

Compromiso de mantenimiento del empleo y despido disciplinario: ¿puede la empresa interesar la declaración de procedencia del despido para evitar la reclamación de cuotas de cuyo pago quedó exonerada durante el ERTE por Covid-19?

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *El Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia reconoce legitimación activa a la empresa para interesar en vía judicial, a través de un procedimiento ordinario, la declaración de procedencia de un despido disciplinario no impugnado por la parte trabajadora, realizado durante la vigencia del compromiso de mantenimiento del empleo, para de ese modo evitar la reclamación de reintegro de las exoneraciones en las cotizaciones a la Seguridad Social aplicadas durante el tiempo que la trabajadora estuvo en ERTE por Covid-19.*

Palabras clave: *Compromiso de mantenimiento del empleo. Despido disciplinario. Expediente de regulación temporal de empleo. Exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social.*

Abstract: *The Social Court number 7 of Murcia recognizes the active legitimacy of the company to request judicially, through an ordinary process, the declaration of admissibility of a disciplinary dismissal that was not contested by the worker, carried out during the validity of the commitment to maintain employment, in order to avoid the claim for reimbursement of the exemptions in Social Security contributions applied while the worker was in ERTE due to Covid-19.*

Keywords: *Safeguarding of employment clause. Disciplinary dismissal. Temporary employment regulation file. Exemptions from social security contributions.*

I. Introducción

No es habitual el comentario de sentencias de juzgados de lo social, básicamente por la provisionalidad de su doctrina, susceptible de ser revocada en instancias superiores; pero en esta ocasión ha parecido oportuno analizar el contenido de la Sentencia nº 32/2023, de 27 de abril de abril, del Juzgado de lo Social de Murcia, por la relevancia del asunto abordado y la originalidad de su respuesta a una cuestión que está generando enorme incertidumbre debido a la imperfección técnica de su tratamiento en la normativa aplicable, cual es el problema relativo a si puede reclamarse a una empresa el ingreso de las cuotas a la Seguridad Social de cuyo pago resultó exonerada durante un ERTE por Covid-19, cuando durante el compromiso de mantenimiento del empleo despide por causa disciplinaria a uno de los trabajadores regulados de empleo, sin que el despido haya sido impugnado por el trabajador. ¿Puede la empresa en tal supuesto presentar una demanda para que

judicialmente se declare el despido procedente, evitando con ello la obligación de devolución de las exoneraciones aplicadas durante el ERTE?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 32/2023, de 27 de abril.

Tipo y número recurso o procedimiento: procedimiento ordinario 638/2021

ECLI: ES:JSO:2023:2034

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Bermejo Medina.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Una trabajadora ha venido prestando sus servicios como auxiliar administrativa desde el 1 de febrero de 2019 por cuenta y dependencia de su empleadora. La relación laboral estuvo suspendida por razón de un ERTE a consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 hasta el 22 de agosto de 2021. Durante el período que la trabajadora estuvo incurso en dicho ERTE, sucesivamente prorrogado, la empresa se benefició de las correspondientes exoneraciones en la cotización a la Seguridad Social.

La trabajadora faltó injustificadamente a su puesto de trabajo desde el 1 de septiembre de 2021. La empresa la despide mediante carta de 27 de septiembre de 2021, al amparo de lo dispuesto en el art. 54.2.a) [por ausencias injustificadas al trabajo] y 54.2.d) [por transgresión de la buena fe contractual] del Estatuto de los Trabajadores, y del art. 33.3.c) del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la Región de Murcia, en el que se tipifica como falta muy grave las ausencias al trabajo por más de tres días en un mes.

El 5 de noviembre 2021 se celebró acto de conciliación ante el Servicio de Relaciones Laborales, con el resultado de intentado sin efecto.

A continuación, la empresa (sic) presenta demanda por despido, siendo demandada la trabajadora.

IV. Posición de las partes

El empresario demandante postula en autos que se declare procedente el despido disciplinario de la trabajadora, acordado en carta de 27 de septiembre de 2021. Afirma en apoyo de su pretensión, entre otras cosas, que la trabajadora estuvo en ERTE hasta el 22 de agosto de 2021, y que durante el mes de septiembre hasta la fecha del despido no acudió a su puesto de trabajo ni justificó su ausencia. También arguye que insta la declaración de procedencia del despido por ser una exigencia de la Administración laboral, al haber estado la asalariada en ERTE, sin que por su parte haya habido voluntad de reducir plantilla.

