nuevos ERTES de empresas que se beneficiaban por primera vez de las medidas extraordinarias, acogidos a un nuevo plazo de 6 meses desde el 27 de junio de 2020).

— Por otra parte, los nuevos compromisos para empresas acogidas a los ERTES previstos en este Real Decreto-ley 30/2020 y a sus exoneraciones, para las que se hacía referencia expresa a un nuevo periodo de seis meses de salvaguarda del empleo, si bien su contenido, requisitos y cómputo se efectuaría en los términos establecidos en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

Aclara este precepto, a su vez, que los compromisos no pueden simultanearse, ni finalizar con la aplicación de este nuevo Real Decreto, sino que el inicio del cómputo de un nuevo compromiso se iniciará cuando haya terminado íntegramente el anterior. Misma previsión se recoge en los sucesivos Reales Decretos-leyes 2/2021, 11/2021 y 18/2021.

Por todo ello, y a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 30/2020 serían posibles sucesivos compromisos de mantenimiento del empleo por aplicación de los distintos reales decretos-ley, pudiendo no resultar coincidentes el período de duración de aquellos y el ámbito de aplicación temporal de vigencia de tales normas, sino que fuera más allá del período en que la empresa estaba vinculada al ERTE y del período exonerado.

1.3. Ámbito objetivo y subjetivo de los incumplimientos

El Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo, con la modificación de la disposición adicional sexta del Real Decreto 8/2020, introducida por su disposición final 1.3, delimita igualmente el alcance del incumplimiento, del que nada decía en la inicial redacción de la disposición:

— Por una parte, aclara que, desde el 13 de mayo de 2020, el compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes, por tanto, excluye del incumplimiento las extinciones de contratos no afectados por el ERTE.

— A continuación, en el apartado segundo de la disposición, enumera una serie de supuestos de extinción de contratos que no se considerarían incumplimientos del compromiso: despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, y en el caso de contratos temporales 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.

— Excluye igualmente del compromiso de mantenimiento del empleo, en el apartado cuarto, a empresas en las que concurriera un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

— Y mantiene las referencias a la ponderación de la exigencia del compromiso del mantenimiento del empleo "*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"* en el apartado tercero de la disposición.

Dejando a un lado el supuesto de empresas en concurso que se analiza más adelante, respecto de los supuestos que no se consideran incumplimientos del mantenimiento del empleo y que se enumeran en el apartado segundo de la disposición adicional sexta, se puede hacer una primera valoración en el sentido de que todos ellos mantienen como nexo común la indubitada falta de voluntad del empresario en la extinción del contrato de trabajo (es el caso de la dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, el fin del llamamiento del contrato fijo-discontinuo, o la llegada del término del contrato temporal o su imposibilidad de realización de su objeto), si bien en el supuesto de despido disciplinario declarado como procedente existe una matización, y es que la decisión del empresario viene determinada por la conducta del trabajador, su incumplimiento grave y culpable, que es justificativa de la extinción y ha debido ser declarada judicialmente, por tanto, ha resultado acreditada ante el juez de lo social.

Con carácter previo a la introducción de estas causas en la disposición adicional sexta, las posibles excepciones a la obligación de mantener el empleo se encontraban en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que únicamente recogía las siguientes: la extinción de los contratos temporales por su término o imposibilidad de realización de su objeto y la valoración del compromiso en función de las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de empresas con una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos, como sucede, entre otros, en el ámbito de las artes escénicas, musicales, cinematográfico y audiovisual.

Como anticipaba la exposición de motivos del Real Decreto 11/2020, de 31 de marzo, el compromiso debía entenderse como la voluntad de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la finalización de las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos basadas en el COVID-19.

Sin embargo, una vez introducidas las definitivas causas de excepción al compromiso en el apartado segundo de la disposición adicional sexta, se han planteado dudas respecto de algunos supuestos de extinción de la relación laboral, previstos en el artículo 49.1 del Texto Refundido de la

Ley del Estatuto de los Trabajadores, que no aparecen entre las causas que excluyen el incumplimiento, pero que podrían resultar equiparables a las mismas.

Antes de entrar a analizar esos posibles supuestos, se ha de partir de la posible traslación que esta norma hizo de la ya derogada disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el empleo, que contemplaba exoneraciones del 100% de la aportación empresarial, también en supuestos de suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor que en la misma se definían, en la que establecía una cláusula de mantenimiento del empleo ciertamente muy similar a la prevista para los supuestos de suspensiones de contratos y reducciones de jornada derivados de la COVID-19.

En el Real Decreto-ley 16/2014, la exclusión de la obligación de mantenimiento en el empleo se producía también en caso de despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador y las extinciones de contratos temporales, una vez llegado su término. Sin embargo, la situación de fuerza mayor contemplada en aquella norma (acontecimientos catastróficos naturales, imprevisibles o que habiendo sido previstos fueran inevitables, como terremotos, maremotos, incendios, inundaciones, plagas, explosiones, tormentas de viento y mar, siempre que supongan la destrucción total o parcial de las instalaciones de la empresa o centro de trabajo, impidiendo la continuidad de la actividad laboral para los trabajadores afectados.) si bien era similar, guardaba diferencias notables con la causada por la COVID-19, marcada esta por la inmediatez de los acontecimientos que afectaban a gran parte de las empresas, la falta de previsión respecto de la duración de la crisis, la incertidumbre de las primeras semanas y meses y la celeridad con la que se sucedían las normas.

