



# Límites al despido por COVID: alcance y significado de la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda

**Paz Menéndez Sebastián**

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Oviedo*  
pazms@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0001-6311-7773>

**Iván Antonio Rodríguez Cardo**

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Oviedo*  
*Experto nacional en la European Labour Law Network*  
rodriguezivan@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0003-0721-467X>

## Extracto

La COVID-19 ha provocado una pandemia mundial que, además del impacto sanitario, ha menoscabado sustancialmente la situación social y económica. La repercusión en España no ha sido en modo alguno menor, como demuestra el recurso del Gobierno a un mecanismo previsto en la Constitución ante situaciones de emergencia, el estado de alarma, que confiere al Ejecutivo poderes extraordinarios dirigidos en este caso a evitar la propagación de la enfermedad. En uso de esas facultades se han introducido instrumentos para proteger el empleo en un contexto con riesgo real de destrucción de puestos de trabajo. Las dos principales medidas son la denominada «prohibición de despedir» por causa COVID y el compromiso de mantenimiento del empleo durante 6 meses tras un expediente de regulación de empleo COVID, cuya formulación legal resulta aparentemente clara, pero un análisis detenido pone de manifiesto que su contenido y alcance no se encuentran completamente perfilados y son susceptibles de provocar conflictos, no solo durante su vigencia efectiva, sino también tras su finalización. El presente estudio analiza en profundidad ambas restricciones a las facultades empresariales, ofrece pautas para determinar qué extinciones contractuales pueden resultar lícitas bajo la vigencia de esas reglas e identifica las consecuencias de su vulneración.

**Palabras clave:** COVID-19; ERTE; fuerza mayor; despido; cláusula de salvaguarda.

Fecha de entrada: 15-10-2020 / Fecha de aceptación: 22-10-2020

**Cómo citar:** Menéndez Sebastián, Paz y Rodríguez Cardo, Iván Antonio. (2021). Límites al despido por COVID: alcance y significado de la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 17-55.



# Limits to dismissal due to COVID-19: scope and meaning of the «prohibition of dismissal» and the safeguard clause

Paz Menéndez Sebastián

Iván Antonio Rodríguez Cardo

## Abstract

The COVID-19 pandemic has had a great impact in Spain. With the purpose of slowing down the spread of the virus and taking control of the situation, the Government declared the state of alarm and imposed restrictions to people's movement and social contact (including temporary confinement of the population at home). Moreover, with the aim of reducing the economic and social impact of such extraordinary circumstances, protecting workers and allowing to resume working activities after the crisis, the Government approved a package of urgent legislation, including a large list of measures in the field of Labour Law and Social Security. One of the main concerns has been the prevention of the loss of jobs. Therefore, dismissals on grounds of COVID were not allowed and the employers that have obtain economic support from the state to overcome the situation through the suspension of contracts, the change in working conditions or the reduction of working hours cannot dismiss the workers for 6 months. This paper assesses these two limitations to the employer's ordinary powers, offers criteria to identify which contractual terminations are lawful and which are not under those rules and determines the consequences of their breach.

**Keywords:** COVID-19; temporary lay-offs; force majeure; dismissals; safeguard clause.

**Citation:** Menéndez Sebastián, Paz y Rodríguez Cardo, Iván Antonio. (2021). Limits to dismissal due to COVID-19: scope and meaning of the «prohibition of dismissal» and the safeguard clause. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 17-55.





## Sumario

1. A modo de introducción: un entramado normativo de emergencia para afrontar el impacto laboral de una pandemia sanitaria
2. La «prohibición de despedir» por causa COVID
  - 2.1. Marco normativo, naturaleza y rasgos característicos
  - 2.2. Consecuencias del incumplimiento
3. La cláusula de salvaguarda durante 6 meses tras un ERTE COVID
  - 3.1. Marco normativo, naturaleza y ámbito de aplicación
  - 3.2. Duración
  - 3.3. Las fronteras de la cláusula de salvaguarda: formas lícitas de extinción del contrato
  - 3.4. Consecuencias del incumplimiento
4. El despido objetivo y colectivo a la luz de las singularidades COVID
  - 4.1. Despido por causas objetivas
  - 4.2. Despido colectivo
5. Consideraciones finales: el incierto futuro ante un derecho de emergencia, la profundización de la crisis económica y la indefinición del alcance de la «causa COVID»

**Nota:** el presente trabajo se ha elaborado en el marco del contrato de investigación celebrado entre el Grupo de Derecho Social de la Universidad de Oviedo y el Excmo. Colegio de Graduados Sociales de Asturias, del que los dos autores son investigadores principales (IP) (Ref: FJO-20-300).

## 1. A modo de introducción: un entramado normativo de emergencia para afrontar el impacto laboral de una pandemia sanitaria

La comprensión del sentido y alcance de las restricciones al despido que se introdujeron ya en los albores del estado de alarma en marzo de 2020 requiere de una somera contextualización sacionormativa de lo que se ha ido sucediendo desde entonces. Desde una perspectiva económica y laboral, la declaración del estado de alarma supuso, en un primer momento, la suspensión de toda actividad comercial, cultural, de ocio o deportiva, así como de hostelería y restauración (salvo servicios a domicilio), y de la educativa presencial, con priorización del teletrabajo allí donde fuera posible (Real Decreto –RD– 463/2020, de 14 de marzo). Es más, el 29 de marzo (Real Decreto-Ley –RDL– 10/2020), el Gobierno decidió suspender todas las actividades presenciales de carácter no esencial hasta el 9 de abril (situación solventada, como se sabe, por un permiso retribuido obligatorio y recuperable). Superada esta primera fase, el estado de alarma, con mayores o menores limitaciones, fue extendiéndose hasta el 21 de junio, momento en el que se inició la denominada «nueva normalidad», que se acompañó no solo de medidas específicas de salud pública, sino también de la aprobación de un marco normativo novedoso orientado a facilitar la recuperación de las actividades empresariales a la par que a garantizar la conservación del empleo, pues los diversos avatares del estado de alarma habían repercutido gravemente en la viabilidad de la actividad empresarial.

En efecto, un alto porcentaje de empresas sufrieron una paralización total de su actividad, o como mínimo una reducción muy notable de su volumen de negocio, lo que podía desembocar en ajustes de plantilla vía extinciones. Desde el primer momento (RDL 8/2020), el Gobierno apostó por incentivar los llamados expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), que suponían, a la postre, sustituir las extinciones por medidas menos traumáticas, como la suspensión de la relación laboral o la reducción de jornada. Pero su implementación se llevó a cabo haciendo prevalecer la urgencia sobre la precisión técnica, por lo que el marco normativo resultante de aquella norma, y de sus sucesivas reformas de acomodación a los nuevos escenarios<sup>1</sup>, no ha sido el resultado de madurar, reflexionar y sopesar ventajas e inconvenientes, sino un remedio para una situación de emergencia, y por ello no sorprende que su encaje con el resto del ordenamiento evidencie defectos de técnica legislativa, falta de coordinación y cierta inseguridad jurídica.

---

<sup>1</sup> En concreto, a través de los RRDDL 9, 15, 24 y 30/2020.

En un primer momento, el protagonismo absoluto lo asumieron los ERTE de fuerza mayor ex artículo 22 del RDL 8/2020, por el convencimiento de que el impacto del virus sería breve, con lo que bastaba con articular medidas que permitiesen superar una problemática coyuntural de muy escasa duración, estimada seguramente en 2 semanas (la extensión prevista inicialmente para el estado de alarma) o 1 mes a lo sumo. Esa norma calificó la pandemia como causa justificativa específica para esos ERTE COVID por fuerza mayor<sup>2</sup>, y agilizó los trámites para facilitar las suspensiones y reducciones de jornada y con ello rebajar los costes empresariales, lo que se acompañó también de exoneraciones y reducciones en las cotizaciones de las personas trabajadoras incorporadas al expediente (a las que además se facilitaba el acceso a desempleo). El propósito consistía en que las empresas pudieran reanudar a pleno rendimiento la actividad, sin pérdida de puestos de trabajo, una vez concluido el estado de alarma, mediante un remedio provisional y acotado en el tiempo, pues la suspensión de actividades, exigida en algunos sectores por mandato expreso de la norma, era una medida con graves repercusiones sociales y económicas. Sin embargo, pronto se constató que la reanudación de la actividad en las condiciones previas al estado de alarma resultaría inviable a corto plazo, por razones sanitarias<sup>3</sup>.

Las empresas también podían fundar estas medidas de ajuste laboral en causas ETOP, pero en esta primera etapa (que se prolongó hasta el 26 de junio) la contribución estatal se limitó a la simplificación de los trámites para el acceso al ERTE (art. 24 RDL 8/2020)<sup>4</sup>. A diferencia de los ERTE por fuerza mayor, estos ERTE ETOP COVID no disfrutaron de las mismas

<sup>2</sup> La fuerza mayor tenía dudoso encaje en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que no fue modificado. El RDL 8/2020 amplió el radio de acción de la fuerza mayor a la situación derivada del COVID, causa, por cierto, que no podían invocar en esos primeros albores del estado de alarma las empresas privadas de sectores esenciales (*v. gr.*, centros sociosanitarios), limitación suprimida tras el RDL 15/2020, de 21 de abril. Estos ERTE de fuerza mayor permitieron afrontar situaciones relacionadas con la COVID, tales como cierres de actividad por el confinamiento, falta de suministro grave por las restricciones del transporte (anteriormente causa económica, técnica, organizativa o de producción -ETOP-), contagios en las plantillas (que obligaron a guardar cuarentenas), imposibilidad de apertura de establecimientos por medidas de aislamiento impuestas por las autoridades, etc.

<sup>3</sup> El retorno al trabajo debía producirse de manera gradual cuando las condiciones lo permitieran, decisión que se demoró prácticamente 2 meses, hasta el 13 de mayo de 2020. Los ERTE, por tanto, no finalizaban su vigencia, sino que se convertían en parciales, puesto que algunas personas trabajadoras se reincorporaron a sus puestos de trabajo, pero otras se mantuvieron con su contrato en suspenso (y aún pueden continuar en tal situación hasta el 31 de enero de 2021).

<sup>4</sup> Con reglas que reducían los plazos generales de duración del periodo de consultas (7 días en lugar de los 15 o 30 ordinarios según el tamaño de la empresa) y que identificaban a la interlocución válida por parte de las personas trabajadoras en empresas que, por su pequeño tamaño (menos de 10 personas trabajadoras), no contasen con representación unitaria elegida en las pertinentes elecciones. También se incluyeron medidas específicas de protección para las personas trabajadoras afectadas. En teoría, los ERTE por causas ETOP no relacionadas por la COVID debían seguir los trámites ordinarios, sin particularidades derivadas de esta normativa de urgencia, ya se hubiese iniciado su tramitación antes o después del estado de alarma.

ventajas de cotización hasta el 27 de junio de 2020, tras la entrada en vigor del RDL 24/2020, si bien desde ese momento adquirieron innegable protagonismo y tuvieron acceso a idénticas ventajas de cotización (al menos hasta el 1 de octubre de 2020)<sup>5</sup>.

La conclusión del estado de alarma debería haber supuesto, o al menos esa era la pretensión inicial, el fin de esta legislación de emergencia y la aplicación sin matices del derecho del trabajo estructural. Sin embargo, esto no ha sido posible por el momento, pues la enfermedad está muy lejos de considerarse bajo control. De hecho, el plazo inicial de vigencia de esas medidas laborales excepcionales se ha ido prologando sucesivamente, primero hasta el 30 de septiembre y después hasta el 31 de enero de 2021 (RDL 30/2020, de 30 de septiembre)<sup>6</sup>. Parece evidente que estas normas han pretendido aliviar los efectos económicos de la pandemia sobre las empresas convirtiendo los ERTE en la piedra angular de toda la regulación, lo que supone, y es objetivo declarado, que las medidas de flexibilidad interna tienen prioridad sobre las extinciones de contratos. Ese propósito se traduce en dos reglas principales, sin perjuicio de alguna otra de gran interés<sup>7</sup>, de nada sencilla articulación. La primera, la que se ha dado en llamar «prohibición de despedir» (art. 2 RDL 9/2020, de 27 de marzo), que sustancialmente consiste en no considerar como razones justificativas de la extinción de contratos la fuerza mayor o las causas ETOP cuando fuesen producto de la situación generada por la COVID. A pesar de esa denominación –mediática–, esa limitación no conforma una verdadera prohibición de despido, sino más bien la

<sup>5</sup> La diferencia inicial con los ERTE de fuerza mayor parece razonable, porque en un primer momento se estimaba que la práctica totalidad de los ERTE COVID se canalizarían por causa de fuerza mayor. Desde el 27 de junio (fecha de entrada en vigor del RDL 24/2020) hasta el 30 de septiembre, los ERTE por fuerza mayor cedieron protagonismo a los ERTE ETOP, porque el vencimiento del estado de alarma dificultaba la consideración de la COVID como causa de fuerza mayor *per se*, de modo que se optó por prorrogar los ERTE ya autorizados hasta el 30 de septiembre (luego hasta el 31 de enero de 2021), y posibilitar el acceso a nuevos ERTE de fuerza mayor solo por «rebrote» en caso de empresas que «vean impedido el desarrollo de su actividad por la adopción de nuevas restricciones o medidas de contención que así lo impongan en algunos centros de trabajo» (disp. adic. primera RDL 24/2020). La tramitación de estos nuevos ERTE de fuerza mayor se remitió a las reglas del artículo 47 del ET (no les resultaban de aplicación las reglas procedimentales especiales diseñadas durante el estado de alarma), aunque se mantuvo un sistema específico de exoneración de cuotas. En tal tesitura, los ERTE ETOP adquirieron una posición de preeminencia, que vino acompañada de algunas novedades normativas interesantes introducidas por el RDL 24/2020: se prorrogó el procedimiento simplificado del artículo 23 del RDL 8/2020 hasta el 30 de septiembre (y se extendería aún más allá posteriormente); se admitió la conversión/concatenación de ERTE de fuerza mayor a ETOP, con efectos desde la finalización del primero; y, lo que es más importante, se extendieron las exoneraciones de cotización previstas para los expedientes de fuerza mayor a los ETOP.

