

# La 'prohibición de despedir' se solventará en los tribunales

- *Los inspectores de trabajo han mostrado sus dudas*



## 1. [Juan Ferrari](#)

7:00 - 4/01/2021

La batalla contra la **cláusula de salvaguarda del empleo**, que exige que las empresas acogidas a un Erte no puedan despedir hasta transcurridos seis meses desde el día en que incorporaron al primer trabajador, **no se dará en los despachos del Ministerio de Trabajo, sino en los tribunales**. Así al menos opinan los expertos en derecho laboral.

[La CEOE pondrá este punto encima de la mesa de la Comisión Tripartita el viernes 8 de enero](#) cuando arranque formalmente la negociación para la prórroga de los actuales Ertes que decaen legalmente el 31 de enero. Sin embargo, políticamente es impensable que el Gobierno decida retirar la cláusula, aunque también lo es desde el punto de vista jurídico. Fernando Moreno, del despacho Analistas de Relaciones Industriales (Arinsa), considera casi inviable que desaparezca legalmente la cláusula si se tiene en cuenta que las empresas aceptaron esta condición cuando solicitaron un Erte para sus trabajadores.

Un convencimiento generalizado entre los expertos en derecho laboral si se tiene en cuenta que en la tanda de solicitudes de los nuevos expedientes aprobados el 1 de octubre [aplicados a las restricciones administrativas de la segunda ola de la pandemia] [muchos gestores y asesores laborales han recomendado a sus clientes que soliciten el Erte](#), pero rechacen las exoneraciones a las cotizaciones de la Seguridad Social. Porque si no reciben estos beneficios en las cuotas no [estarán obligados a ampliar otros seis meses la prohibición de despedir](#).

Además, hay un segundo argumento que sustenta la legalidad de la cláusula: se aplica en la mayoría de los países comunitarios que subvencionan la suspensión del empleo de forma temporal con el objetivo de que ese puesto de trabajo continúa existiendo. **Ha sido así también en los Ertes españoles, antes incluso de la pandemia.**

Por tanto, Fernando Moreno aclara que la pelea contra la cláusula de salvaguarda no se plantea en términos de prohibición sí, o prohibición no. **La batalla está en cómo se interpreta la sanción que se impone si**

alguna empresa opta por saltarse la norma y despide antes de que cumpla el plazo de seis meses desde que incorporó a su primer empleado.

**Ricardo Gabaldón**, el presidente de los Graduados Sociales, considera también que **será en los tribunales** donde finalmente se dirima la cláusula de salvaguarda. Y será así porque la norma, hecha con celeridad, como casi todas las aprobadas durante la pandemia, deja muchas lagunas. La disposición adicional sexta del RDL 8/2020 establece el "compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de la reanudación de la actividad".

En sucesivos RDL se han ido incorporando otros matices a la cláusula de salvaguarda, pero este párrafo es la guía que sirve para determinar la obligación. Y, por tanto, para establecer la sanción.

## Mucho ruido a nivel jurídico

En estos últimos meses se ha producido mucho ruido sobre qué se considera por mantenimiento del empleo. Numerosos juristas han puesto en duda que el despido de un sólo trabajador, sin importar el número de empleados que componen la plantilla, **exija la devolución □hasta el último euro□**, de todo el dinero que se haya ahorrado por la totalidad de sus trabajadores en Erte y por la totalidad de los meses que hayan estado en suspensión. Los juristas, que esgrimen sentencias incluso del Supremo sobre otro tipo de subvenciones en el ámbito laboral, argumentan "proporcionalidad". Y defienden que la empresa sólo debe devolver las cotizaciones de las que se hayan exonerado por el trabajador o trabajadores que haya despedido.

## Dudas internas

El debate está, pues, servido. Y argumentos hay en favor de la tesis de que se ha de devolver por la totalidad de la plantilla, como de la opción de que se limite al trabajador o trabajadores despedidos. **Fernando Moreno reconoce que la doctrina está dividida.** Como también **están divididos los inspectores de Trabajo** como quedó patente en una nota informativa interna (que no una instrucción) del 6 de diciembre de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se filtró a los medios de comunicación.

En ella, el Organismo Estatal reconoce que **"en los últimos meses se ha venido recibiendo de forma recurrente consultas de la estructura territorial** [de la propia Inspección] sobre el alcance e interpretación que debe darse al apartado 5 de la DA sexta del RDL 8/20". El apartado establece literalmente que "las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de la cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondiente...". Pero no especifica si de la totalidad de los trabajadores que se hayan incluido en el Erte o solo del sujeto sobre el que se incumple el compromiso. Lo cual, ha generado dudas interpretativas en muchos inspectores por toda España.

La DG de la Inspección se limitó a expresar lo que la Dirección General de Trabajo (DGT) les había comunicado: hay que devolver las exoneraciones de la totalidad de los trabajadores y no solo las del despido.

Pero nadie **conoce esa instrucción de la DGT**. Por tanto, no hay una consigna escrita, como apunta Gabaldón y Moreno. Por eso, cuando se cierren los Ertes y empiecen los Eres, este debate llegará a los tribunales.

## Relacionados

- [La Comunidad de Madrid pide al Ministerio de Trabajo aclaraciones sobre 'la salvaguarda del empleo' de los Ertes](#)