Tampoco la respuesta de la Administración era la misma: El Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, estableció que la duración de estas exoneraciones podía ser como máximo de un año, tras el que las empresas se comprometían a mantener en el empleo durante otro año más, posterior a la finalización de la suspensión o reducción (a la superación de la fuerza mayor), mientras que en el caso de la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2022 las empresas debían comprometerse a mantener el empleo durante los seis meses posteriores a la reincorporación del primer trabajador, lo que no implicaba que la fuerza mayor estuviera superada.

Esta falta de identidad y las distintas circunstancias que se presentaban en el seno de las empresas en los primeros meses de la pandemia, nos lleva a analizar algunas de las causas de extinción del contrato de trabajo, no previstas en la disposición adicional sexta, pero que podrían igualmente responder al concepto de "compromiso" entendido como la voluntad de la empresa de mantener el empleo, a la que aludía el Real Decreto 11/2020, de 31 de marzo:

- Uno de esos supuestos es la extinción del contrato durante el período de prueba, cuya finalidad, según la doctrina del Tribunal Supremo, es la de "… *facilitar un medio o mecanismo ágil y eficaz de verificación tanto de las concretas condiciones de la ejecución del trabajo, como de la aptitud y de la adaptación del trabajador al trabajo contratado*"; y "*en términos de gestión de recursos humanos, la función institucional del período de prueba podría formularse así: en lugar o además de la información adquirida por el empresario y el trabajador en los tratos preliminares a la iniciación de la relación laboral, las partes de la relación individual de trabajo pueden disponer, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 ET , de un plazo o margen temporal para comprobar sobre el terreno que el contrato concertado satisface sus intereses respectivos";* de manera que "*a tal efecto, durante el período o plazo de prueba, cuyo pacto cabe incardinar genéricamente entre "las causas (de extinción) consignadas válidamente en el contrato" / art. 49.1.b) ET), no rigen las reglas comunes del despido o de la dimisión del trabajador; ni se exige "carta de despido" (art.*

55.1 ET), ni el empresario ha de expresar o acreditar las causas que motivan su decisión (art. 55.4 ET), ni tampoco el trabajador se encuentra vinculado por un deber de preaviso (art. 49.1.d) ET)" (sentencias de 12-7-2012, r. 2789/11 y de 20.01.2014 rec. 375/2013).

El TSJ de Madrid, en sentencia de 10 de septiembre de 2021 (rec. 518/2021) se pronuncia sobre esta cuestión, respecto de la extinción de una trabajadora durante el período de prueba, que tuvo lugar al día siguiente de reanudar su actividad tras la suspensión de su contrato de trabajo por fuerza mayor derivada de la COVID-19. Y si bien los hechos se producen antes de que se recogieran en la disposición adicional sexta las causas detalladas de exclusión del compromiso, cuestión que se pone de relieve por el Tribunal, este acaba concluyendo que **la extinción de contrato durante el período de prueba**, "*facultad empresarial que no hay razón alguna para considerar enervada con ocasión de la situación excepcional que supuso la pandemia provocada por la COVID-19",* **es una situación equiparable a las causas de extinción** previstas en la disposición adicional sexta, que no se reputan como incumplimiento del compromiso.

En el mismo sentido se estableció previamente por el artículo 8 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social 8BOE de 28 e febrero) y por el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (BOE de 11 de enero), en materia de incentivos a la contratación, de manera que la resolución del contrato de trabajo durante el periodo de prueba no suponía incumplimiento del mantenimiento del empleo.

No obstante, lo anterior se debería entender sin perjuicio de la posible concurrencia de fraude de ley o abuso de derecho en la configuración del período de prueba, como concurrió en aquel supuesto enjuiciado, en cuyo caso y por la propia distorsión de la finalidad del período probatorio, el despido se consideró improcedente, lo que habría dado lugar al incumplimiento de la cláusula de mantenimiento del empleo.

- En el supuesto de jubilación del empresario (causa de extinción contemplada en el artículo 49.1 g) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -Real Decreto legislativo 2/2015-) respeto del que se presentó consulta ante la Dirección General de Trabajo en los momentos iniciales de la pandemia, el centro directivo se pronunció en fecha 29.04.2020 y, destacando nuevamente el elemento volitivo que imperara en las causas de extinción que darían lugar a incumplimientos del mantenimiento de empleo, ponía el acento en que "*la jubilación del empresario no sólo depende de su voluntad, sino que, además, es conocida por lo que en caso de extinción de los contratos por dicha causa deberá entenderse incumplido el compromiso, que de antemano se sabía que no podía cumplirse".*

En el mismo sentido sentencias del Juzgado de lo Social número 5 de Bilbao, de 9 de febrero de 2021 (proc. 1/2021) o la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias de 10 de marzo de 2023 (rec. 806/2022).

-Respecto de las causas de extinción de la relación laboral a instancias del trabajador, la dimisión es la única que garantiza al empresario el cumplimiento de mantenimiento del empleo. El resto de extinciones que el trabajador promueve en base a una previa decisión empresarial, ya sea por movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo o incumplimientos empresariales, (artículos 40, 41 y 50 respectivamente del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) se consideran imputables al empresario, lo que determinaría el incumplimiento de la cláusula.

-En cuanto a la exclusión de responsabilidad empresarial en el reintegro de exoneraciones por lo que al despido disciplinario se refiere, la disposición adicional exige que este haya sido declarado procedente.

Para que se produzca tal declaración, es necesario que se impugne la decisión extintiva por parte del trabajador y se dicte un pronunciamiento judicial declarativo de la procedencia del despido, tras la celebración del correspondiente juicio. En definitiva, el cumplimiento de la obligación empresarial de mantener el empleo se encuentra condicionado por los siguientes acontecimientos futuros: el acto de un tercero, esto es, la interposición de la demanda por parte del trabajador, que puede decidir impugnar el despido o no hacerlo, que deberá ser presentada con los requisitos legalmente previstos en la normativa de procedimiento laboral para su admisión y que obliga a eludir el intento de conciliación previo y la posterior conciliación judicial a la que el propio juzgador tratará de abocar a las partes, pues solo con una sentencia favorable, que expresamente declare el despido procedente, puede garantizar el cumplimiento de la obligación empresarial de mantener el empleo.