<sup>6</sup> El régimen de exenciones/reducciones de cotización varía en función del sector de actividad a partir del 1 de octubre de 2020, ex disposición adicional primera del RDL 30/2020. Las nuevas exoneraciones para ERTE prorrogados o reconvertidos solo alcanzan a empresas pertenecientes a actividades especialmente castigadas por la pandemia, a las de su cadena de valor o a las dependientes de estas.

<sup>7</sup> Como la dirigida a la protección de las personas trabajadoras temporales, pues la duración de esos contratos se interrumpe en tanto se encuentran suspendidos en virtud de un ERTE COVID (art. 5 RDL 9/2020, vigente hasta el 31 de enero de 2021 ex art. 6 RDL 30/2020).

desactivación de una causa legal de extinción, como instrumento para derivar la situación hacia medidas de flexibilidad interna (reducciones de jornada y suspensiones de contratos). Esta medida, en principio coyuntural y pretendidamente de muy corta duración (vinculada al estado de alarma), se extendió en el tiempo, perdurando en la llamada «nueva normalidad».

Por otro lado, la segunda de esas reglas se denomina legalmente «cláusula de salvaguarda» y se traduce en la obligación de las empresas que han intentado superar la crisis beneficiándose de un atractivo régimen de exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social a través de ERTE de mantener el empleo durante al menos 6 meses tras la reanudación de la actividad. Esta cláusula de salvaguarda, a diferencia de la «prohibición de despedir», carece de alcance general, pues solo nace para empresas que hayan tramitado un ERTE COVID y que gracias al mismo hayan disfrutado de una reducción de las cotizaciones. De ahí que, en una primera etapa (hasta la entrada en vigor del RDL 24/2020, de 26 de junio), este compromiso de mantenimiento del empleo únicamente afectase a las empresas que habían tramitado un ERTE COVID por fuerza mayor, pero no un ERTE ETOP, que no llevó aparejado la exoneración de cuotas hasta la entrada en vigor del RDL 24/2020.

Tanto la prohibición de despedir como las cláusulas de salvaguarda siguen plenamente vigentes y operativas, pues la primera ha sido prorrogada hasta el 31 de enero de 2021 y la segunda pervivirá en tanto lo hagan los ERTE COVID. Sin dudar de su carácter bienintencionado, lo cierto es que su aplicación práctica despierta algunas incertidumbres, ya que las sucesivas reformas de sus normas reguladoras no han sido aprovechadas para acometer un oportuno proceso de depuración y perfeccionamiento técnico, y, por tanto, subsisten las dudas sobre su concreta configuración y alcance. Además, no es claro cómo se articulan esas medidas con las normas laborales de carácter estructural, y ni siquiera parece haberse valorado la viabilidad jurídica de mantener esas restricciones sin la cobertura del estado de alarma. Todo ello exige un análisis detenido de los rasgos configuradores de ambas medidas para clarificar su alcance y contenido, y, en particular, la repercusión sobre las facultades empresariales y los derechos que pueda invocar la persona trabajadora.

## 2. La «prohibición de despedir» por causa COVID

### 2.1. Marco normativo, naturaleza y rasgos característicos

De acuerdo con el artículo 2 del RDL 9/2020:

La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

Es un precepto no suficientemente preciso, pues omite las consecuencias de su incumplimiento, y exige cierto esfuerzo interpretativo para perfilar sus contornos. La exposición de motivos del RDL 9/2020 ofrece alguna pista sobre la naturaleza y objetivos de esta regla, que se enmarcaba en el contexto del notable «estancamiento que está registrando nuestro mercado laboral, unido al importante volumen de ERTE presentados, desde la declaración del estado de alarma». Por consiguiente, tras 2 semanas de estado de alarma se disponía de los primeros indicadores sobre su repercusión en el entramado económico y empresarial, y los datos no eran halagüeños. Además, tampoco parecían serlo las perspectivas futuras, porque en ese momento ya se vislumbraba que la emergencia sanitaria no sería superada en esos 15 días iniciales, sino que se prolongaría en el tiempo, lo que incrementaba la incertidumbre. En suma, el Gobierno reconocía que las consecuencias económicas, organizativas y productivas derivadas de la COVID podían resultar muy intensas y justificaban ajustes laborales, pero de carácter temporal. De ahí, precisamente, que la regla del artículo 2 del RDL 9/2020 se bautizara como «prohibición de despedir»<sup>8</sup>; denominación simplista y quizá demasiado pretenciosa para la cobertura que ofrece, aunque desde una perspectiva política y periodística pueda resultar muy gráfica.

Es significativo que ya desde su propio nacimiento esta restricción desligara su vida útil de la duración del estado de alarma. El RDL 9/2020 se aprobó en ese contexto, y su vigencia se ceñía a la duración del estado de alarma y sus prórrogas, pero la disposición final tercera extendía los efectos de los dos preceptos hasta el 30 de junio de 2020. Por un lado, el artículo 5, relativo a la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos temporales. Por otro, este artículo 2, que obstaculizaba la extinción de contratos por causas vinculadas a la COVID. La legislación anticipaba que las consecuencias de la pandemia podrían dilatarse en el tiempo, y con el propósito de proteger el empleo se articulaban medidas que se desvincularían de ese contexto de emergencia inmediata y subsistirían en tanto que la COVID continuara lastrando el mercado de trabajo.

Las sucesivas prórrogas de esta medida, que pervivirá como mínimo hasta el 31 de enero de 2021, demuestran confianza en su eficacia, máxime cuando cuenta con el respaldo de los agentes sociales y ha despertado escasa controversia en la práctica. Ahora bien, ante su llegada a término sin acuerdo para la extensión en septiembre de 2020 se suscitaban incertidumbres acerca del nuevo contexto que en apariencia se abría, aun cuando las empresas no habrían recuperado plenamente sus facultades empresariales<sup>9</sup>. Es claro que el artículo 2 del RDL 9/2020 tiene como propósito restringir los despidos por causa de la COVID para fomentar medidas menos traumáticas, y, en particular, suspensiones de contratos, reducciones de jornada o, eventualmente, modificaciones sustanciales de condiciones

<sup>8</sup> Vid. [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/27/economia/1585300146\\_319220.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/27/economia/1585300146_319220.html).

<sup>9</sup> Esta limitación ha de ser conectada con el compromiso de mantenimiento del empleo durante 6 meses para las personas trabajadoras incluidas en ERTE COVID, así como también con la «prohibición de despedir», más novedosa, debido al ejercicio de los derechos relativos al trabajo a distancia (art. 5.2 RDL 28/2020).



de trabajo. Es una medida que formaría parte de lo que políticamente se ha llegado a calificar como «escudo social»; denominación con perfiles un tanto borrosos, pero que pone de manifiesto la intención de proteger a la parte más débil del contrato en un contexto tan particular como el surgido desde marzo de 2020.

No obstante, los efectos prácticos de esa limitación no llegan a la altura de su ambicioso sobrenombre, porque no se configura propiamente una prohibición de despedir. La lícita extinción del contrato durante la vigencia de esa regla, en el marco del estado de alarma o posteriormente, ha podido producirse, y sigue siendo posible, por causas muy diversas. Dos elementos resultan clave para determinar el alcance del precepto. El primero de ellos es que su operatividad se vincula a que la fuerza mayor o la causa ETOP en la que pretende fundarse el despido derive de la COVID. No hay otra opción interpretativa, pues el artículo 2 del RDL 9/2020 no se refiere a cualesquiera causas ETOP, ni a la fuerza mayor con un contenido clásico, sino que remite a las «medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo». Ese artículo 22 alude a la fuerza mayor que es «consecuencia del COVID-19» y el artículo 23 a las causas ETOP «relacionadas con el COVID-19».

El segundo de los aspectos potencialmente problemáticos es el alcance de esa limitación de facultades empresariales. Y, en este punto, la literalidad tampoco ofrece demasiadas dudas, pues en ningún momento se prohíbe, como tal, la extinción de contratos, sino que temporalmente –desde el 28 de marzo de 2020 al 31 de enero de 2021– se reduce el catálogo de justas causas para la extinción. La empresa que decida un despido por razones vinculadas a la COVID habrá de atenerse a las consecuencias que contempla el ordenamiento para los despidos sin causa lícita.

Bajo esas premisas, la extinción de un contrato de trabajo no supone *per se* un incumplimiento del artículo 2 del RDL 9/2020, que no impide extinciones contractuales por razones distintas a la pandemia. Un contrato de trabajo ha podido extinguirse bajo la vigencia de esa regla por multitud de causas lícitas, que nada hayan tenido que ver con la COVID. La dimisión, el despido disciplinario, la jubilación o la incapacidad permanente –de la persona titular de la empresa o de la persona trabajadora– son ejemplos evidentes, al no entrar en juego ni la fuerza mayor, ni causas ETOP, ni tampoco son circunstancias que en sentido estricto se vinculen o relacionen con la COVID. El catálogo de causas de extinción del contrato de trabajo es mucho más rico<sup>10</sup>.

Por supuesto, también pueden encontrarse zonas grises. A modo de ejemplo, las dificultades originadas por la COVID permiten adoptar otras decisiones diferentes al despido o a la extinción del contrato, como, por ejemplo, traslados o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y los artículos 40 y 41 del ET facultan a la persona trabajadora

<sup>10</sup> *Vid.* Oficios de la Dirección General de Trabajo DGT-SGON-850CRA, de 11 de abril de 2020, y DGT-SGON-919CRA, de 29 de abril de 2020.

para extinguir el contrato con derecho a una indemnización. Esa extinción está relacionada, de forma mediata o inmediata, con la COVID, y la medida empresarial responde a una causa ETOP. No obstante, parece desmesurado calificar como ilícitas estas situaciones en tanto que la empresa respete los requisitos y límites previstos en esos preceptos. Es decir, si la empresa opta por el traslado o la modificación sustancial de condiciones de trabajo a causa de la COVID y la persona trabajadora se opone y prefiere extinguir su contrato y percibir la indemnización correspondiente, esta decisión no debería considerarse contraria al artículo 2 del RDL 9/2020. Debe tenerse en cuenta que ese precepto trata de obstaculizar las extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa, y en este caso es la propia persona trabajadora quien pone fin a la relación laboral<sup>11</sup>.

Un especial cuidado en la valoración merecen otras causas de extinción contractual recogidas en el artículo 49 del ET por su alto potencial fraudulento, como el mutuo acuerdo y las causas consignadas válidamente en el contrato, así como el desistimiento empresarial, allí donde se admite, y en concreto durante el periodo de prueba (art. 14 ET) o en la relación laboral especial de personas empleadas de hogar (art. 11 RD 1620/2011). En algunos de esos supuestos, la empresa no ha de proporcionar explicaciones muy precisas sobre las razones que motivan su decisión, pero ello no es obstáculo para considerar incumplida la «prohibición de despedir» cuando la extinción esté relacionada con la COVID. La prueba puede resultar compleja para la persona trabajadora, aunque este es un supuesto en el que se justifica un cambio en la configuración tradicional de la distribución de la carga de la prueba, y en concreto una inversión, y no ya solamente por el hecho de que la empresa está en mejor posición para proporcionar las evidencias correspondientes, sino porque no cabe aplicar las causas de extinción del contrato del artículo 49 del ET ignorando el artículo 2 del RDL 9/2020. En el contexto de excepcionalidad en el que se aprobó esa norma, y en el que se desarrolla su vigencia, debe entenderse que la regla general es la continuidad de los contratos, mientras que la excepción es la extinción. Dicho de otro modo, no es desproporcionado derivar de esa «prohibición de despedir» una presunción de que las extinciones de contratos durante esta situación de emergencia COVID se deben al propio contexto. Las extinciones de contratos por otras razones son lícitas, pero, precisamente por el espíritu y finalidad de la norma, debería exigirse en todo caso a la empresa la prueba que demuestre que esas causas lícitas verdaderamente concurren. En un escenario tan provisional y característico como el que ha tenido lugar desde marzo de 2020, y con una regulación con

---

<sup>11</sup> Parece contrario al espíritu de esta regulación que la empresa pudiera sufrir una consecuencia negativa cuando actúa siguiendo las preferencias de la propia legislación. La «prohibición de despedir» pretende incentivar la adopción de medidas de ajuste menos traumáticas, como modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. No es razonable que la empresa que actúa conforme a las pautas que proporciona la propia norma deba afrontar después la misma consecuencia aparejada al incumplimiento de esa «prohibición de despedir» que nunca pretendió vulnerar. Todo ello sin perjuicio de conductas abusivas, en las que el traslado o la modificación sustancial pretendan forzar a la persona trabajadora a decidir la extinción del contrato para eludir la limitación legal.

rasgos y propósitos tan evidentes, la decisión de extinguir contratos sin justificar la causa se antoja frontalmente contraria al espíritu de esas reglas. Evidentemente, ello no significa que la empresa no pueda, por ejemplo, desistir del contrato durante el periodo de prueba, pero habrá de demostrar que sus razones no están relacionadas con la COVID.