La trabajadora demandada se opone a la demanda, alegando las siguientes excepciones procesales:

1) Inadecuación del procedimiento de despido disciplinario elegido por el empresario demandante.

2) Falta de legitimación (*ad procesum*) activa y pasiva, dado que el proceso por despido sólo puede ser promovido por el trabajador contra el empresario, como resulta, entre otros, de los arts. 103 y 105 LRJS.

3) Defecto legal en el modo de proponer la demanda al incumplir los requisitos del art. 104 LRJS.

4) Falta de acción, ya que la trabajadora despedida no impugnó la decisión extintiva.

Por lo que hace al fondo, alega la trabajadora demandada que, pese a la falta de reacción contra el despido por su parte, incumbe al empleador la carga de demostrar los hechos alegados en la carta.

V. Normativa aplicable al caso

Además de los preceptos procesales a los que más adelante se hace referencia, para determinar si existe una genuina necesidad de protección jurídica por parte de la empresa, se debe partir de la legislación excepcional dictada durante la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID, en concreto de 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, que dispone lo siguiente:

“Disposición adicional sexta. Salvaguarda del empleo.

1. Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real Decreto-ley (que contiene las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor) estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

2. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes. No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

3. Este compromiso del mantenimiento del empleo se valorará 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.

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.

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

VI. Doctrina básica

1. Sobre la modalidad procesal adecuada para que la empresa solicite la declaración de procedencia del despido

Con certero criterio indica el juzgador que la modalidad procesal de despido no es adecuada para que la empresa solicite la calificación del despido como procedente. Pero no es menos cierto que, en el acto del juicio, el empresario no persistió en la modalidad procesal elegida, ni insistió en que se siguiese el trámite establecido en la ley para la misma.

En conexión con lo anterior, el art. 102 de la LRJS atribuye al órgano judicial la posibilidad de dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de la pretensión ejercitada "en cualquier momento desde la presentación de la demanda...", es decir, que nada impide que esto ocurra en el acto del juicio o, incluso, en la sentencia, a lo que la parte demandante no puso ninguna objeción, aviniéndose a que la demanda continuara su trámite a través del proceso ordinario, que era el que procedía al no tener establecida la pretensión actora una modalidad procesal especial; y sin que tal reconducción procedimental infringiera ninguna garantía procesal esencial de la parte generadora de indefensión, al no verse afectado el derecho de defensa, teniendo en cuenta, además, que no hubo necesidad de completar la tramitación seguida hasta ese momento. Se desestima por lo dicho la excepción de inadecuación del procedimiento.

2. Sobre la excepcionada falta de legitimación activa (de la empresa) y pasiva (de la trabajadora) y sobre el defecto legal en el modo de proponer la demanda

La desestimación de la excepción procesal precedente comporta la de las otras excepciones opuestas por la trabajadora despedida. Y ello porque:

- En el proceso ordinario, la legitimación activa y pasiva no está reservada al trabajador y al empresario, respectivamente, a diferencia de lo que ocurre en el proceso por despido.
- El art. 104 LRJS regula los requisitos de la demanda por despido, no los que debe reunir la demanda del proceso ordinario, que es el que debe seguirse. A ello se añade que el defecto legal en el modo de proponer la demanda a que se refiere el art. 416.1.5 LEC por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca, no es admisible en el orden jurisdiccional social debido a la obligación judicial de advertir al demandante de los defectos de la demanda, a fin de que los corrija antes de su admisión a trámite, incluso en el acto del juicio, con posibilidad de subsanación completa (art. 81 LRJS). En el supuesto litigioso los datos fácticos que debe contener una demanda por despido según el art. 104 LRJS, tales como el salario o la afiliación unitaria o sindical del trabajador resultan irrelevantes, pues en el litigio no se articula pretensión de condena a optar entre readmitir o indemnizar, sino una acción meramente declarativa.