Trasladado al ámbito de las obligaciones, el artículo 1184 del Código civil dispone lo siguiente: "También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible".

Comparada la redacción de la disposición adicional sexta con otras normas previas y posteriores, referidas a la concesión de beneficios en materia de seguridad social, principalmente vinculadas al fomento de la contratación, que también incluyen su propia cláusula de salvaguarda, se pueden extraer las siguientes conclusiones respecto de la solución aportada por estas normas al compromiso de mantenimiento del empleo:

— El artículo 10 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE de 27 de julio) establecía, para la contratación indefinida de jóvenes por microempresas y empresarios autónomos, reducciones en la cotización, que igualmente se hacían depender, entre otros requisitos, de mantener el empleo del trabajador contratado y el nivel de empleo de la empresa durante un año desde la celebración del contrato.

  Su apartado cuarto recogía los supuestos en los que no se consideraban incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo, que, en el caso del despido disciplinario, debía ser declarado o reconocido como procedente.

— El Real Decreto-ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida (BOE de 1 de marzo) establecía en su artículo único reducciones de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la seguridad social por contratación indefinida. Para beneficiarse de estas reducciones, las empresas debían mantener durante un periodo de 36 meses, a contar desde la fecha de efectos del contrato indefinido con aplicación de la reducción, tanto el nivel de empleo indefinido como el nivel de empleo total alcanzado, al menos, con dicha contratación.

  Corrigiendo la técnica poco acertada de la Ley 11/2013 en cuanto a las referencias al despido "*declarado procedente*", el Real Decreto-ley 3/2014 estableció como supuestos que garantizaban el compromiso de mantenimiento del empleo las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hubieran sido declarados improcedentes.

— El artículo 8 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, regulaba el mínimo exento de cotización en supuestos de contratación indefinida. En su apartado 4.d) se volvían a establecer requisitos de mantenimiento de empleo.

  A efectos de examinar su cumplimiento, la norma señalaba lo siguiente: "*no se tendrán en cuenta, las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hayan sido declarados improcedentes, los despidos colectivos que no hayan sido declarados no ajustados a Derecho, así como las extinciones causadas por dimisión, muerte o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el periodo de prueba"*.

— Finalmente, el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (BOE de 11 de enero), en relación con los requisitos para aplicar las bonificaciones a la contratación laboral indefinida, exige al beneficiario mantener a la persona destinataria de estas medidas en situación de alta, o asimilada a la de alta con obligación de cotizar, en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, al menos tres años.

  A efectos del cumplimiento de esta obligación, no se tendrán en cuenta, entre otros, los despidos disciplinarios que no hayan sido declarados o reconocidos como improcedentes.

  Parece desprenderse de las normas referidas que, cuando se trata de beneficios vinculados al fomento del empleo estable y a la contratación indefinida en concreto, el legislador ha optado por permitir que las empresas puedan beneficiarse de tales beneficios aun cuando se produzcan despidos disciplinarios, siempre que no exista un pronunciamiento judicial sobre su improcedencia ni un reconocimiento de la misma por parte de la empresa, todo ello sin perjuicio de los supuestos de fraude de ley, que van a conllevar la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

— Por el contrario, las dos normas que han regulado beneficios en la cotización en supuestos de suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor (primero el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, y después la disposición adicional sexta del Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo), antes de la entrada en vigor de la Disposición adicional 44ª del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, analizada más adelante, han blindado estas medidas extraordinarias de tal manera que, en el caso del despido disciplinario, solo la declaración -judicial- de procedencia podría evitar la obligación de reintegrar las exoneraciones, pese a que tal condición podría imposibilitar al empresario su cumplimiento, a menos que se abstenga de despedir disciplinariamente durante el período de suspensión de contratos o reducción de jornada.

— Por último, se analiza el supuesto de empresas que se encuentran en el supuesto del apartado 4 de la disposición adicional sexta:

  "*4. no resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas 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"*.

La Ley concursal ha sido derogada con efectos de 1 de septiembre de 2020, por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (BOE de 7 de mayo). En su nueva redacción, el artículo 5.2 no hace referencia al "riesgo de concurso":

Artículo 5.2. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido que se encuentra en estado de insolvencia cuando hubiera acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de cualquier otro legitimado.

La situación equiparable a "riesgo de concurso" podría venir determinada por la concurrencia de alguna de los hechos externos reveladores del estado de insolvencia enumerados en el artículo 2.4 del TRLC.

No obstante, la doctrina judicial es diversa en cuanto a esta consideración:

En sentencia de 1 de diciembre de 2020 (Rec. 24/2020), el TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, entiende que concurre riesgo de concurso cuando la empresa presenta solicitud de preconcurso con anterioridad al despido y se dicta posterior Auto de declaración de concurso.