Más problemática se plantea la decisión de no prorrogar un contrato allí donde esa opción se admite, como sucede, por ejemplo, en los formativos y en el contrato eventual. Bien mirada, la limitación legal no ha de alcanzar a estos supuestos, porque la expiración del tiempo convenido no es contraria al artículo 2 del RDL 9/2020 (no se trata de fuerza mayor, ni causa ETOP), que proyecta sus efectos sobre la decisión de extinguir contratos. Resulta desmesurado deducir de ese precepto obligaciones de hacer o actuar para la empresa, como sucedería con la extensión de la vigencia del contrato. En definitiva, la decisión de no activar la prórroga del contrato que llega a su término no puede ser equiparada con una extinción *ante tempus*, incluso aunque esa decisión de no continuar con la relación laboral pueda estar relacionada con la COVID-19.

## 2.2. Consecuencias del incumplimiento

El artículo 2 del RDL 9/2020 no precisa las consecuencias de su eventual transgresión, de modo que deben aplicarse las reglas generales del ordenamiento laboral. Es decir, en ausencia de consecuencias específicas para este particular supuesto, la calificación de la decisión empresarial deberá ajustarse a las pautas ordinarias que ofrece el ET. La COVID no se encuentra en el catálogo de causas lícitas para la extinción del contrato (al menos temporalmente), y por ello, sea cual sea la modalidad extintiva elegida (despido objetivo, despido colectivo, despido por fuerza mayor o cualquier otra), la decisión de la empresa deviene ilícita ante la ausencia de justa causa, y la consecuencia es la calificación como despido improcedente.

Desde una perspectiva técnico-jurídica estricta, esa conclusión no habría de merecer dudas, pero el particular contexto de la pandemia, unido seguramente a la denominación un tanto grandilocuente de esta medida protectora, invita a interpretaciones demasiado generosas que ignoran el tenor literal para transformar la regla en una auténtica «prohibición de despedir». No sorprenden, por ello, ciertas resoluciones judiciales que apuestan por potenciar hasta su límite máximo esa restricción legal, convirtiéndola en un supuesto más de nulidad, o cuando menos de readmisión obligatoria<sup>12</sup>. Esta clase de decisiones no son infrecuentes en los últimos años, y mucho menos en el orden social, donde las valoraciones asentadas en principios como la equidad o la justicia social parecen, hasta cierto punto,

<sup>12</sup> Vid. <https://elderecho.com/la-justicia-avala-la-prohibicion-despedir-estado-alarma-obliga-readmitir-una-empleada>.

naturales o propias de la materia. Pero desde la perspectiva de la aplicación del derecho suponen un exceso de la función jurisdiccional, porque la disconformidad con la norma o las preferencias por otro modelo u otro resultado no pueden derivar en la mera ignorancia de la ley y en la creación de un derecho diferente más ajustado a las convicciones del intérprete<sup>13</sup>. La jurisprudencia ha clarificado que las causas de nulidad del despido son aquellas previstas en las normas, y no el fraude de ley o el abuso de derecho<sup>14</sup>. La calificación del despido, así pues, no puede depender de una valoración ética o moral de la decisión empresarial, de cómo de reprochable se considere el incumplimiento.

Por supuesto, no es posible descartar la calificación de nulidad de los despidos producidos por causa COVID, siempre que concurren las condiciones pertinentes para ello, y, en particular, que se haya producido la lesión de un derecho fundamental. A modo de meros ejemplos, a la nulidad conducirán los despidos decididos por el ejercicio de derechos de conciliación vinculados al plan MeCuida (art. 6 RDL 8/2020). Y también el despido de una persona trabajadora tras un positivo por COVID, o por la sospecha de haber contraído la enfermedad o ser portadora del virus. El despido por enfermedad, en términos generales, debe ser calificado como improcedente, y puede resultar arduo equiparar las secuelas de la COVID a una discapacidad, en los términos de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>15</sup>; no obstante, el despido que obedece no a una enfermedad genérica, sino a una enfermedad concreta y, además, estigmatizante, conduce, sin duda, a la discriminación y, por tanto, merece la calificación de nulidad<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> La legislación podría haber incorporado una regla más protectora, y cabría tanto aplaudir esa opción, como efectuar una valoración crítica, cuestionando en su caso su adecuación a los estándares internacionales o al marco constitucional, pero no es posible simplemente eludirla o ignorarla. La transgresión de la «prohibición de despedir» por causa COVID debe calificarse como improcedente, sin que esa conclusión haya de variar porque la conducta empresarial se considere éticamente reprochable, o incluso porque se haya tratado de enmascarar la extinción contractual en una causa distinta para eludir la aplicación del artículo 2 del RDL 9/2020, o cualquier otra restricción o limitación.

<sup>14</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de mayo de 2015 (rec. 2659/2013).

<sup>15</sup> *Vid.* Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE) Daouidi, de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15, y HK Danmark, de 11 de abril de 2013, asunto C-335/11. Sobre la aplicación jurisprudencial de esta doctrina: SSTs de 22 de febrero de 2018 (rec. 160/2016), 22 de mayo de 2020 (rec. 2684/2017) y 15 de septiembre de 2020 (rec. 3387/2017).

<sup>16</sup> Así sucede cuando el:

[...] factor enfermedad [es] tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 62/2008).

No admite ya discusión, en el contexto de la pandemia, que la COVID se ha convertido en una enfermedad estigmatizante, que genera alarma social y ha modificado como ninguna otra la vida ordinaria de la población y sus hábitos y usos sociales.

En un sentido análogo, el despido también habría de ser calificado como nulo cuando venga propiciado porque la persona trabajadora está en contacto con personas que sí padecen o han padecido COVID, principalmente familiares o convivientes. Este es un contexto propicio para que entre en juego la denominada «discriminación por asociación», que, como se sabe, fue aplicada en primer término para proteger a las personas trabajadoras que sufrían medidas laborales perjudiciales por su condición de familiar de una persona con discapacidad<sup>17</sup>.

Por supuesto, la calificación de nulidad del despido conllevaría la readmisión, amén del abono de los salarios de tramitación, pero también abriría la posibilidad de reclamar una indemnización adicional por vulneración de un derecho fundamental, cuyo importe fijará el juez o la jueza atendiendo a varios factores, como el daño moral producido (art. 183 Ley reguladora de la jurisdicción social). Es muy relevante a estos y otros efectos la confidencialidad de los datos médicos y el respeto al derecho a la protección de datos personales.

Esta indemnización adicional no se extiende a los supuestos en los que el despido sea calificado como improcedente, donde, más allá de los salarios de tramitación cuando legalmente procedan, la indemnización, si se opta por la extinción del contrato, se limita al importe legalmente prefijado, sin que en ningún caso pueda incrementarse atendiendo al mayor o menor reproche moral que merezca el comportamiento de la empresa en opinión del juzgador, y sin que, desde luego, el artículo 10 del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) permita desplazar el precepto legal que configura esa indemnización con carácter tasado de la indemnización (art. 56 ET), pues, aun cuando algunas sentencias de instancia recientes apunten en esa dirección, tal conclusión es desmesurada y poco realista, máxime si se atiende al modo de proceder de la OIT –preocupada por configurar normas mínimas, y no máximas, como sería este caso– e incluso a la fecha de ese convenio (1982), momento en el que lo primordial era garantizar una indemnización ante la extinción ilícita del contrato, y no mejorar las legalmente reconocidas por estimarlas insuficientes.

En fin, el artículo 2 del RDL 2/2020 no contempla sanciones administrativas. El principio de tipicidad en este ámbito no permite aplicar por analogía los tipos de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, que tampoco se ajustan bien a esta regla en particular. Podrían generarse responsabilidades administrativas por otros incumplimientos, como la ya aducida vulneración del derecho a la protección de datos personales –Reglamento (UE) 2016/679 y Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre–, pero no estrictamente por la transgresión de la «prohibición de despedir». La empresa tampoco habrá de reintegrar cantidad alguna en concepto de exoneración de cuotas, porque esta restricción, a diferencia de la «cláusula de salvaguarda», no está supeditada a recibir esa clase de ayuda económica.

<sup>17</sup> Vid. STJUE Coleman, de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, y STC 71/2020, de 29 de junio.

### 3. La cláusula de salvaguarda durante 6 meses tras un ERTE COVID

#### 3.1. Marco normativo, naturaleza y ámbito de aplicación

La solicitud de un ERTE conforme a las reglas especiales aprobadas durante el estado de alarma gozaba de ciertas ventajas, pues se flexibilizaban las causas, se reducían los plazos, se simplificaba el procedimiento y, sobre todo, se concedían ayudas económicas específicas en forma de reducción de cuotas de Seguridad Social. Por supuesto, esta configuración respondía a una situación excepcional, de urgencia económico-empresarial derivada de una emergencia sanitaria. El propósito consistía en dar cobertura a necesidades empresariales temporales para facilitar la reanudación de la actividad en un breve plazo y en las mismas condiciones en las que se desarrollaba antes del estado de alarma. Precisamente por ello, la legislación condicionó estas ventajas, y en particular la exoneración/minoración de cotizaciones, a que la empresa mantuviera el empleo durante 6 meses, asumiendo que en ese plazo podría recuperarse la productividad anterior y quedarían garantizados los puestos de trabajo. Se trataba, en definitiva, de superar una coyuntura problemática y no una crisis estructural. Con ese propósito, la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, en su redacción inicial, y bajo la rúbrica «salvaguarda del empleo», disponía que «[l]as medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad»<sup>18</sup>.

Esta cláusula de salvaguarda no es, en su esencia, un instrumento tuitivo desconocido en el ordenamiento, ni profundamente novedoso. Desde luego, así podría considerarse si únicamente se atiende a que está vinculado a medidas de ajuste laboral, ya que en tal caso no se encuentran precedentes. Pero esa es una perspectiva de aproximación demasiado limitada, por los claros paralelismos con las medidas de fomento del empleo. En efecto, la contratación de personas trabajadoras no requiere de colaboración económica pública, pero si la empresa decide acudir a esas ayudas, debe asumir las contrapartidas o condiciones aparejadas a su disfrute, y que suponen, habitualmente, la obligación de mantener vivo el contrato durante un determinado plazo; obligación cuyo incumplimiento conlleva las responsabilidades pertinentes, comenzando por la devolución de las cantidades indebidamente percibidas o ahorradas, según los casos<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Ese precepto fue modificado en profundidad por el RDL 18/2020; complementado por la disposición adicional decimocuarta del RDL 11/2020; y extendido en su vigencia por el RDL 24/2020. Es, por tanto, una garantía que se ha ido conformando progresivamente, a medida que se suscitaban lógicas incertidumbres sobre su aplicación.

<sup>19</sup> La cláusula de salvaguarda nace tras una decisión empresarial previa. La propia elección de las palabras es significativa, pues «compromiso», en atención al diccionario de la RAE, remite a alguna clase de

En cuanto a su ámbito de aplicación, y a diferencia de la «prohibición de despedir», el compromiso de mantenimiento del empleo carece de eficacia o alcance general, y no se extiende a cualesquiera empresas y personas trabajadoras, sino que se vincula a un «ERTE COVID» que lleve aparejadas exoneraciones de cotización. Esa expresión remite a los ERTE regulados en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, y no a cualesquiera otros. De ese modo, las empresas que con carácter previo al estado de alarma y al RDL 8/2020 estaban incursas en un ERTE conforme a las reglas ordinarias no están vinculadas por la cláusula de salvaguarda, aunque los efectos del ERTE se mantuvieran en el tiempo tras la decisión gubernamental de marzo de 2020. Y a la misma conclusión debe llegarse en relación con los ERTE posteriores que no respondan a la situación generada por la COVID y que, por tanto, no se hayan tramitado por esa vía del RDL 8/2020<sup>20</sup>.