3. Sobre la viabilidad de la acción declarativa promovida por la empresa

A continuación, se pronuncia el Juzgado de lo Social sobre la excepción de falta de acción, lo cual pasa por determinar si la acción ejercitada en la demanda tiene un contenido jurídico real.

La sentencia que se comenta efectúa un recordatorio de la doctrina constitucional que ha admitido el ejercicio de las acciones declarativas en el proceso laboral, con fundamento en el art. 24.1 de la CE, pues ningún interés legítimo puede quedar sin tutela judicial^[1]. A lo anterior se suma la invocación de la jurisprudencia de la Sala IV del TS^[2], la cual ha matizado que tal ejercicio se halla condicionado a que la acción

esté justificada por la existencia de una verdadera controversia^[3] y por la necesidad de protección jurídica^[4].

La referida necesidad de protección jurídica deriva lo establecido en la Disposición Adicional 6ª del RDL 8/2020, *supra* transcrita, pues el resultado de despedir a un trabajador incurso en un ERTE derivado de la situación de pandemia, en supuestos no incluidos dentro de las excepciones recogidas en el precepto -entre ellas, la declaración de procedencia del despido- consiste en reintegrar la totalidad de los importes de las cotizaciones de cuyo pago la empresa fue exonerada.

De las anteriores consideraciones se infiere con nitidez el interés legítimo de la empleadora en accionar, cuando no lo ha hecho el trabajador despedido, para que se califique como procedente el despido por ella realizado durante la vigencia del compromiso de mantenimiento de empleo impuesto por la legislación excepcional dictada durante la pandemia, a fin de no tener que efectuar el indicado reintegro, recurriendo para ello a una acción declarativa que presenta una configuración similar a la acción de “jactancia” regulada en el art. 124. 3 de la LRJS para el despido colectivo.

4. Sobre el fondo del asunto litigioso

En cuanto al fondo del asunto litigioso, la sentencia da como acreditadas las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo de la trabajadora demandada, por lo que, en aplicación de lo establecido en el art. 54.2.a) del ET, su despido ha de ser declarado procedente, tal y como solicitaba la empresa.

VII. Parte dispositiva

El Juzgado de lo Social, rechazando las excepciones de inadecuación de procedimiento, falta de legitimación activa, falta de legitimación pasiva, defecto legal en el modo de proponer la demanda y falta de acción, estima la demanda formulada por el empresario. Declara procedente el despido disciplinario de la trabajadora demandada acordado en carta de 27 de septiembre de 2021, así como que el empresario demandante no ha incumplido el compromiso de mantenimiento del empleo en los términos de la DA 6ª del RDL 8/2020.

Además, la sentencia desestima la pretensión de la parte demandada para que se impusiera a la parte actora una sanción pecuniaria y las costas del proceso al considerar que había obrado en el litigio con mala fe, todo ello de conformidad con el art. 97.3 LRJS^[5], por haber facilitado una dirección errónea, a efectos de citaciones, en la papeleta de conciliación y en la demanda. El juzgado declara que no procede imponer la sanción pecuniaria pedida por la parte demanda porque, si bien la dirección que figura en la carta de despido difiere de la consignada en la papeleta de conciliación y en la posterior demanda, en la prueba de interrogatorio de parte la trabajadora admitió que todavía a finales de octubre y principios de noviembre de 2021 vivía en el segundo de los citados domicilios, que es donde en esa época fue citada por agentes de policía para que compareciera ante un Juzgado de Instrucción donde se sustanciaban diligencias penales en las que ella era parte. En consecuencia, si el empresario demandante señaló este domicilio como el de la demandada en la papeleta de conciliación y en la demanda, ambas presentadas el 2/10/2021, no puede estimarse acreditada la denunciada mala fe procesal.

VIII. Pasajes decisivos

Los argumentos molares para estimar la demanda planteada por la empresa se recogen en los fundamentos de derecho tercero a quinto. De entre ellos cabe extraer los siguientes pasajes:

–“Ningún problema se plantea cuando es el trabajador despedido el que formula demanda contra la decisión extintiva y el despido disciplinario es declarado procedente. Pero si no es así, si el trabajador no impugna el despido, resulta claro que el contrato de trabajo se extingue por tal causa conforme al art. 49.1 k) ET, pero falta la declaración de procedencia del despido disciplinario, que es lo que exige la transcrita

norma para considerar que la empresa no ha incumplido el compromiso de mantener el empleo, por lo que debe reconocerse, por fuerza, al empleador legitimación para ejercitar una acción con miras a conseguir un pronunciamiento judicial que declare la legalidad o procedencia de su decisión de despedir, evitando así la obligación de reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultó exonerado con arreglo a la misma legislación excepcional promulgada durante la pandemia.”