La sentencia del Juzgado Social nº1 Gijón, de 21 de diciembre de 2020, (rec. 506/2020) concluye que *el estado de insolvencia* se produce cuando concurre la causa legal de disolución prevista en el artículo 363.1.e) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio*: (...) la empresa se encuentra incursa en causa de disolución, al haber disminuido su patrimonio neto por debajo del capital social. (...). Si el patrimonio neto, como conjunto de todos los activos, disminuye de forma tan pronunciada, la entidad no va a poder hacer frente a sus compromisos de pago, por lo que se va a situar en un estado de insolvencia. (...). "estamos ante una de las excepciones contempladas en el Real Decreto 8/2020 a la "prohibición de despedir".*

Para el Juzgado de lo Social nº 5 de Valladolid no existe riesgo de concurso "*cuando solo consta unido a los autos un Decreto de 21/09/20, en el que se pone en conocimiento del Juzgado de lo Mercantil el inicio de negociaciones con los acreedores para la refinanciación de los pagos, sin que se aporte ningún documento posterior pese a haber transcurrido seis meses desde aquella fecha, salvo una deuda con la Seguridad Social por importe de 16.066,77 euros de la que no se desprende de forma indubitada la situación de insolvencia.* Sentencia de 16 de abril de 2021 (rec. 699/2020)

En la sentencia de 29 junio de 2021 (rec.1139/2021), el TSJ de Asturias, Sala de lo Social, considera acreditado el estado de insolvencia de la empresa por las *pérdidas continuadas desde el año 2016, con aportaciones de los socios en las cuantías detalladas en el Hecho Probado Sexto y, finalmente, con el cese de la actividad empresarial.*

El TSJ Castilla y León, según sentencia de 11 de octubre de 2021 (rec. 1829/2021), considera que no existe riesgo de concurso si sólo se acredita la existencia de una *deuda con la seguridad social de algo más de 63.000 euros sin que se sepa de qué procede, a qué meses afecta...*

En relación con las empresas que ya han sido declaradas en concurso, no parece que la norma esté incluyéndolas en su ámbito de aplicación. La Sala de lo Social del TSJ País Vasco en sentencia de 5 de julio de 2021 (rec. 1128/2021) señala que no es posible que una vez acordado el concurso se proceda a la extinción de los contratos: "*A estos efectos, se ha de recordar que el punto 4 de tal disposición adicional sexta del Real Decreto Ley 8/2020, dice que no resulta de aplicación el compromiso de mantenimiento de empleo allí previsto en las empresas en que concurra un riesgo de*

concurso de acreedores en los términos del artículo 5, punto 2 de la Ley Concursal. Pero el caso es que, en este caso, ese riesgo se materializó y es después de acordarse el concurso cuando se inicia el expediente de extinción colectiva. Por tanto, entendemos que el presente caso no queda amparado en tal punto 4 y rige el compromiso allí regulado, en contra de lo expresamente alegado por la parte impugnante".

Por el contrario, existen pronunciamientos judiciales que recogen la posibilidad de eximir del compromiso a empresas ya concursadas, considerando la falta de disposición de sus facultades de administración. Este ha sido el criterio de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en sentencia de 29 de septiembre de 2021: "*si el concurso no solamente existe como situación fáctica pendiente de tramitación judicial, sino que ya está solicitado o más aún si ya está declarado, la exención del compromiso de mantenimiento del empleo derivada de la disposición adicional sexta no solamente no deja de ser aplicable, sino que es más evidente todavía"* y de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias en sentencia 20 de septiembre de 2022 (rec. 41/2021).

En resumen a todo lo expuesto, se ha de concluir que el contexto de pandemia mundial en el que se tuvo que aplicar la disposición adicional sexta del Real Decreto 8/2020, de 29 de marzo y su afectación a multitud de empresas de distintos sectores ha determinado su trascendencia y ha planteado un debate sobre cuestiones que quizá en normas precedentes habrían resultado más desapercibidas, lo que sin duda se está reflejando en los distintos criterios de la doctrina judicial que todavía se sigue pronunciando sobre la misma y que permitirá complementar las conclusiones del presente estudio.

2. CLÁUSULA DE MANTENIMIENTO DEL EMPLEO VINCULADA A LAS SUSPENSIONES DE CONTRATOS Y REDUCCIONES DE JORNADA PREVISTA EN LA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUADRAGÉSIMA CUARTA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 8/2015 DE 30 DE OCTUBRE (BOE DE 31).

En los últimos meses de la crisis derivada de la COVID 19, se aprobó el Real Decreto-ley 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 (BOE de 30 de diciembre), que introduce la disposición adicional cuadragésima cuarta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 8/2015 de 30 de octubre (BOE de 31), bajo la rúbrica "Beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED", modificada posteriormente por la disposición final cuarta, apartado trece del Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas (BOE de 11 de enero).

Superada la pandemia, y acogiendo gran parte de las previsiones de aquella normativa en materia de ERTES, esta nueva disposición adicional 44ª, en línea con las modificaciones introducidas en el artículo 47 y 47 bis del Texto refundido del Estatuto de los trabajadores, en materia de suspensiones de contratos y reducciones de jornada introduce la regulación de las nuevas exenciones para los nuevos ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y sus prórrogas, ERTES de fuerza mayor, nuevos ERTES de fuerza mayor por impedimento o limitaciones regulados en el artículo 47.6 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores y para los ERTES del mecanismo RED que se establecen por primera vez en el artículo 47 bis de la norma estatutaria.

El apartado 10 de esta disposición adicional 44ª vuelve a condicionar la aplicación de estas nuevas exenciones -el cambio de denominación no resulta relevante- al mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras afectadas.

No obstante, este compromiso vinculado a los ERTES del artículo 47 y 47 bis del TRLET, mantiene diferencias sustanciales con el que se regulaba en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo:

— El nuevo compromiso de la disposición adicional 44ª.10 también se extiende a un período de seis meses, que comienza a computar, sin embargo, desde la finalización del periodo de vigencia del ERTE.

  Ya no se vincula el inicio del cómputo, por tanto, como ocurría en el caso de los ERTES COVID, a la reanudación de la actividad de la empresa entendida como la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aunque fuera parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

— Las empresas que incumplan el compromiso, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional 44ª, deberán reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resulten 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.