Además, la cláusula de salvaguarda no protege *per se* a todas las personas trabajadoras de la empresa, sino exclusivamente a aquellas que fueron incluidas en un ERTE COVID. Lo relevante, así pues, es el ámbito de aplicación del ERTE COVID, y no que la persona trabajadora preste servicios en uno u otro centro, o que la empresa forme parte de un grupo. En consonancia, las personas trabajadoras no incorporadas al ERTE COVID quedarían al margen de esta garantía y su contrato podría extinguirse por cualesquiera causas legalmente permitidas en la legislación ordinaria<sup>21</sup>.

---

acuerdo o convenio, a una «obligación contraída» o a una «palabra dada». No se produce una imposición, sino una especie de acuerdo de voluntades, que consiste en que la empresa solicita ayuda pública para superar la situación coyuntural negativa, el Estado la proporciona –a través de un ERTE «subvencionado»– y como contrapartida a ese auxilio requiere que los contratos de las personas trabajadoras afectadas subsistan al menos durante 6 meses. La cláusula de salvaguarda puede ser considerada como una medida de fomento del empleo, si bien no pone el acento en la contratación de personas trabajadoras desempleadas, sino en la conservación de puestos de trabajo. Las medidas de fomento del empleo pueden dirigirse a la conversión de contratos temporales en indefinidos, o de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo, de modo que la mejora del empleo o su conservación pueden ser legítimos propósitos de la política de empleo, sea con carácter más estructural, o bien más coyuntural, e incluso de emergencia.

<sup>20</sup> Es menester una precisión temporal, pues la cláusula de salvaguarda no se vincula únicamente a un ERTE COVID, sino también a que la empresa haya disfrutado de exoneración de cuotas a resultados de ese ERTE. En la versión inicial del RDL 8/2020, la exoneración de cuotas alcanzaba exclusivamente a los ERTE por fuerza mayor, y no a los derivados de causas ETOP. De este modo, entre el 27 de marzo (fecha de entrada en vigor del RDL 8/2020) y el 26 de junio, el compromiso de mantenimiento del empleo únicamente pudo afectar a los ERTE por fuerza mayor. A partir del 27 de junio, el RDL 24/2020 extendió esos beneficios de cotización a los ERTE ETOP, y con ello la cláusula de salvaguarda comenzaría a ser operativa también para ese tipo de ERTE.

<sup>21</sup> Esa conclusión deriva, por un lado, de la propia configuración del compromiso de mantenimiento del empleo, pues la conexión entre la conservación del empleo y la exoneración de cotizaciones conduce lógicamente a amparar a las personas trabajadoras cuyas cuotas se han visto reducidas a consecuencia del ERTE. Y, por otro, del apartado 2 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, a cuyo tenor «este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes». Por consiguiente, la extinción de contratos de personas no «afectadas» por un ERTE COVID no supone un incumplimiento del compromiso.

Esta configuración normativa adquiere relevancia porque no está protegiendo el empleo, en abstracto, sino específicamente a la persona trabajadora incluida en un ERTE COVID. Es, por así decirlo, una «garantía nominativa»<sup>22</sup>, que se vulnera cuando la empresa decide extinguir el contrato de la persona trabajadora incluida en el ERTE, aun cuando contrate a una sustituta con condiciones laborales equivalentes o mejores. Desde la perspectiva de la empresa, el compromiso de mantenimiento del empleo no conlleva la obligación de conservar el mismo nivel de empleo durante 6 meses. Es decir, el respeto a esa cláusula de salvaguarda no depende de que el número de personas trabajadoras en plantilla sea el mismo o diferente, sino de que la extinción de contratos no afecte a quienes quedaron incluidas en un ERTE.

El hecho de que se trate de una «garantía nominativa» para las personas trabajadoras no significa que el mismo carácter pueda predicarse de la empresa, puesto que no es un compromiso inherente a la persona –física o jurídica– empleadora, sino que pone el acento en la persona trabajadora. De ahí que en supuestos de transmisión de empresa la empleadora que se subroga en el contrato de las personas trabajadoras afectadas deba cumplir el compromiso de mantenimiento del empleo. Por tanto, la sucesión de empresas no supone un incumplimiento de la cláusula de salvaguarda, que seguiría plenamente operativa en ese nuevo escenario.

Los grupos de empresas –a efectos laborales– pueden provocar alguna dificultad interpretativa, máxime cuando tenga lugar una prestación de servicios indiferenciada para varias empresas del grupo. Este particular supuesto de cesión podría suscitar dudas si la extinción del contrato es decidida por una empresa distinta a la que solicitó el ERTE COVID, pero el carácter de garantía nominativa de la cláusula de salvaguarda conduce a extender las eventuales consecuencias y responsabilidades a la empresa del grupo que tome dicha decisión. De lo contrario, la garantía legal podría ser eludida a través de acuerdos internos de grupo, privando de su efecto útil a la cláusula de salvaguarda y conduciendo a un resultado contrario a su espíritu.

Conviene, asimismo, tener presente la posibilidad de perfiles sectoriales en aplicación de estas reglas, pues, como determina el apartado 3 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020:

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.

<sup>22</sup> Así lo entendió la Dirección General en su Oficio DGT-SGON-919CRA, de 29 de abril de 2020.



Sin embargo, esa opción únicamente se ha previsto para las empresas de los sectores de las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual (disp. adic. decimocuarta RDL 11/2020), y sin un adecuado grado de detalle. En efecto, la regla legal del RDL 8/2020 solamente advierte que el alcance del compromiso «se valorará» sin precisar el órgano administrativo competente para efectuar dicha valoración, ni tampoco cuáles son las posibles consecuencias. En tanto la legislación no proporcione pautas específicas, la litigiosidad parece inevitable, ya que no es posible anticipar si la potencial exención debe afectar a sectores completos –ni a qué sectores–, a zonas geográficas o a empresas específicas<sup>23</sup>.

En fin, también se contempla una excepción a la aplicación de la cláusula de salvaguarda, pues el apartado 4 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 desactiva el compromiso respecto de «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». Esa remisión legal debe entenderse producida al artículo 5.2 del texto refundido de la Ley concursal, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, en el que se precisa que «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»<sup>24</sup>. El precepto obliga a la persona empleadora («deberá») a solicitar la declaración de concurso en los 2 meses siguientes «a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer el estado de insolvencia actual». La falta de tal solicitud o los actos u omisiones dirigidos a eludir la cláusula de salvaguarda suponen un incumplimiento que generará las consecuencias y responsabilidades pertinentes (nótese que no hay obligación legal de presentar el concurso hasta el 14 de marzo de 2021, ex RDL 34/2020, de 17 de noviembre). En todo caso, se contempla únicamente la situación preconcursal, pues en el contexto del concurso el juez o la jueza no se ven constreñidos por la cláusula de salvaguarda, ni por la «prohibición de despedir», porque sus decisiones no responden propiamente a una causa COVID (presupuesto para la entrada en juego de la «prohibición de despedir»), ni tampoco cabe limitar su actuación

<sup>23</sup> Las decisiones corresponderán primero a la Administración, pero en último término los conflictos desembocarán en vía judicial, debiendo valorarse si la empresa está sometida a una «alta variabilidad o estacionalidad del empleo». No parece estrictamente necesario que la empresa pertenezca a un sector de «alta variabilidad o estacionalidad del empleo», sino que más bien debe ser la propia empresa la que cumpla ese requisito para quedar eximida del cumplimiento de la cláusula de salvaguarda, pero conviene insistir en que, en ausencia de mayor claridad legal, será necesario esperar a la pertinente aclaración judicial.

<sup>24</sup> Esta regla excluye la aplicación de la cláusula de salvaguarda –que no de la «prohibición de despedir»– en su integridad, y no se ha optado por una posición más matizada. Quizá habría sido más razonable admitir la compatibilidad con ese compromiso de despidos por causas ETOP, precisamente por la delicada situación empresarial, pero probablemente no se justifique su inaplicación en otros supuestos, como extinciones a instancias de la persona trabajadora ante incumplimientos graves y culpables de obligaciones empresariales. No es una cuestión de la calificación del despido, sino del reintegro de los beneficios obtenidos por la exoneración de cuotas. Seguramente, se ha estimado contraproducente incrementar las cargas para la empresa, por cuanto ello dificultaría la viabilidad de la misma, pero el resultado no es completamente satisfactorio.

por un compromiso que nace a partir de las exoneraciones de cuotas producto de un ERTE no decidido por el juez o la jueza. Todo ello sin olvidar que la propia lógica del concurso requiere conceder cierto margen de actuación al juez o la jueza para que tome las decisiones más razonables en orden a garantizar la viabilidad de la empresa, lo que podría resultar incompatible con esta clase de restricciones.

## 3.2. Duración

La disposición adicional sexta del RDL 8/2020 precisa que el compromiso de mantenimiento del empleo vincula a la empresa «durante el plazo de 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad». Una interpretación literal supone que la cláusula de salvaguarda no resulta operativa hasta que se produzca la reanudación de la actividad, de modo que la extinción de contratos no generaría consecuencias negativas hasta entonces, y en particular no obligaría a reintegrar cotizaciones. Esta interpretación es contraria al espíritu de la norma, y parece evidente que desde el mismo inicio de los efectos del ERTE y, en particular, de la exoneración de cuotas, comienza a desplegarse la protección y pueden generarse responsabilidades. La regla legal debe referirse a la extensión en el tiempo del compromiso de mantenimiento del empleo, que es operativo durante una eventual cesación temporal de la actividad –y la extinción de contratos en ese periodo supone un incumplimiento de la cláusula de salvaguarda–, pero también con posterioridad, y en concreto durante los 6 meses siguientes a la reanudación de la actividad. En otras palabras, esa reanudación no pone en marcha la cláusula de salvaguarda, que se encuentra activa desde el momento en el que la empresa se beneficia de la exoneración de cuotas, sino que en puridad inicia la cuenta atrás para su final, que se producirá en el plazo de 6 meses desde ese momento<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> El RDL 24/2020 extendió las exoneraciones de cotización a los ERTE ETOP y muchas empresas disfrutaron de beneficios de cotización desde su entrada en vigor. A tal efecto, deben distinguirse cuatro situaciones:

- Empresa que no se benefició previamente de ventajas de cotización y reanudó la actividad antes del 27 de junio, para la cual el plazo de 6 meses del compromiso del empleo se puso en marcha el 27 de junio.
- Empresa que no se benefició previamente de ventajas de cotización y reanudó la actividad después del 27 de junio, para la que el plazo de 6 meses del compromiso se inicia desde el reinicio de la actividad.
- Empresa que ya disfrutaba de un ERTE por fuerza mayor con ventajas de cotización, para la cual el plazo de 6 meses se reinició desde el 27 de junio; es decir, los tiempos previos en ERTE de fuerza mayor no reducen el plazo del compromiso de mantenimiento del empleo, aunque se hubiese reanudado parcialmente la actividad.
- Empresa que solicita el ERTE ETOP por vez primera después del 27 de junio, para la que el plazo de 6 meses del compromiso empieza a computar desde la reanudación de la actividad.

En esos términos, el inicio de ese plazo de 6 meses coincide con la «reanudación de la actividad», definida como «la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla». Por tanto, no se exige un retorno de la producción a pleno rendimiento, sino simplemente la puesta en marcha de la actividad tras el ERTE, aun cuando haya tenido lugar únicamente con un número reducido de personas trabajadoras tras una paralización total del proceso productivo. No obstante, esta «reanudación» requiere una interpretación acorde al contexto, y no se satisface simplemente con tareas de mantenimiento o preparación, sino que exige una puesta en marcha efectiva de la actividad<sup>26</sup>.

Resulta evidente que la norma está concebida para ERTE de suspensión del contrato, porque tiene su origen en un contexto muy particular en el que muchas empresas se vieron abocadas a ERTE COVID por fuerza mayor de paralización absoluta de la actividad. No obstante, una vez superada la fase más crítica, muchas empresas han optado por ERTE ETOP de reducción de jornada o de modificación de las condiciones de trabajo, sin suspensión o paralización de la actividad; supuesto para el que no se ofrece una respuesta adecuada, al no producirse técnicamente una «reincorporación al trabajo». Es probable que «reanudación de la actividad» deba equivaler en estos supuestos al retorno a la situación precedente, esto es, a una vuelta al trabajo a tiempo completo o a las condiciones de trabajo previas<sup>27</sup>.