- *“Es un supuesto similar al previsto en el art. 124.3 LRJS, que reconoce al empresario legitimación activa para entablar la acción de despido colectivo con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva cuando ésta no ha sido impugnada por los sujetos legitimados para ello (representantes de los trabajadores o autoridad laboral), evitando que futuros procesos individuales cuestionen la legalidad del acto empresarial. La doctrina ha señalado que se puede calificar como acción de jactancia a la ejercida por el empresario. Así, se ha reconocido la subsistencia de la medieval acción de jactancia, que tiene lugar cuando hay una ostentación pública, por parte del jactancioso, contra un tercero, de una pretensión jurídica, ocasionándole al tercero un perjuicio jurídico, económico o moral. La acción de jactancia sería el recurso que el derecho ofrece al perjudicado frente a tal daño; concretamente la acción judicial para obligar al jactancioso a ejercer la pretensión jurídica ostentada o, en caso contrario, imponiéndole el silencio perpetuo.”*

- *“Es por lo tanto una acción provocatoria o de envite que busca el perpetuo silencio de la cuestión controvertida. Bien porque en el tiempo concedido el jactancioso -el demandado- no haya ejercido la acción, bien porque ejerciéndola sea desestimada en juicio.”*

- *“Así pues, en el presente caso, en atención a lo razonado, debe entenderse que al empresario demandante le asiste un derecho tutelable, por lo que procede desestimar la excepción de falta de acción.”*

- *“En el presente caso ha resultado acreditado que la demandada ha incurrido en el mencionado incumplimiento contractual, puesto que desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el día 27 del mismo mes faltó a su puesto de trabajo. Así resulta del interrogatorio de la demandada, quien admitió dicha circunstancia. Intentó justificar las reiteradas ausencias en el hecho de que estaba en ERTE. Sin embargo, como prueba la vida laboral que obra en las actuaciones, la suspensión de la relación laboral concluyó el 22/8/2021, circunstancia afirmada en la demanda y no negada en la contestación, por lo que debe estimarse que las reiteradas faltas de asistencia carecen de justificación.”*

IX. Comentario

En justa contraprestación por los beneficios que para la empresa representa la posibilidad de acogerse a un ERTE para amortiguar el impacto económico negativo resultante de la situación de emergencia sanitaria ocasionada por la Covid-19, con aplicación de muy importantes incentivos en materia de cotizaciones a la Seguridad Social, amén de la generación de un notable gasto público en concepto de prestaciones por desempleo, el RDL 8/2020 introdujo en su disposición adicional sexta una cláusula de salvaguarda del empleo, que obligaba a la empresa a mantener vigentes los contratos de trabajo bonificados durante un plazo mínimo de seis meses, cuyo cómputo se inicia en el momento en que se produzca la *“reanudación de la actividad, entendiendo por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla”*. No se ha de esperar, por tanto, para activar el compromiso de empleo a la reincorporación de la última persona trabajadora a jornada completa, pues el plazo empieza a correr en el preciso instante en que se produce el primer reingreso aunque sea con una jornada reducida.

Se considerará incumplido el compromiso si, con las excepciones previstas en la propia DA 6ª, *“se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes”*. Sin embargo, no ha de entenderse que la

DA 6ª del RDL 8/2020 incluya una prohibición de despedir o extinguir contratos de trabajo, cuya vulneración determine la invalidez de dichas extinciones. Entenderlo así supondría caer en el error de confundir el juego de la pseudo-prohibición contenida en el art. 2 del RDL 9/2020 con el compromiso de mantenimiento del empleo que ahora se considera, las consecuencias de cuyo incumplimiento se concretan en el ámbito de las obligaciones de cotización y quedan limitadas a la devolución de las cuotas exoneradas, con el recargo y los intereses correspondientes.