  Se minimizan, de esta manera, las consecuencias en caso de incumplimiento, que en los ERTES COVID estaban vinculadas al reintegro de todas las exoneraciones percibidas, por lo que también se eliminan posibles dudas e interpretaciones sobre el alcance del reintegro que se dieron durante la aplicación de los ERTES COVID.

— Tanto en las exenciones previstas para los nuevos ERTES de la disposición adicional 44ª, como el caso de los ERTES COVID, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se le atribuye la previa comprobación del incumplimiento de este compromiso, la determinación de los importes a reintegrar y su exigencia.

En cuanto a los supuestos por los que no se consideraría incumplido el mantenimiento del empleo, el TRLGSS mantiene en esta disposición importantes coincidencias con las causas que ya se recogían en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020:

— Se incluyen nuevamente (no se considerará incumplimiento del compromiso):

  • La dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora.

  • El fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo.

  • En el caso de contratos temporales, 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 (en este caso la disposición adicional 44ª actualiza la terminología a la nueva regulación contenida en el precepto estatutario).

  • Continúan las referencias al despido disciplinario únicamente cuando sea declarado procedente, en línea con la disposición adicional sexta del Real Decreto 8/2020 y con el anterior Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre. Esta

previsión, como ya se ha expuesto al analizar aquella cláusula, puede suponer una importante indefensión para las empresas pues, en caso de despido disciplinario, el cumplimiento de sus obligaciones -mantener el empleo- quedará condicionado a la acción de un tercero -la impugnación de la decisión extintiva por parte del trabajador- y a que se produzca un pronunciamiento judicial que necesariamente habrá de ser sentencia declarativa del despido como procedente, que, sin embargo, no son requisitos legalmente previstos para que el despido disciplinario quede validado, por las partes, por los órganos de mediación o por los judiciales, lo que a la postre puede suponer una tácita limitación a la facultad de despedir de manera disciplinaria.

— No se incluye, a diferencia de lo que preveía la normativa COVID (no será causa para excluir del cumplimiento) el supuesto de empresas en las que concurra riesgo de concurso de acreedores, o situación en insolvencia según dispone el artículo 5.2. en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (BOE de 7 de mayo).

— Tampoco se recoge la previsión contenida en el apartado tercero de la disposición adicional sexta RD-ley 8/2020 relativa a *la valoración del compromiso, 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*, que, fuera del contexto de la pandemia, podría haber perdido virtualidad.

REAL DECRETO-LEY 2/2024, DE 21 DE MAYO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES PARA LA SIMPLIFICACIÓN Y MEJORA DEL NIVEL ASISTENCIAL DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO, Y PARA COMPLETAR LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 20 DE JUNIO DE 2019, RELATIVA A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LA VIDA PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y LOS CUIDADORES, Y POR LA QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 2010/18/UE DEL CONSEJO.

El pasado 22 de mayo se publicó en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-Ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del parlamento europeo y del consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

La citada norma introduce una serie de reformas de calado tendentes, fundamentalmente, a mejorar y flexibilizar los términos en los que se ejerce el permiso de lactancia, a facilitar la conciliación de la vida familiar y personal de los empleados públicos mediante la flexibilización horaria y a simplificar y mejorar el nivel asistencial de la prestación por desempleo, incluyendo una serie de aspectos que también actualizan la regulación del nivel contributivo de dicha prestación.

Además, el Real Decreto-Ley introduce importantes novedades en materia de concurrencia de convenios colectivos, al prever la prioridad aplicativa de los convenios y acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico suscrito por los sujetos legitimados sobre cualquier otro convenio sectorial o acuerdo de ámbito estatal, siempre obtengan el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora de la correspondiente unidad de negociación; prioridad aplicativa que, sin embargo, queda condicionada a que la regulación de los convenios o acuerdos autonómicos sea más favorable para las personas trabajadoras que la prevista en los convenios o acuerdos estatales. También se prevé la prioridad aplicativa de los convenios provinciales cuando así se recoja en acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico suscritos de acuerdo con el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que se cumpla idéntica condición (que su regulación resulte más favorable para las personas trabajadoras que la establecida en los convenios o acuerdos estatales). En ambos casos se mantiene la limitación de regular algunas materias tales como el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

De forma complementaria, la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 2/2024 introduce una serie de modificaciones 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 agosto (LISOS), de relevancia desde el punto de vista de las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que pasamos a analizar.

1. Infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas:

En el ámbito sustantivo, la disposición final tercera del Real Decreto-Ley 2/2024, de 21 de mayo, modifica el apartado séptimo de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, relativa a las aportaciones económicas por despidos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios.

Actualmente, las empresas a las que se refiere la citada disposición deben remitir un certificado a la Autoridad Laboral competente en el procedimiento de despido colectivo con el contenido previsto en el artículo 5.2 del Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. La Autoridad Laboral, a su vez, debe remitir dicho certificado al Servicio Público de Empleo Estatal.

Pues bien, con esta modificación legal las empresas deberán remitir esta certificación, así como la relación de personas trabajadoras afectadas (con los datos legalmente previstos) al Servicio Público de Empleo Estatal, a través del servicio «Certific@2» de su sede electrónica. En ambos casos, el Servicio Público de Empleo Estatal remitirá el certificado recibido a la Autoridad laboral competente en el procedimiento de despido colectivo.

De forma paralela se modifica la redacción de la infracción muy grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas tipificada en el artículo 8.18 LISOS para adecuarla al cambio normativo realizado.