En el otro extremo, la fecha de finalización, la regla legal es clara, pues la duración se extiende durante 6 meses desde el inicio del cómputo (de día de inicio al mismo día del sexto mes). Esta duración de 6 meses no se configura con carácter «nominativo», porque no es una garantía individual. Dicho de otro modo, la cláusula de salvaguarda no protege durante 6 meses a cada persona trabajadora que se reincorpora, sino que ofrece una cobertura de 6 meses a todas las personas trabajadoras afectadas por un ERTE COVID desde que se reanuda la actividad, aun cuando no todas ellas se reincorporen al mismo tiempo o incluso aunque alguna o algunas no lo hayan hecho. La cláusula de salvaguarda, por tanto, finaliza

<sup>26</sup> En el sector del comercio, por ejemplo, difícilmente podría considerarse como reanudación el retorno al trabajo del personal con el fin de acondicionar las instalaciones para la reapertura, porque en el comercio, y en otros sectores –como la restauración–, no cabe entender reanudada la actividad sin atención efectiva al público, sin que el proceso productivo/negocio se encuentre verdaderamente en funcionamiento. Se requiere un análisis caso por caso, pues el servicio a domicilio o la venta a través de internet ya implicarían reanudación, pese a que el volumen de ventas pueda haberse visto reducido sustancialmente. La Tesorería General de la Seguridad Social defiende esta interpretación, como muestra el Boletín Noticias RED 14/2020, en el que se afirma, en relación con el paso de fuerza mayor total a parcial, que la reanudación efectiva de la actividad no es equiparable a la «mera preparación de la misma» (<http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/e500c3a4-a206-4d54-af78-50993abab0f3/BNR+14-2020.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>).

<sup>27</sup> No es una opción plenamente satisfactoria, pues no cabe distinguir entre tareas preparatorias y puesta en marcha del proceso productivo, toda vez que la actividad ha continuado, por lo que el retorno a la situación precedente de cualquier persona trabajadora debería iniciar el cómputo de los 6 meses para el final de la cláusula de salvaguarda, lo que podría perjudicar significativamente la eficacia de esta garantía.

al mismo tiempo para todas las personas trabajadoras afectadas por el ERTE COVID, porque comienza en el mismo momento para todas ellas y su vigencia y operatividad no se supeditan a la duración del ERTE COVID, que podría seguir produciendo efectos o haber finalizado. A diferencia de la «prohibición de despedir» por causa COVID, cuya vigencia expirará en una fecha fija, el compromiso de mantenimiento del empleo llegará a término en un momento diferente para cada empresa, porque depende de cuándo se reanudó la actividad. Es más, esa cláusula de salvaguarda no ha nacido para las empresas que no han tramitado un ERTE COVID, y el plazo de 6 meses no empieza a computar en las empresas que están bajo los efectos de uno en tanto la actividad no se reanude.

Desde otra perspectiva, el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, introdujo la posibilidad, hasta entonces no viable, de que una misma empresa deba respetar varias cláusulas de salvaguarda por beneficiarse, en momentos distintos, de exoneraciones vinculadas a ERTE COVID. La pandemia ha provocado consecuencias organizativas, productivas, económicas y laborales más intensas de lo que en un principio se estimó, de modo que las medidas iniciales, de claro carácter coyuntural, han debido extenderse ante la imposibilidad de muchas empresas de retornar al volumen de actividad precedente, lo que aboca a distintos escenarios.

Cuando una empresa tramite por vez primera un ERTE COVID tras el 30 de septiembre de 2020, la cláusula de salvaguarda nacerá en los términos ya indicados, sin peculiaridades. En cambio, las empresas que antes del 30 de septiembre debían respetar un compromiso de mantenimiento del empleo no podrán acceder sin más a nuevas ventajas desde ese momento, sino que deberán renovar dicho compromiso, aunque la situación es distinta en atención a si la cláusula de salvaguarda precedente continúa vigente o si ya ha concluido. En este último caso, es decir, cuando la empresa se beneficia de exoneraciones de cuotas tras el 30 de septiembre de 2020, pero ya no es operativo el compromiso anterior al haber transcurrido 6 meses desde la reanudación de la actividad, nace nuevamente la cláusula de salvaguarda conforme a las reglas generales, y el plazo de 6 meses comenzará tras la reanudación de la actividad en este segundo momento.

No obstante, el artículo 5 del RDL 30/2020 contempla también la concatenación de cláusulas de salvaguarda sucesivas sin solución de continuidad, pues es posible que el plazo de 6 meses del compromiso precedente aún no haya concluido cuando debería iniciarse el nuevo; situación en la que no se reinicia el plazo del compromiso anterior, sino que se apuesta por una sucesión ordenada de cláusulas de salvaguarda, de modo que el plazo de 6 meses derivado del compromiso asumido en virtud de las exoneraciones que contempla el RDL 30/2020 comienza cuando concluyan íntegramente los 6 meses del compromiso previo.

Esta regla, aparentemente clara, suscita alguna dificultad interpretativa si se conecta con el ya aludido carácter de «garantía nominativa» de la cláusula de salvaguarda, que protege a la concreta persona trabajadora incluida en el ERTE y no a la totalidad de la plantilla. Esta configuración de compromisos sucesivos del RDL 30/2020 parece asumir que las personas trabajadoras afectadas por el ERTE previo coinciden con las incluidas en las medidas de ajuste

posteriores a esa norma, lo que no siempre sucederá, porque la exoneración de cuotas previa al 30 de septiembre podría no mantenerse para algunas personas trabajadoras. En tal supuesto, la cláusula de salvaguarda se aplicará en los términos originales, pero esa limitación no se renovará ni será sustituida por otra. A la inversa, es posible que personas trabajadoras afectadas por medidas posteriores al 30 de septiembre no lo hubieran sido con anterioridad, de modo que nunca estuvieron protegidas por la cláusula de salvaguarda. Los beneficios de cotización que nacen a resultas del RDL 30/2020 conllevan para la empresa la obligación de respetar, por vez primera para esas personas trabajadoras, el compromiso de mantenimiento del empleo, si bien la norma no aclara cuándo empezaría a computar el plazo de 6 meses. Por supuesto, podría entenderse que resultan de aplicación las reglas generales de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, y con ello el inicio del plazo tendría lugar en el momento de reanudación de la actividad. Pero esa opción interpretativa es poco realista, pues en la mayoría de supuestos la actividad empresarial se reanudó meses antes del 30 de septiembre; presupuesto para que la cláusula de salvaguarda naciera para otras personas trabajadoras.

En ese contexto, parece razonable entender que estas personas trabajadoras de nueva incorporación a un ERTE COVID disfrutarán de la cláusula de salvaguarda durante los 6 meses siguientes al momento en el que la empresa se haya beneficiado –por ellas– de la exoneración de cotizaciones al amparo del RDL 30/2020. Se respetaría así el carácter de «garantía nominativa» de la cláusula de salvaguarda y, aunque se produciría una asimetría en su duración entre las distintas personas trabajadoras, la diferencia se justificaría por el ámbito de aplicación de cada concreto ERTE.

### 3.3. Las fronteras de la cláusula de salvaguarda: formas lícitas de extinción del contrato

La cláusula de salvaguarda pretende evitar cualquier extinción contractual, derive o no directamente de la COVID. Sin embargo, sus efectos no son absolutos, porque el catálogo de causas de extinción del artículo 49 del ET contempla circunstancias muy diversas que no siempre dependen de la voluntad de la persona empleadora. En este sentido, la cláusula de salvaguarda no es obstáculo para la extinción del contrato por razones conectadas a la persona trabajadora, como la jubilación, la dimisión/abandono, la muerte o la incapacidad permanente, ni tampoco protege de un despido disciplinario por un incumplimiento grave y culpable<sup>28</sup>. Este compromiso de mantenimiento del empleo decae, asimismo, cuando el contrato de trabajo se extingue por su propia dinámica, sin necesidad de un acto empresarial en tal sentido, como sucede con la expiración del tiempo convenido o el fin de la obra o servicio en los contratos de duración determinada<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> En este sentido, *vid.* Oficio de la DGT-SGON-863CRA, de 7 de abril de 2020.

<sup>29</sup> No es obstáculo para tal conclusión la interrupción de la duración de esta clase de contratos (incluidos los formativos, de relevo e interinidad) cuando hayan sido suspendidos por un ERTE COVID (art. 5 RDL 9/2020),

La disposición adicional sexta del RDL 8/2020 resulta suficientemente ilustrativa al afirmar que:

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 [ni tampoco, en el específico caso de los 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.

Este precepto suscita dudas interpretativas de entidad, principalmente si el listado ofrecido por la norma constituye o no un *numerus clausus*. La respuesta ha de ser negativa, porque algunas de las causas de extinción de contratos no recogidas en el precepto deben resultar compatibles con la cláusula de salvaguarda, como sucede con la jubilación, la incapacidad permanente o la muerte del «empresario» individual. En el contexto de la cláusula de salvaguarda, la interpretación literal no puede llevar al absurdo de calificar el fallecimiento o la incapacidad permanente de la persona empleadora como un incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo. La ruptura de un «compromiso», esa es la terminología legal, requiere un acto volitivo, una decisión consciente a tal efecto, y no un hecho ajeno por completo a la voluntad de quien es parte en el mismo, como la muerte, la incapacidad permanente u otra serie de situaciones que impidan continuar con la actividad, como, por ejemplo, pérdida de licencias o prohibiciones administrativas o judiciales.

Sin embargo, a partir de esa premisa podría entenderse que la jubilación de la persona empleadora individual que conlleve el cierre del negocio sí supone una vulneración de la cláusula de salvaguarda, porque el motivo de la extinción es una decisión de esta. De

---

de modo que la expiración del tiempo convenido no tiene lugar en la fecha inicialmente pactada, sino que su finalización se pospone teniendo en cuenta ese periodo de interrupción. La norma crea una suerte de paréntesis, de modo que los contratos de duración determinada no pueden llegar a término durante el periodo de suspensión, sino que «hibernan» en ese intervalo y se reanudan una vez que la persona trabajadora se reincorpora a la actividad. La vigencia de esta regla se ha extendido hasta el 31 de enero de 2021 (art. 6 RDL 30/2020), de modo que la expiración del tiempo convenido podría no producirse hasta la segunda mitad de 2021, según los casos. Esta interrupción no equivale a la cláusula de salvaguarda, y tampoco debe interpretarse en términos absolutos. Por ejemplo, los contratos de interinidad por sustitución finalizan cuando se reincorpora la persona sustituida. La interrupción del cómputo durante el ERTE COVID no puede implicar que dos personas trabajadoras ocupen el mismo puesto, ni puede posponer el reingreso de la persona trabajadora con derecho a la reserva de puesto de trabajo; *vid.* Oficio de la DGT-SGON-850CRA, de 11 de abril de 2020.

hecho, esa es la interpretación por la que se ha decantado la Administración, al considerar que la persona empleadora es consciente en el momento de solicitar el ERTE de que el compromiso no puede ser respetado, pues restan menos de 6 meses para la jubilación<sup>30</sup>. Es una exégesis cuestionable, porque la persona empleadora no toma la decisión de extinguir contratos y ni siquiera en sentido estricto de concluir la actividad, sino únicamente de poner fin a su propia carrera profesional. La jubilación de la persona empleadora individual no conlleva *per se* la extinción de contratos, que dependerá de si el negocio continúa o no en funcionamiento regido por otras personas. La vulneración del compromiso de mantenimiento del empleo es, por definición, un acto antijurídico, porque la empresa decide extinguir un contrato incumpliendo una limitación legal. Pero la jubilación es un derecho de quien reúne los pertinentes requisitos de edad y cotización; derecho que no ha sido limitado normativamente, ni siquiera durante el estado de alarma. La cláusula de salvaguarda no debería prevalecer sobre el derecho de una persona trabajadora –porque quien se jubila lo hace no en condición de titular de la empresa o persona empleadora, sino de trabajadora autónoma– a poner fin a su carrera profesional, y más en unas condiciones muy especiales<sup>31</sup>.

Lógicamente, la cláusula de salvaguarda actúa en su máxima intensidad en relación con el despido, pues son esa clase de decisiones empresariales las que se consideran frontalmente contrarias a esta garantía. No obstante, las consecuencias difieren en atención a la concreta modalidad de despido y a su calificación, como pone de manifiesto la propia disposición adicional sexta del RDL 8/2020 al considerar compatible con esta restricción el «despido disciplinario declarado como procedente». Por supuesto, el cumplimiento del compromiso no puede depender de que la persona trabajadora impugne la decisión de la empresa y de que el órgano judicial se pronuncie expresamente, de modo que no es imprescindible que el despido sea «declarado como procedente». Dicho de otra forma, lo determinante no es en sí misma la intervención del juez o de la jueza, sino la calificación final de la extinción del contrato, lo que supone, por tanto, que la cláusula de salvaguarda se vulnera cuando la empresa reconoce la improcedencia del despido en cualquier momento (*v. gr.*, en el instante en el que se lo comunica a la persona trabajadora o con posterioridad, incluso en conciliación).

La improcedencia del despido disciplinario supone un incumplimiento del compromiso, pero no conviene olvidar que el artículo 55.2 del ET contempla la posibilidad de un nuevo

<sup>30</sup> Vid. Oficio de la DGT-SGON-919CRA, de 29 de abril de 2020.