No se entenderá incumplido el compromiso si la empresa enlaza el ERTE basado en fuerza mayor dimanante del COVID-19 con un nuevo expediente por causas objetivas, relacionadas o no con el Covid-19; tampoco si las relaciones laborales de las personas afectadas por el ERTE quedan suspendidas o interrumpidas tras salir de éste por alguna de las causas previstas en los artículos 45 y 46 ET.

El compromiso de mantenimiento del empleo durante el periodo de seis meses tampoco se considerará incumplido cuando la extinción del contrato de cualquiera de las personas afectadas por el ERTE se deba a: despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, o al fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando éste no suponga un despido sino una interrupción del mismo. Tampoco cuando el contrato temporal se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

Aplicando la regla *inclusio unius exclusio alterius*, la relación específica de supuestos excluidos se presenta como una lista cerrada o *numerus clausus*, de modo que se entenderá incumplido el compromiso cuando el contrato de las personas trabajadoras afectadas por el ERTE se extinga por motivos diferentes, previstos en el artículo 49 y preceptos concordantes del ET: mutuo acuerdo; cumplimiento de la causa pactada en el contrato de trabajo (condición resolutoria); jubilación, muerte o incapacidad del empresario o disolución de la persona jurídica, sin mediar subrogación; extinciones por causas objetivas -de todo tipo- y despidos colectivos; rescisión del contrato por voluntad de la trabajadora víctima de violencia de género; rescisión del contrato de trabajo por voluntad de la persona trabajadora en los supuestos de los artículos 40, 41 y 50 del ET; desistimiento empresarial (en período de prueba, de alto cargo); despido (disciplinario) declarado o reconocido como improcedente.

El problema en relación con la excepción al incumplimiento de la cláusula de mantenimiento del empleo, consistente en que el despido disciplinario sea declarado procedente, estriba en que la literalidad de la norma exige que haya recaído un pronunciamiento judicial que lo califique como tal, y ello solo es posible cuando reacciona por despido el trabajador disconforme con la decisión extintiva que le afecta. Si el trabajador despedido se aquieta y deja transcurrir el plazo de caducidad de veinte días hábiles sin impugna el despido, este se confirmará pero, formalmente, no habrá sido declarado procedente. Y si no existe esa declaración judicial de procedencia, por más que, en el fondo, la extinción contractual resulte justificada por tener encaje en una o varias de las causas enunciadas en el art. 54 ET, lo cierto es que no concurrirá la excepción prevista en la DA 6ª y la empresa habrá incumplido su deber de conservación del empleo como contrapartida al disfrute de las exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social aplicadas durante el ERTE pandémico. Y ello será así porque la norma no formula la excepción en negativo -inexistencia de declaración de improcedencia del despido con opción empresarial por la indemnización^[6]- sino en positivo -declaración de procedencia del despido-.

De ahí que resulten acertadas soluciones como la acogida por la SJS núm. 7 de Murcia, que aplicando en su justa dimensión el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, permite al empleador promover por sí mismo una acción (de envite o “jactancia”) para que judicialmente se declare la legalidad o procedencia del despido que, *a priori*, solo cabría obtener en el seno de un proceso por despido iniciado por

demanda planteada por la parte trabajadora, resultando perjudicada la empresa si la persona despedida (de forma justificada) decide no accionar.

X. Apunte final

Para finalizar este comentario, resulta oportuno señalar que el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, ha incorporado igualmente el compromiso de mantenimiento del empleo en la modificación del texto de la LGSS, a la que ha incorporado una disposición adicional cuadragésima cuarta, con la rúbrica “Beneficios en la cotización a la Seguridad Social aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo y al Mecanismo RED”. Esta norma contempla exenciones voluntarias a la cotización a la Seguridad Social sobre la aportación empresarial por contingencias comunes y por los conceptos de recaudación conjunta, en todos los supuestos de ERTE regulados en los arts. 47 y 47 bis del ET, variando los porcentajes y las condiciones según la modalidad de ERTE.