2. Infracciones de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones de Seguridad Social

El Real Decreto-Ley que nos ocupa introduce cambios en los apartados 3.c) y 4 del artículo 24 (infracciones leves), en los apartados 4 y 5 del artículo 25 (infracciones graves) y en el artículo 26.6 (infracción muy grave) todos ellos del texto refundido de Ley sobre infracciones y Sanciones en el Orden Social, en los siguientes términos:

— La modificación del apartado 3.c) del artículo 24 LISOS tiene por objeto adecuar su redacción a la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo. En este sentido se cambia la referencia a "compromiso de actividad" por "acuerdo de actividad", término que se encuentra definido en el artículo 3 de la citada norma.

— Se elimina la infracción leve prevista en el artículo 24.4 LISOS para los solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, consistente en no cumplir el requisito de estar inscrito como demandante de empleo. No obstante, la inscripción como demandante de empleo continúa siendo un requisito necesario para el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 266 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. También se prevé como requisito para la reanudación de la prestación en los supuestos de suspensión de la misma por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, tal y como dispone el artículo 271.1 a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

— Se tipifica como infracción grave (artículo 25.3 LISOS) no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en el que se produzcan situaciones de incompatibilidad, ya que en la redacción anterior sólo se hacía referencia a situaciones de suspensión o extinción del derecho. Además, en consonancia con la modificación operada en el artículo 24.4 LISOS, se exceptúa el hecho no figurar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente.

— Se adecúa el contenido de la infracción grave prevista en el artículo 25.4 b) LISOS a los términos de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que queda redactada del siguiente modo: "b) Negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo o en las acciones de orientación e información profesional ofrecidas por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos."

— Se modifica la redacción de la infracción muy grave tipificada en el artículo 26.2 LISOS relativa a la compatibilización de la solicitud o percibo de la prestación o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o con el trabajo por cuenta ajena, en el sentido de adecuarla a la ampliación de compatibilidades que se produce con la modificación legal del artículo 282 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

3. Sanciones a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios en materia de empleo y de Seguridad Social

En cuanto a las sanciones, el Real Decreto-Ley modifica los apartados b) y e) de artículo 47.1 LISOS. En este sentido, las infracciones graves de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones tipificadas en el artículo 25 LISOS se sancionarán con la pérdida de la prestación o pensión durante un periodo de tres meses, salvo la infracción la prevista en su apartado segundo en lo que respecta a las prestaciones por incapacidad temporal (no comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por las entidades gestoras o colaboradoras, en los supuestos así establecidos, así como no presentar ante las mismas los antecedentes, justificantes o datos que no obren en la entidad, cuando a ello sean requeridos y afecten al derecho a la continuidad en la percepción de la prestación), cuya sanción será la extinción de la prestación.

En el caso de las infracciones en materia prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial tipificadas en el artículo 25.3 la sanción prevista a la fecha es la extinción. Con la modificación realizada se sustituye esta sanción por una graduación conforme a la siguiente escala: pérdida de 3 meses para la primera infracción, de 6 meses para la segunda y la extinción de la prestación o subsidio para la tercera.

Finalmente, se modifica el apartado artículo 47.1.e) LISOS al objeto de adecuarlo a la nueva redacción que el Real Decreto-Ley da a los artículos 271.1h) y 276.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el sentido de entender que tienen la consideración de beneficiarios de prestaciones por desempleo los trabajadores desempleados durante el plazo de quince días hábiles de solicitud de las prórrogas del subsidio por desempleo, así como durante la suspensión cautelar o definitiva de la prestación o subsidio por desempleo como consecuencia de un procedimiento sancionador o de incumplir la obligación de presentar, en los plazos establecidos, los documentación que les sean requeridos por la entidad gestora, siempre que los mismos puedan afectar a la conservación del derecho a las prestaciones.

Por último, debemos de tener en cuenta que la entrada en vigor del Real Decreto-Ley se produjo el 23 de mayo de 2024 (de acuerdo con su disposición final decimocuarta). No obstante, la norma prevé una serie de disposiciones que no entrarán en vigor hasta el 1 de noviembre de 2024, entre ellas la disposición final segunda (salvo el apartado cuarto, relativo a la modificación del artículo 26.2 LISOS) y la disposición final tercera analizadas en el presente documento.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO SOCIAL, Nº 531/2024, DE 4 DE ABRIL

La sentencia desestima en su integridad la demanda de impugnación de actos administrativos en materia laboral formulada por una empresa contra la resolución del Consejo de Ministros que desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por la mercantil frente al acuerdo del Consejo de Ministros por el que impone una sanción de 130.003 euros como consecuencia del acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora extendida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). La sentencia ratifica en sus términos la resolución administrativa impugnada.

Antecedentes:

La empresa demandante se dedica al cultivo y la recolección de frutos tropicales (fresas). El 27 de mayo de 2021, a las 12.20 horas, los funcionarios de la ITSS actuantes realizan visita de inspección al centro de trabajo de la empresa y efectúan un control de empleo. En ese momento salen corriendo de las instalaciones un total de 15 personas que se encontraban realizando trabajos de recolección de fresas, abandonando los carros de recogida con la fruta recolectada y huyendo del lugar, sin que pudiesen ser identificados.

Ese mismo día, a las 13.02 horas, los actuantes realizan una segunda visita al centro de trabajo, en la que observan un número impreciso de trabajadores que, ante su presencia, vuelven a salir corriendo sin ser identificados.

Finalmente se identifica a dos personas trabajadoras que se marcharon en la primera visita y que durante la segunda se quedaron en el centro de trabajo.

Interpelados tanto al administrador de la mercantil como una trabajadora presente en ese momento en el centro de trabajo para que identifiquen a los trabajadores que se han ausentado, bajo la advertencia de que la conducta empresarial puede ser constitutiva de infracción por obstrucción a la labor inspectora, no atienden el requerimiento.