<sup>31</sup> La solicitud de un ERTE COVID constituía prácticamente la única opción en un primer momento. Un buen número de actividades fueron suspendidas durante el estado de alarma, de modo que esos negocios no podían operar por expreso mandato legal. Si en tal momento esa persona empleadora/trabajadora autónoma no cumplía los requisitos para solicitar la jubilación y la norma introdujo una «prohibición de despedir» por causa COVID, difícilmente puede apreciarse una conducta irregular o fraudulenta, ni un abuso de derecho, en la solicitud del ERTE, con la correspondiente exoneración de cotizaciones. Se trataba, por lo general, de la única opción tanto desde una perspectiva jurídica, como económica, y, por tanto, no se justifica una penalización por la posterior decisión de jubilarse, aun dentro del plazo legal del compromiso.

despido cuando en el primero no fueron respetadas las exigencias formales. Deben evitarse interpretaciones literales que conduzcan a resultados absurdos, de modo que, si este segundo despido disciplinario subsana las deficiencias, y es, por tanto, procedente, no puede estimarse vulnerada la cláusula de salvaguarda por el error en el primero.

Muchas más dudas plantea la improcedencia por motivos de fondo en supuestos de interpretación jurídica compleja, por ejemplo, en situaciones donde se acredite el incumplimiento de la persona trabajadora, pero en virtud del criterio de proporcionalidad los tribunales concluyan declarando la improcedencia. No resulta inhabitual que en vía judicial se constate el incumplimiento, pero que se estime que la sanción impuesta, el despido disciplinario, resulta excesiva, y que habría debido imponerse una sanción menos grave. La improcedencia no admite dudas, y de ello se deriva el incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo y la consecuente responsabilidad derivada de la exoneración de cotizaciones. Desde luego, en estos supuestos fronterizos, de calificación jurídica muy dudosa y controvertida (*v. gr.*, ofensas verbales o físicas), la improcedencia del despido no debería conducir necesariamente a consecuencias tan gravosas para la empresa y se impone un análisis casuístico que tome en consideración el criterio de proporcionalidad, pues si opera para matizar la calificación del despido, debería también modular la responsabilidad de la empresa.

Por su parte, la nulidad genera las consecuencias legalmente previstas (readmisión, salarios de tramitación y eventual indemnización por vulneración de derechos fundamentales), pero la norma no aclara qué sucede con la cláusula de salvaguarda. En principio, parece que esa garantía –nominativa, como se dijo– debe entenderse incumplida, porque «se produce el despido o extinción» del contrato en los términos de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020. Sin embargo, la readmisión conlleva el pago de los salarios de tramitación y el abono de las pertinentes cotizaciones, por lo que, aun cuando no parece razonable que la empresa pueda beneficiarse de exoneraciones por el periodo que transcurre entre el despido y la readmisión, lo cierto es que el erario no se ve perjudicado, porque debe producirse una regularización de las prestaciones por desempleo que eventualmente percibiera la persona trabajadora. Por decirlo de otro modo, los efectos de la readmisión neutralizan las consecuencias negativas de la extinción del contrato, y si no hay perjuicio para el erario (la eventual responsabilidad del Estado respecto de los salarios de tramitación por demoras en el proceso judicial se limita al despido improcedente)<sup>32</sup>, cabría cuestionar la pertinencia de responsabilidades adicionales, máxime cuando la nulidad supone técnicamente una retroacción de efectos contractuales. La extinción del contrato tuvo lugar fácticamente, pero no en un sentido estrictamente jurídico una vez que el vínculo se restablece.

No obstante, se generen o no esas responsabilidades, debe, asimismo, determinarse si esa retroacción de efectos también opera sobre la cláusula de salvaguarda. La propia dinámica del proceso judicial implicará de ordinario que en el momento de readmisión de la persona trabajadora hayan transcurrido 6 meses desde la reanudación de la actividad, y con ello el

<sup>32</sup> *Vid.* artículo 56.5 del ET y RD 418/2014, de 6 de junio, por el que se modifica el procedimiento de tramitación de las reclamaciones al Estado por salarios de tramitación en juicios por despido.



compromiso ya no sería operativo. Por más que la declaración de nulidad del despido previo dificulte otra extinción del contrato próxima en el tiempo, que se podría presumir que deriva de la misma causa prohibida y que probablemente sería contraria a la garantía de indemnidad, podría parecer razonable retrotraer el plazo del compromiso de mantenimiento del empleo al momento del despido declarado nulo, de manera que la persona trabajadora que se reincorpora estaría amparada por la cláusula de salvaguarda durante el mismo tiempo que restaba entonces. Sin embargo, esta retroacción únicamente se justificaría en la hipótesis de que la cláusula de salvaguarda protegiera a cada persona trabajadora afectada por el ERTE durante 6 meses desde su reincorporación a la actividad. En su configuración actual, el plazo de 6 meses se inicia para todas las personas trabajadoras al mismo tiempo –la fecha de reanudación de la actividad de la empresa– y finaliza, por tanto, también de manera simultánea, por lo que carece de sentido la retroactividad indicada, que daría lugar a una asimetría en la duración del compromiso que no está prevista legalmente, y que solo parece admisible, como se dijo, ante la concatenación de compromisos sucesivos a resultados de varios ERTE.

En el terreno del despido, la extinción contractual fundada en causas ETOP es contraria a la cláusula de salvaguarda, que pretende, de forma prioritaria, impedir extinciones de contrato por fuerza mayor o causas ETOP –ya se trate de despido objetivo, ya de colectivo–, pues la ayuda económica en forma de exoneraciones de cuotas es el remedio que ha de permitir paliar temporalmente las dificultades empresariales. Esa contribución económica del erario exige a la empresa, por tanto, un mayor esfuerzo para resistir los efectos negativos de la pandemia, y ni siquiera parece que la aparición sobrevenida de causas ETOP –relacionadas o no con la COVID– permita eludir el compromiso de mantenimiento del empleo.

En cambio, el despido objetivo por cualesquiera otras causas del artículo 52 del ET (ineptitud, falta de adaptación de la persona trabajadora a modificaciones técnicas o ausencia de consignación presupuestaria) parece compatible con la cláusula de salvaguarda en tanto la causa efectivamente exista y se respeten los requisitos de forma. Pese a la literalidad del precepto, la cláusula de salvaguarda no debería suponer una protección desorbitada del empleo, y las medidas adoptadas a través de ERTE no han de desactivar legítimas facultades empresariales cuando no se cumplen las condiciones mínimas para el normal desarrollo de la prestación de servicios, como sucede nítidamente cuando se constata la ineptitud de la persona trabajadora, por ejemplo.

Menos dudas suscita, en principio, el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, que, a diferencia del desistimiento de la persona trabajadora, debe considerarse contrario a la cláusula de salvaguarda, porque no figura en el listado de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, aunque, en hipótesis, cabe contemplar excepciones a esa regla general<sup>33</sup>. Por su parte, la extinción contractual por las causas consignadas

<sup>33</sup> El desistimiento podría obedecer a un incumplimiento grave y culpable de la persona trabajadora, y en tal caso no parece razonable exigir a la persona empleadora que acuda al procedimiento de despido disciplinario, que, incluso, en función de las circunstancias, podría resultar más perjudicial para la propia persona trabajadora, su reputación y sus expectativas de encontrar un empleo.

válidamente en el contrato debería ser compatible con la cláusula de salvaguarda, siempre que no constituya abuso de derecho.

La norma dirige sus esfuerzos a limitar las facultades extintivas de la empresa, pero la cláusula de salvaguarda debe activarse, asimismo, ante determinadas decisiones de la persona trabajadora, como sucede en supuestos de solicitud de extinción del contrato por incumplimientos graves y culpables de la empresa (art. 50 ET). Son situaciones equiparadas legalmente al despido improcedente a los efectos de la indemnización, y también han de serlo en relación con el compromiso de mantenimiento del empleo.

Al margen de ese supuesto, la aquiescencia de la persona trabajadora para poner fin a la relación laboral desactiva la cláusula de salvaguarda, al menos con carácter general, pues cabe plantear situaciones fronterizas. Por ejemplo, la extinción por mutuo acuerdo, potencialmente admisible, podría esconder verdaderamente una extinción contraria al espíritu de la cláusula de salvaguarda, y a estos efectos deben valorarse con cautela esta clase de acuerdos cuando vengán acompañados de indemnizaciones iguales o superiores al importe de la indemnización legal («bajas incentivadas»). Evidentemente, el fraude no se presume y ha de ser probado.

En fin, el compromiso de mantenimiento del empleo no se ve afectado si quien decide la extinción del contrato es la propia persona trabajadora en ejercicio de la facultad concedida legalmente tras una movilidad geográfica o una modificación sustancial de condiciones de trabajo (arts. 40 y 41 ET). Siempre que se respeten las exigencias de la norma y esos cambios sean legítimos no se produce una vulneración de la cláusula de salvaguarda, simplemente porque la decisión no la toma la empresa, ni el objetivo de la medida consiste en forzar la marcha de la persona trabajadora.

### 3.4. Consecuencias del incumplimiento

Las consecuencias del incumplimiento de la cláusula de salvaguarda coinciden parcialmente con las que genera la vulneración de la «prohibición de despedir» por causa COVID, pero también se aprecian significativas diferencias. En el plano de la calificación de la decisión empresarial, las similitudes resultan evidentes, pues este compromiso no se vincula a un derecho fundamental, ni conecta directamente con uno, por lo que la extinción contractual deberá calificarse como improcedente, salvo que concorra alguna circunstancia que motive la nulidad (*v. gr.*, discriminación). Como se advirtió en el contexto de la «prohibición de despedir», no cabe desplazar las reglas legales del ET, desde luego vigentes, por otras creadas *ad hoc* con la intención de penalizar a la empresa por una conducta que se entiende moralmente reprobable.

Por los paralelismos existentes, quizás pudiera extrapolarse a este contexto la doctrina jurisprudencial que ha dejado sin efecto un compromiso de empleo adquirido en el marco

de negociaciones sobre medidas de flexibilidad interna en la empresa. Con muchas cautelas, porque el supuesto es diferente y una norma de rango legal no puede ser desplazada sin argumentos de peso, conviene tener en cuenta que la jurisprudencia ha admitido la procedencia del despido, pese al compromiso citado, cuando se prueba un empeoramiento de la situación económica de la empresa<sup>34</sup>, se demuestra la insuficiencia de las medidas adoptadas<sup>35</sup> o aparecen nuevas causas que justifican el despido, en particular circunstancias sobrevenidas que de forma grave imposibiliten el cumplimiento del compromiso<sup>36</sup>. Por supuesto, no cabe postular la aplicación automática de dicha doctrina a este nuevo contexto, pero tampoco es posible descartar que esta particular manifestación del principio *rebus sic stantibus* pueda modular en algún caso la calificación de esta clase de despidos que afectan a personas trabajadoras protegidas por la cláusula de salvaguarda. Todo ello sin perjuicio, claro está, de que la procedencia del despido no eximiría de otras responsabilidades, como el reintegro de las cotizaciones correspondientes.

En efecto, la transgresión de la cláusula de salvaguarda no limita sus efectos a la calificación del despido, porque supone además un enriquecimiento injusto para la persona empleadora. La cláusula de salvaguarda es una contrapartida por el disfrute de exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social y su cumplimiento da lugar a que la empresa abone cotizaciones inferiores a las ordinarias, a cambio, precisamente, de garantizar la conservación de puestos de trabajo. Es razonable, por tanto, que, si ese compromiso no es respetado, la persona empleadora haya de responder en ese ámbito de las cotizaciones. El apartado 5 de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 así lo contempla, al disponer que:

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.

La regla legal puede dar lugar a disfunciones en su aplicación práctica, porque interpretada en su tenor literal da lugar a resultados en los que no se garantiza la adecuada proporcionalidad entre el incumplimiento y la consecuencia, que es única cualquiera que haya sido la conducta transgresora: el reintegro de todas las cotizaciones objeto de exoneración. Esa configuración se compadece mal con el carácter de garantía nominativa de la cláusula de salvaguarda, que no afecta a todas las personas trabajadoras de la empresa, sino únicamente a las incluidas en el ERTE. Es una protección para cada persona

<sup>34</sup> Vid. STS de 16 de abril de 2014 (rec. 57/2013).

<sup>35</sup> Vid. STS de 24 de septiembre de 2014 (rec. 271/2013).

<sup>36</sup> Vid. SSTs de 11 de diciembre de 2013 (rec. 84/2013), 19 de mayo de 2015 (rec. 286/2014) y 28 de abril de 2017 (rec. 214/2016).

trabajadora, y por ello la empresa deberá reintegrar únicamente las cuotas correspondientes a la persona trabajadora cuyo contrato se ha extinguido ilícitamente, pero no las del resto de personas trabajadoras protegidas por la cláusula de salvaguarda. De lo contrario, la protección de estas otras personas trabajadoras se vería cualitativamente desmejorada, pues desaparecería uno de los mayores obstáculos –económicos– para la empresa en orden a extinguir sus contratos, ya que, aun cuando esos despidos pudieran calificarse también como improcedentes, el coste total ya no se vería incrementado por esa otra partida vinculada a las cotizaciones a la Seguridad Social, que la empresa ya habría tenido que afrontar en todo caso.

Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debería suponer, en primer lugar, una delimitación de la responsabilidad que tomara únicamente en cuenta a las personas trabajadoras afectadas por la decisión empresarial (aunque no lo ha entendido así la Dirección General de Trabajo, que ha apostado por la interpretación literal y por la devolución íntegra de lo ahorrado<sup>37</sup>). Y, en segundo lugar, también debería repercutir sobre el alcance de esa responsabilidad, que ha de modularse en atención a la intensidad del incumplimiento.

En efecto, el precepto exige devolver la «totalidad» de las cotizaciones objeto de exoneración; consecuencia que no parece demasiado acorde con el espíritu de la propia regla, porque castiga más duramente los incumplimientos leves. Probablemente habría sido más razonable acompañar esta regulación de una infracción administrativa por vulneración de la cláusula de salvaguarda, pero desde una perspectiva de protección de la persona trabajadora, y de desincentivo de extinciones contractuales, es cuestionable la eficacia de una regla que penaliza más a quien más tiempo cumple el compromiso, y prácticamente no repercute negativamente en quien lo incumple completamente<sup>38</sup>. Habría sido más razonable introducir una infracción administrativa cuya sanción dependiera del tiempo en el que el compromiso ha sido incumplido, y no a la inversa. De este modo, la vulneración del compromiso pasado 1 mes obligaría a abonar una cantidad equivalente a 5 meses de exoneraciones, mientras que su transgresión cuando resten escasos días para su finalización daría lugar a una penalización mucho más contenida, equivalente a las exoneraciones que se hubieran recibido por esos días.

<sup>37</sup> Vid. <https://graduadosocialmadrid.org/images/PDF/ITSS.pdf>.

<sup>38</sup> La persona empleadora que extingue el contrato de una persona trabajadora en los primeros momentos de vigencia de la cláusula de salvaguarda deberá afrontar una responsabilidad muy reducida, porque el importe de las cuotas exoneradas no resultará elevado. En cambio, quien extinga el contrato ilícitamente en los últimos momentos del plazo de 6 meses deberá hacer frente a una responsabilidad de mucha más envergadura, pese a que, comparativamente, su incumplimiento resulta menos significativo.

## 4. El despido objetivo y colectivo a la luz de las singularidades COVID

### 4.1. Despido por causas objetivas

Las limitaciones a la extinción de contratos introducidas por las normas de emergencia a resultas de la COVID tienen una vigencia temporal acotada y, por más que haya sido extendida –y no sean descartables nuevas prórrogas–, dejarán de producir efectos previsiblemente en algún momento de 2021, pues los incentivos económicos a ellas aparejados no pueden mantenerse indefinidamente. Es previsible que en ese momento muchas empresas no puedan continuar desarrollando la actividad en los mismos términos y se vean obligadas a despedir a personas trabajadoras. Estos despidos objetivos (individuales y colectivos) habrán de tramitarse conforme a la legislación ordinaria (ET y normas de desarrollo), que no ha sido concebida, como es natural, para atender debidamente las singularidades del extraordinario contexto COVID, y que tampoco ha sido adaptada, por lo que resulta imprescindible analizar su adecuación a una nueva realidad, rescatando los criterios jurisprudenciales más pertinentes<sup>39</sup>.

En primer lugar, y como se sabe, el artículo 52 del ET permite el despido cuando concurren «causas objetivas», mencionando, en primer término, la ineptitud de la persona trabajadora conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. Pues bien, aunque no se tiene certeza absoluta sobre las consecuencias a largo plazo de haber padecido COVID, sí parecen haberse constatado clínicamente casos de persistencia de afecciones respiratorias y de pérdida permanente del sentido del gusto o el olfato, circunstancias estas que pudieran ser determinantes en algunas actividades profesionales con exigencias específicas. A nuestro entender, resulta posible despedir a una persona trabajadora por ineptitud derivada de esa secuela permanente cuando no procede la extinción ex artículo 49.1 e) del ET<sup>40</sup>, pues a este supuesto no alcanza la prohibición de despido COVID, cuyo esencial propósito es llevar al ERTE las dificultades empresariales que pudieran justificar un despido, inviable para solventar el caso descrito, ni tampoco la cláusula de salvaguarda, como ya se advirtió (epígrafe 3 c).

<sup>39</sup> En el ámbito del despido disciplinario pueden despertar evidente interés las decisiones derivadas de conductas individuales de la persona trabajadora que supongan riesgo de contagio o extensión del virus en el ámbito laboral, y más aún sanciones por comportamientos extralaborales que la empresa considere irresponsables, a pesar de que no repercuten propiamente en la prestación de servicios. No obstante, estos supuestos pueden encauzarse sin mayor dificultad por los canales sancionadores comunes y no se ven afectados por las prohibiciones y restricciones especiales introducidas en el contexto COVID.

<sup>40</sup> Nótese que no se trata de despedir por la enfermedad en sí misma, pues ya dijimos que este tipo de despido podrá considerarse nulo por el carácter estigmatizante que puede tener la patología, sino de fundamentar la decisión en las reducciones anatómicas o funcionales de carácter duradero que ha provocado y que disminuyen la capacidad laboral de la persona para ese puesto concreto.

La segunda causa legal de despido objetivo se refiere a la falta de adaptación de la persona trabajadora a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. A nadie se le escapa que la COVID puede derivar en modificaciones técnicas del modelo productivo de diversa intensidad, incluida la integración o ampliación de formas telemáticas de prestación del servicio. Sin perjuicio del cumplimiento de las reglas legales, las modificaciones técnicas exigidas por la COVID podrían convertirse en causa válida del despido objetivo si la persona trabajadora no consigue adaptarse a ellas. Ahora bien, la procedencia de un despido por esta causa dependerá de las concretas circunstancias en las que se hayan llevado a efecto las variaciones técnicas (mientras persista la pandemia, claro está)<sup>41</sup>. Cuando los cambios técnicos se refieren a la incorporación de medios telemáticos y, en concreto, a la prestación de servicios a distancia, será determinante cuándo y cómo se ha adoptado la decisión. Si el trabajo a distancia deriva de un acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora en el marco del RDL 28/2020, no será posible el despido por falta de adaptación, pues el artículo 5.2 de esta norma dispone que:

[...] las dificultades para el desarrollo adecuado de la actividad laboral a distancia que estén exclusivamente relacionadas con el cambio de una prestación presencial a otra que incluya trabajo a distancia no serán causas justificativas de la extinción de la relación laboral [...] <sup>42</sup>.

Pero este mecanismo de desactivación de la causa objetiva de despido ahora examinada no alcanza al resto de contextos de prestación telemática de los servicios. En efecto, si el empleo de medios telemáticos para el desarrollo ordinario de todo o parte de la actividad laboral es una decisión impuesta por la pandemia (y no pactada ex RDL 28/2020), la prohibición de despido específica del teletrabajo no entrará en juego<sup>43</sup>. Por tanto, la falta de adaptación de la persona trabajadora a estos cambios tecnológicos podrá justificar la extinción del contrato por causa objetiva (mientras persista la pandemia, claro está)<sup>44</sup>. Lo mismo cabe decir respecto

<sup>41</sup> Con carácter general, el ET exige a la empresa que haya ofrecido a la persona trabajadora el curso formativo correspondiente, y que no se haya producido efectivamente la adaptación a los cambios en el plazo de 2 meses que prevé el precepto.

<sup>42</sup> Es verdad que la ambigüedad de la fórmula legal puede derivar en una interpretación judicial diferente, pero *prima facie* puede adivinarse que el propósito de la legislación es evitar el despido de quien no ha conseguido adaptarse al cambio de la presencialidad al trabajo a distancia, ofreciendo en su caso la oportunidad de retornar a la forma original de prestación laboral. De hecho, el requerimiento para volver al trabajo presencial (lo que se denomina «ejercicio de la reversibilidad al trabajo presencial») tampoco puede justificar la decisión extintiva ex artículo 5.2 de la señalada norma.

<sup>43</sup> Así se deduce de la disposición transitoria tercera del RDL 28/2020 cuando advierte que al trabajo a distancia implantado excepcionalmente en aplicación del artículo 5 del RDL 8/2020 o como consecuencia de las medidas de contención sanitaria derivadas de la COVID-19, y mientras estas se mantengan, le seguirá resultando de aplicación la normativa laboral ordinaria, que como es lógico no contiene esta salvaguarda específica.

<sup>44</sup> Es cierto que la prohibición general de despedir inhabilita la causa ETOP-COVID para los despidos objetivos, pero, en este supuesto, la COVID no habrá sido la causa de despido –como se desarrollará

de los nuevos empleos, diseñados ya en términos de prestación telemática, para los que ninguna restricción en el despido habrá de funcionar cuando la persona trabajadora manifieste de forma sobrevenida su ineptitud para desarrollar la actividad en tales condiciones.

En tercer lugar, las causas ETOP pueden derivar en el despido objetivo de personas trabajadoras, siempre que el número de personas afectadas no exija acudir al despido colectivo, y teniendo en cuenta la prioridad de permanencia de la representación de las personas trabajadoras. Cuando la empresa tramitó un previo ERTE ETOP por causa COVID, esta causa de despido será el desenlace natural si aquella coyuntura de dificultad ha devenido estructural y permanente<sup>45</sup>. Ahora bien, esta posibilidad de reconducción del ERTE al expediente de regulación de empleo (ERE) encuentra hoy en día dos obstáculos: de un lado, la posible cláusula de salvaguarda que proteja a la persona trabajadora integrada en su día en el ERTE durante 6 meses tras el reinicio de la actividad; de otro, que en el contexto del artículo 52 c) del ET rige con plenitud la «prohibición de despido» COVID. Así las cosas, hasta el 31 de enero de 2021, el despido objetivo por esta causa solo será viable por circunstancia ETOP ajena a la COVID, debiendo apostarse, como se desarrollará en el epígrafe final, por una interpretación estricta de causa COVID.

El último motivo que justifica el despido objetivo en la ordenación legal es el relativo a la insuficiencia de consignación presupuestaria, que afecta a los contratos indefinidos concertados por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos finalistas. Esta causa podrá invocarse para la extinción de contratos en la medida en que las restricciones presupuestarias producto de la situación económica se traduzcan

---

en el último epígrafe–, pues la pandemia habrá sido el detonante de la modificación sustancial de condiciones de trabajo impuesta por la empresa en su día a la persona trabajadora para variar el modo de prestación de servicios, pero, una vez modificadas las condiciones, el despido se deberá, única y exclusivamente, a la falta de adaptación de la persona trabajadora a esos cambios, no pudiendo, por ello, extenderse a estas situaciones la «prohibición de despedir» COVID.

<sup>45</sup> Las causas organizativas o de producción se valoran con respecto al ámbito –unidad productiva autónoma, departamento, sección, etc.– en el que es necesaria la amortización de un puesto de trabajo, y no respecto a la totalidad de la empresa (SSTS de 13 de febrero de 2002, rec. 1436/2001; 19 de marzo de 2002, rec. 1979/2001; 21 de julio de 2003, rec. 4454/2002; 29 de noviembre de 2010, rec. 3876/2009; 16 de mayo de 2011, rec. 2727/2010; 8 de julio de 2011, rec. 3159/2010; 25 de mayo de 2015, rec. 72/2014). De otro lado, en las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad es por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por su ámbito causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre las personas trabajadoras (por todas, SSTS de 8 de julio de 2011, rec. 3159/2010; 18 de diciembre de 2012, rec. 1117/2012; 26 de abril de 2013, rec. 2396/2012; 15 de marzo de 2013, rec. 2062/2012; 30 de junio de 2015, rec. 2769/2014; 25 de mayo de 2015, rec. 72/2014; 1 de febrero de 2017, rec. 1595/2015; 26 de septiembre de 2017, rec. 2030/2015).

en una menor inversión en el ámbito público, pero, lógicamente, para ello habrá que esperar a la evolución de la situación económica y a la afectación a las finanzas públicas<sup>46</sup>.

## 4.2. Despido colectivo

La jurisprudencia ha sido determinante en la conformación de los rasgos característicos del despido colectivo y algunos de los criterios ya consolidados pueden resultar de suma utilidad en el contexto COVID, en tanto no se disponga de pronunciamientos específicos sobre las extinciones en la coyuntura de la crisis sanitaria<sup>47</sup>. Es muy pertinente, por tanto, recordar las líneas maestras de la jurisprudencia reciente y conectarlas con el contexto COVID para constatar en qué medida esos criterios pueden ser extrapolados a esta nueva realidad.