A diferencia de lo establecido en la DA 6ª del RDL 8/2020, ahora se sujeta el disfrute de la exención al cumplimiento de un compromiso de mantenimiento de empleo que tiene carácter nominal, lo que trasciende a las consecuencias del incumplimiento, que no determina la obligación de reintegro total, sino exclusivamente nominal, es decir, que alcanza solo a las cuotas de la persona trabajadora que, habiendo estado afectada por un ERTE, es despedida durante los seis meses siguientes a la finalización del ERTE^[7].

Lo que no ha cambiado es la delimitación de las circunstancias que permitirán entender que no se ha incumplido este compromiso (más allá de la remisión al nuevo art. 15 ET para la extinción de los contratos temporales), incluido el supuesto de que el contrato de trabajo “*se extinga por despido disciplinario declarado como procedente*”, por lo que el criterio del JS núm. 7 de Murcia que legitima a la empresa para interesar esa declaración de procedencia -en defecto de impugnación del despido por parte del trabajador, a la que habrá que otorgar preferencia- conserva plena actualidad y cabría plantearse su irradiación a situaciones constituidas en el marco de la nueva regulación sobre los ERTE y sus beneficios en materia de cotización a la Seguridad Social.

Distinto y más correcto técnicamente es el enfoque que ha asumido 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, cuando en su art. 9º, bajo la rúbrica “Obligaciones de mantenimiento en el empleo”, establece que, a efectos del cumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de la situación de alta, o asimilada a la de alta, en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, al menos tres años desde la fecha de inicio del contrato, transformación o incorporación bonificados, “no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hayan sido declarados o reconocidos como improcedentes (...)”, de lo que se concluye que el despido disciplinario no impugnado por la parte trabajadora se presume “procedente” o ajustado a derecho, a los efectos previstos en el RDL 1/2023, y solo aquellos despidos que hayan sido declarados o reconocidos como improcedentes -en sentencia o acto de conciliación- activarán el deber de reintegro de los beneficios de cotización aplicados por la empresa.

Cabría considerar, por último, como alternativa a la acción interesada por la empresa en el orden jurisdiccional social, que la declaración de procedencia del despido disciplinario pudiera ser objeto de una cuestión prejudicial a despejar por el juzgador en el seno del proceso contencioso-administrativo que eventualmente se inicie por demanda de la empresa a la que la TGSS reclame la devolución de las cuotas aplicadas durante el ERTE.

Referencias:

1. ^ SSTC 71/1991, de 8 abril; 210/1992, de 30 noviembre y 65/1995, de 8 de mayo.
2. ^ SSTS de 20 enero 2015, 24 febrero 2016, 1 julio 2016 y 28 septiembre 2016.
3. ^ SSTS de 6 de marzo de 2007 -rec. 4163/2005-. Esta doctrina se reitera en las sentencias de 26 de junio de 2007 (rec. 856/2006), 18 de julio de 2007 (rec. 1798/2006), 7 de noviembre de 2007 (rec. 2263/2006), 27 de noviembre de 2007 (rec. 2691/2006) y 12 de febrero de 2008 (rec. 33/2007 -casación ordinaria-), entre otras.
4. ^ SSTS de 18 de julio de 2002 -rec. 1289/2001 [casación ordinaria]-, 30 de enero de 2006 -rec. 183/2005- y 20 de septiembre de 2006 -rec. 81/2005-.
5. ^ El precepto que ampara la solicitud de sanción pecuniaria dispone lo siguiente: "La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad, así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros. La imposición de las anteriores medidas se efectuará a solicitud de parte o de oficio, previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas. De considerarse de oficio la posibilidad de dicho pronunciamiento una vez concluido el acto de juicio, se concederá a las partes un término de dos días para que puedan formular alegaciones escritas. En el caso de incomparecencia a los actos de conciliación o de mediación, incluida la conciliación ante el secretario judicial, sin causa justificada, se aplicarán por el juez o tribunal las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 66".
6. ^ En caso de readmisión del trabajador despedido, sea en un despido nulo o improcedente, no se entenderá infringido el compromiso de mantenimiento del empleo toda vez que la relación laboral se reconstituye con la readmisión, desde la fecha del despido.
7. ^ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., "Las cláusulas de mantenimiento de empleo y los efectos en caso de contravención", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 471 (noviembre-diciembre 2022), p. 80.