En fechas posteriores comparecen en las dependencias de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social la asesora jurídica de la empresa y el administrador. No esclarecen los hechos acaecidos ni identifican a los trabajadores que se ausentaron del centro de trabajo durante el transcurso de las visitas.

Cuestiones relativas a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social:

La Sala considera que la prueba aportada por la empresa no desvirtúa la presunción de certeza de los hechos constatados personalmente por los funcionarios de la ITSS actuantes y que se refieren a la concreta circunstancia de que en la primera visita huyeron del lugar a la carrera 15 trabajadores que se encontraban realizando labores de recolección de fresa y abandonaron sus carros con las cajas de fruta recogida, y en la segunda visita 13, ninguno de los cuales pudo ser identificado (FJ1).

Por otra parte, la Sala no aprecia caducidad del expediente administrativo, dado que el acuerdo del Consejo de Ministros se adopta dentro del plazo máximo para resolver -seis meses a contar desde la fecha del acta-. Tampoco se aprecia interrupción de la actividad inspectora por más de cinco meses, puesto que el 9 de junio de 2021 tuvo lugar el incidente de ciberseguridad, que motivó la resolución de 16 de junio de 2021 del Director del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social por la que se decretó la ampliación de los plazos en el ámbito de la actuación inspectora hasta el restablecimiento normal del funcionamiento de los sistemas (FJ3).

Alega la empresa, además, que se le ha causado indefensión, dado que la resolución impugnada incurre en incongruencia omisiva, no está motivada y no se han practicado en el procedimiento las pruebas propuestas por ella. A este respecto la Sala indica que el rechazo de la tesis mantenida por la empresa y el hecho de que no hayan prosperado sus alegatos en la vía administrativa no supone que la resolución impugnada adolezca de los vicios que la recurrente pretende imputarle, como tampoco lo hace la negativa a practicar algunas de las pruebas propuestas por ella, en la medida en la que son irrelevantes y nada pueden aportar (FJ 5).

Finalmente, la Sala señala que la conducta seguida por el empresa va más allá de obstruir la normal y ordinaria actuación inspectora dirigida a comprobar la situación de alta de los trabajadores que se encuentran prestando servicios en el centro de trabajo, en la medida en la que no ha esclarecido la situación "anómala" y "extraordinaria" de que los trabajadores abandonaran a la carrera y por dos veces el centro de trabajo y ni tan siquiera los ha identificado, y entiende que la cuantía de la sanción impuesta no es desproporcionada, dado el número de trabajadores afectados (13).

Conclusión

En definitiva, la conducta seguida por la empresa tendente a negar los hechos constatados personalmente por los actuantes y manifestar que desconoce los motivos por los que los trabajadores escaparon a la carrera, sin facilitar en ningún momento datos que permitieran su adecuada identificación es constitutiva de infracción por obstrucción a la labor inspectora, tipificada como muy grave en el artículo 50.4 a) del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO SOCIAL, Nº 100/2024, DE 24 DE ENERO DE 2024

La sentencia estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por una trabajadora, declara el carácter laboral de la relación jurídica que la vincula con la empresa de seguros para la que venía prestando servicios, casa y anula la sentencia dictada el 21 de marzo de 2022 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y revoca la sentencia dictada el 8 de enero de 2021 por el Juzgado de lo Social número 4 de A Coruña.

Antecedentes

Ante las alegaciones de ausencia de relación laboral presentadas por la empresa frente a las actas de liquidación de cuotas e infracción extendida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social-y a las que más abajo nos referiremos-, la Tesorería General de la Seguridad Social interpone demanda de oficio ante el Juzgado de lo Social núm. 4 de A Coruña (en procedimiento de oficio al que se refería el art. 148 d) Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social), la cual se desestima. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia también desestima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y confirma la sentencia recurrida en su integridad. Frente a dicha sentencia la trabajadora formula recurso de casación para la unificación de doctrina del que trae cause la sentencia que nos ocupa.

Si bien, como es sabido, la disposición final novena de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo suprimió el apartado d) del artículo 148 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, el interés

de la presente sentencia radica en el debate jurídico que plantea, el cual se centra en determinar la naturaleza -mercantil o laboral- de la relación de una persona que, bajo la fórmula de contrato mercantil, presta servicios para una agencia de seguros, y cuya actividad consiste básicamente en el cobro domiciliario de recibos.

Cuestiones relativas a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social:

Previamente al inicio de los procedimiento judiciales a los que nos hemos referidos ut supra, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social extendió acta de liquidación de cuotas y de infracción por la falta de alta y cotización al Régimen General de la Seguridad Social, al entender que en la relación jurídica que la trabajadora mantenía con la agencia de seguros para la que prestaba servicios concurrían los elementos configuradores de la relación laboral previstos en el art. 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Tal y como recoge la sentencia, el acta de liquidación concluye que, "además de los requisitos de voluntariedad y retribución, también concurren los de dependencia, al entender que la trabajadora presta servicios dentro del ámbito de organización de la empresa, siendo su trabajo supervisado por los empleados de la empresa, utilizando los medios que la empresa pone a su disposición, y ajenidad, en cuanto que la trabajadora no interviene en la fijación de las primas aplicables a los clientes, percibe una retribución con carácter periódico aunque se disfraza con facturaciones, no constatándose que la trabajadora asuma un riesgo o lucro especial, atendiendo asimismo a la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8 del ET, a la coincidencia entre la actividad de la empresa y la actividad desarrollada por la trabajadora, así como que ésta no es titular de ninguna entidad empresarial autónoma que ejerza labores por su cuenta y riesgo".

Indica la Sala que la trabajadora y la empresa suscribieron un contrato de colaboración mercantil para prestar servicios como auxiliar externo en la actividad de distribución de productos de seguro. Las funciones concretas de la trabajadora consistían en el cobro domiciliario de recibos a clientes de la zona que tenía asignada. Para ello, mensualmente, la trabajadora iba cobrando casa por casa, ingresando posteriormente en el banco las cantidades recibidas, justificando el ingreso ante la agencia de seguros y liquidando las cantidades en las fechas determinadas por ésta. A estos efectos, contaba con un casillero en la sede de la oficina y recibía una comisión en función de cada recibo cobrado y por las pólizas vendidas. Además, la empresa formaba a los colaboradores sobre los productos que ofertaba, habiendo creado un grupo de WhatsApp a través del que se comunicaban con ellos (FJ 1).

A la luz de los hechos descritos, la Sala determina lo siguiente:

— La relación entre las partes no tiene por objeto una actividad de mediación entre tomadores de seguros y entidades aseguradoras, sino que el trabajo concertado es, principalmente, el cobro de recibos. Por lo tanto, no se trata de una actividad de mediación de seguros que con carácter instrumental atienda a tareas de cobro, sino una actividad fundamental de cobro que se completa con otras labores secundarias (p. ej.: la suscripción de algún producto). En estos casos, no juega la exclusión del ámbito laboral que se deriva de la declaración legal de la relación de agencia de seguros como relación mercantil (FJ 3).

— En el caso de autos, el trabajo realizado reúne las notas de voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad que se deducen de la forma en la que se presta el trabajo: es la empresa aseguradora la que se apropia de la utilidad patrimonial del trabajo a cambio de la retribución, la trabajadora no asume el riesgo de la actividad y, aunque no exista jornada

ni horario, es la empresa la que encarga mensualmente el trabajo a la trabajadora dentro de la zona que tienen asignada, hay presencia periódica en las instalaciones de la empresa para recoger y entregar los recibos y el responsable de la empresa emite instrucciones a través del grupo de WhatsApp, impartiendo la oportuna formación sobre los productos ofertados (FJ 4).

Conclusión

De cuanto antecede podemos concluir que en el ámbito examinado no existe una exclusión constitutiva de laboralidad, sino que para calificar la naturaleza del contrato debemos determinar si bajo la apariencia formal de un contrato mercantil se encubre una prestación de trabajo y aportación de mano de obra, sin disponer de infraestructura empresarial propia y con el sometimiento al ámbito de organización y dirección de otro.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, SALA DE LO CONTENCIOSO, Nº 411/2024, DE 27 DE JUNIO

La sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una empresa dedicada a la actividad de agencia de viajes y declara ajustada a derecho la resolución dictada por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Madrid por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Administración de la Seguridad Social que denegó la modificación de los tipos de cotización de determinados trabajadores.

Antecedentes

La empresa solicitó a la Tesorería General de la Seguridad Social la modificación retroactiva del código CNAE de la empresa 7911 (actividades de agencias de viajes) a la clave de ocupación A (trabajos exclusivos de oficina) respecto de unos 201 trabajadores y la devolución de las cuotas correspondientes. La solicitud empresarial se basa en que han aplicado erróneamente los tipos de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a estos trabajadores.

En la tramitación del procedimiento administrativo, la Administración de la Seguridad Social interesó informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social. A la vista de las actuaciones practicadas, de los hechos comprobados, de los riesgos laborales a los que los trabajadores están expuestos, teniendo en cuenta la documentos presentada y a la luz del criterio interpretativo mantenido por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia dictada en recurso para la unificación de doctrina de fecha 3 de junio de 2019 , el informe emitido por el actuante concluye que no ha quedado probado que los trabajadores afectados por la solicitud empresarial estén sometidos a unos riesgos laborales diferentes a los del resto de trabajadores de la empresa, por lo que entiende que no se justifica la aplicación de los tipos de cotización contenidos en el cuadro II para la ocupación A respecto de los establecidos en el Cuadro I en función del CNAE de la empresa, ya que estos trabajadores se encuentran sometidos a los riesgos propios de la actividad empresarial.

Cuestiones relativas a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social:

La Sala entra en el fondo del asunto analizando en primer lugar la normativa aplicable a la controversia, la cual viene constituida, fundamentalmente, por los artículos 19 y 107 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015,

de 30 de octubre, por el artículo 11 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre y por la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, posteriormente reformada por la Ley 48/2015, de 29 de otubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. Todo ello en relación con la sentencia de la sección 4ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2019, que interpreta qué debe entenderse por "personal en trabajos exclusivos de oficina".

Tras analizar el informe emitido por la ITSS (obrante en el expediente administrativo remitido al tribunal), la Sala estima que los hechos constatados por la ITSS y recogidos de manera formal en su informe no han sido desvirtuados por prueba en contrario. En este sentido, la Sala trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2015 en la que se analiza el peso de los informes de la Inspección y en la que se respalda la presunción (iuris tantum) de certeza de los hechos recogidos en los informes emitidos por la ITSS como consecuencia de las comprobaciones efectuadas por la misma.

Conclusión

De cuanto antecede cabe concluir que si se quiere desvirtuar la presunción de certeza de la que gozan los hechos recogidos en los informes de la ITSS (artículo 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social) la cual, desde luego, admite prueba en contrario, corresponde a la recurrente acreditar los hechos en los que se fundamenta la impugnación. En el caso de autos, la empresa no pudo acreditar que los trabajadores afectados por la solicitud realizaran exclusivamente trabajos de oficina ni que presentaran un riesgo diferenciado con respecto a los demás trabajadores del código de cuenta de cotización que mereciese un tratamiento diferenciado a efectos de la cotización por AT y EP.