Comenzando por la delimitación de las causas, la económica concurre cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación negativa, lo que se entiende acontezca en casos tales como (no es una enumeración exhaustiva): pérdidas actuales o previstas (hechos futuros), o disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas en tres trimestres consecutivos. La referencia a los trimestres –que deben ser consecutivos, aunque no necesariamente los tres últimos trimestres naturales– no supone la necesidad de su concurrencia para apreciar la causa que nos ocupa. Eso sí, se entenderá que la disminución de ingresos es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, con lo que su prueba comporta ya de por sí la causa económica<sup>48</sup>. Si se tiene en cuenta la situación económica de muchas empresas producto de la pandemia, es probable que desde noviembre de 2020 una parte de ellas pueda acreditar las pérdidas continuadas en el intervalo legal señalado<sup>49</sup>. Ese es un contexto que se ha vuelto más complejo con las sucesivas prórrogas de la «prohibición de despedir», que conllevaría la ilicitud del despido

<sup>46</sup> Un último recuerdo, en este punto, al ya inexistente despido por absentismo (derogado primero por el RDL 4/2020 y después por la Ley 1/2020). Con su derogación, por lo que a este estudio interesa, se previenen despidos por inasistencia producto de obligaciones de conciliación (especialmente problemas de escolarización) en el marco del plan MeCuida (que, entre otros propósitos, pretende evitar sanciones, inclusive un despido disciplinario por faltas de asistencia al trabajo ante la necesidad de atender al cuidado de personas a su cargo).

<sup>47</sup> No resulta difícil vaticinar que una porción relevante de nuestro tejido empresarial se verá abocada a la tramitación de ERE como consecuencia del daño que la COVID-19 ha causado en la actividad productiva. De hecho, es muy probable que una parte importante de las empresas que se acogieron en su día a un ERTE ETOP hayan de transformarlo en un intervalo relativamente breve en un ERE por la agravación e insuperabilidad de las circunstancias.

<sup>48</sup> *Vid.* STS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014).

<sup>49</sup> Es cierto que el estado de alarma comenzó en marzo, pero el impacto económico de la COVID se produjo en otros lugares del mundo antes y el efecto que tuvo en algunos de esos países, como China, repercutió en todo el mundo.



colectivo aun cuando la empresa encadenara 9 meses con pérdidas<sup>50</sup>. Sin embargo, la conexión directa de la situación económica con la pandemia, que daba sentido a la prohibición legal, se irá diluyendo y disipando a medida que la dificultad económica se cronifique, adquiriendo, sin duda, tras 9 meses de pérdidas suficiente sustantividad como para hacerla acreedora de la condición de causa específica de despido, desligada de la COVID, y, por tanto, la «prohibición de despedir», incluso aunque se extienda más allá del 31 de enero de 2021, no debería obstaculizar esos procesos de regulación de empleo.

Más compleja puede resultar la aplicación de este argumento a las pretensiones de despido en las que no se acredite esta cronificación. Es cierto que, antes de la pandemia, se había venido entendiendo que la empresa no tenía que esperar necesariamente a mantener las pérdidas durante 9 meses, sino que, si la realidad de la situación económica negativa se manifestaba de forma definitiva y contundente con anterioridad, podía tramitar el despido colectivo. No en vano, la fórmula legal referencia no solo las pérdidas actuales y pasadas, sino también las previstas<sup>51</sup>. En la coyuntura COVID esta doctrina puede colisionar con la «prohibición de despido», con lo que quizá solo pueda extrapolarse a los casos más evidentes de previsión firme de pérdidas<sup>52</sup>, aunque habría de respetar una eventual cláusula de salvaguarda.

Un criterio similar puede emplearse a propósito del resto de causas ETOP. En los casos en los que la empresa se vea obligada al abandono de parte del proceso productivo, o de líneas de producción, al cambio de métodos productivos o sufra de forma persistente faltas graves de suministro, cabe preguntarse si la «prohibición de despedir» impide que estas dificultades se solventen vía despidos colectivos<sup>53</sup>. Si este tipo de decisiones organizativas o técnicas

<sup>50</sup> No es imprescindible que el despido contribuya a la superación de situaciones económicas negativas, sino que es suficiente con que pueda afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo (STS de 12 de junio de 2012, rec. 3638/2011). Además, ante una situación económica negativa, se permite efectuar despidos escalonados (STS de 18 de mayo de 2017, rec. 71/2016).

<sup>51</sup> La justificación de la causa económica no exige un saldo final desfavorable, siempre que la decisión extintiva sea razonable en atención a las circunstancias (STS de 12 de septiembre de 2017, rec. 2562/2015). La jurisprudencia entendía que, aunque este tipo de pérdidas no tenían existencia contable por no ser actuales, si se podía demostrar que eran sencillamente previsibles, podían justificar el despido colectivo, bastando la prueba de la necesidad de extinción de contratos para acomodar la plantilla a esa nueva situación (SSTS de 13 de octubre de 2016, rec. 56/2016, y 25 de enero de 2018, rec. 176/2017). Entre los hechos actuales de pérdida en la producción y la consecuencia prevista de la correspondiente disminución de ingresos ha de existir una relación lógica que lleve a la necesidad de recurrir a extinciones contractuales (SSTS de 13 de octubre de 2016, rec. 56/2016, y 25 de enero de 2018, rec. 176/2017).

<sup>52</sup> *V. gr.*, la pérdida de un/una cliente importante, si ello obliga a reducir drásticamente la producción general de la empresa, pudiera entenderse como causa autónoma justificativa del despido, aunque en su origen dicha pérdida hubiera sido provocada por la pandemia.

<sup>53</sup> Por ejemplo, si ante la drástica disminución de la actividad presencial la empresa adopta procesos y procedimientos telemáticos, es probable que el personal de atención a la clientela (presencial) y cierto personal de mantenimiento de instalaciones quede sin actividad, de modo que las personas empleadas

resultan definitivas e irreversibles, no tiene sentido obligar a la empresa a transitar por un ERTE por el juego de la prohibición de despido (es más, legalmente sería discutible siquiera la opción de tramitar un ERTE para una situación que no es temporal), pues el aplazamiento de la decisión extintiva no exime de continuar costeadando otros gastos (alquileres, sistemas de seguridad, etc.) completamente superfluos en un contexto no productivo, y que lógicamente debería poder eludir si el propósito consiste en cerrar líneas concretas de producción. Dicho de otro modo, pudiera entenderse que la causa técnica, organizativa o de producción ha ganado cierta autonomía en este contexto de la pandemia, hasta el punto de desplazar la «prohibición de despido» COVID.

Sin perjuicio de que se imponga finalmente una interpretación jurisprudencial diferente a la aquí propuesta, resulta evidente que, una vez vencida la vigencia de la «prohibición de despedir», algunos criterios jurisprudenciales previos probablemente seguirán siendo de utilidad para los ERE que se tramiten en los próximos tiempos. Conviene recordar que la empresa habrá de justificar qué puestos pretende amortizar y la razón que la impulsa a ello, tanto en la coyuntura económica como en la técnica, organizativa y de producción, pero el ámbito de esta justificación es diverso según la causa<sup>54</sup>. En efecto, en las causas productivas, a diferencia de las económicas, el ámbito natural de apreciación es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en el que ha surgido la dificultad que impide el buen funcionamiento empresarial<sup>55</sup>. Y esta realidad puede resultar determinante en el contexto

---

que no puedan reconducirse a la prestación no presencial del servicio se incorporarán sin remedio a un ERE (a despidos colectivos plurales ETOP si el umbral de personas afectadas es inferior al que determina la consideración como colectivo).

<sup>54</sup> Tomada la decisión extintiva, la empresa habrá de aportar prueba plena de los hechos que alega como constitutivos de la causa de despido (pérdidas continuadas, descenso de ingresos, etc.), e indicios y argumentos sólidos de la conexión finalista, es decir, de que las extinciones acordadas constituyen una medida adecuada para mantener o mejorar la viabilidad de la empresa o el volumen de empleo. La jurisprudencia ha insistido en que la utilidad de la medida no puede ser objeto de prueba en sentido estricto, porque solo se conocerá el resultado en el futuro, por lo que ha de aceptarse que la empresa presente los indicios y argumentos pertinentes y estos se admitan si no resultan irrazonables o desproporcionados (por todas, STS de 3 de diciembre de 2014, rec. 2253/2013). Una vez acreditada esta relación y presentados indicios de que las extinciones propuestas son un modo racional y proporcional de superar la dificultad empresarial, quien juzgue no debería adentrarse en la valoración de la perfecta oportunidad de la medida. Dicho de otro modo, el juez o la jueza someterá a test la medida desde la estricta perspectiva de la racionalidad y la proporcionalidad, pero no de la optimización (SSTS de 27 de enero de 2014, rec. 100/2013; 15 de abril de 2014, rec. 136/2013; 25 de junio de 2014, rec. 165/2013; 15 de abril de 2014, rec. 136/2013; 23 de septiembre de 2014, rec. 231/2013; 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014; 20 de abril de 2016, rec. 105/2015; 26 de enero de 2016, rec. 144/2015; 20 de julio de 2016, rec. 323/2014; 2 de mayo de 2017, rec. 210/2015; 17 de mayo de 2017, rec. 221/2016; 12 de septiembre de 2017, rec. 2562/2015; 3 de mayo de 2018, rec. 123/2017). La extinción de contratos no debe ser necesariamente la única medida posible, pero sí una que contribuya al fin pretendido. Se consideran ilícitas las decisiones empresariales extintivas que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a las personas trabajadoras (STS de 20 de junio de 2018, rec. 168/2017).

<sup>55</sup> *Vid.* STS de 8 de julio de 2011 (rec. 3159/2010).

COVID, pues si la empresa ha decidido prescindir de parte de sus servicios por la conveniencia sanitaria de rebajar al máximo la proximidad interpersonal, parece evidente que la justificación de la medida quedará constreñida a la concreta porción del proceso productivo, con independencia de lo que acontezca en otros entornos de la empresa y de su situación económica. Lo contrario sucederá en el caso de causa económica, que exige la valoración de los restantes centros de trabajo de la empresa<sup>56</sup>, o incluso del grupo de empresas<sup>57</sup>.

Pero es que incluso este ajuste entre la justificación de la medida extintiva y su ámbito de ejecución tiene trascendencia en la propia regla de cómputo del umbral numérico legal del despido<sup>58</sup>. Deben calificarse como despido colectivo tanto las extinciones de contratos que superan los umbrales legales tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como las extinciones que excedan esos mismos umbrales en los casos en que afecten a un único centro de trabajo siempre que en el mismo presten servicios más de veinte personas trabajadoras<sup>59</sup>. Así, si la medida extintiva se adopta respecto de un único y concreto centro de trabajo<sup>60</sup>, la unidad de referencia a efectos del cómputo del umbral numérico será ese centro de trabajo. Paralelamente, si la empresa opta por el cese completo de la actividad empresarial, deberá tramitar un despido colectivo<sup>61</sup>. No así cuando la decisión afecta a un único centro de trabajo –cierre de un centro de trabajo, que no de la empresa–, pues si los despidos no superan los umbrales numéricos, no constituirán un despido colectivo<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> Vid. STS de 17 de marzo de 2016 (rec. 178/2015).

<sup>57</sup> Lógicamente, lo dicho trasciende también a la información que debe proporcionarse a la representación de las personas trabajadoras, que deberá ser una información relativa al conjunto de la empresa (o incluso del grupo) cuando se alegue una causa económica, pero no necesariamente en el resto de causas.

<sup>58</sup> La jurisprudencia ha elaborado dos criterios esenciales en relación con la regla antifraude que incorpora la norma respecto al cómputo de personas trabajadoras. En primer lugar, el plazo de los 90 días comienza en la fecha de la última extinción computable, pero sin tomar en consideración las extinciones de contratos temporales por vencimiento de plazo o conclusión de la obra (STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 62/2017), salvo que se hubieran celebrado en fraude de ley. Y, en segundo lugar, se considerarán extinciones computables todas las que tienen lugar a instancias de la empresa: bajas incentivadas; despidos disciplinarios improcedentes; despidos sin causa o en fraude de ley declarados improcedentes; extinciones de contratos temporales en fraude de ley; extinciones basadas en causas ETOP con independencia de su calificación, e incluso la extinción decidida por la persona trabajadora debida a un incumplimiento grave y culpable de la empresa (art. 50 ET). Este tipo de extinciones repercute también en el cumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo.

<sup>59</sup> Aunque el precepto legal menciona exclusivamente a la empresa, el TJUE obligó a tener en cuenta también el centro de trabajo como unidad de referencia (STJUE de 30 de abril de 2015, asunto C-80/14). Respecto de la recepción de esa doctrina en la jurisprudencia, *vid.* STS de 14 de julio de 2017 (rec. 14/2017) y 7 de febrero de 2018 (rec. 486/2016).

<sup>60</sup> Por ejemplo, por ubicarse en una zona particularmente castigada por la pandemia o por llevarse a cabo en él una parte del proceso productivo del que se decide prescindir por razones organizativas o productivas.

<sup>61</sup> Es decir, por el cierre del negocio con el consiguiente despido de todas las personas trabajadoras de la plantilla (en número superior a cinco), aunque no se alcancen los umbrales del artículo 51 del ET.

<sup>62</sup> Vid. STS de 13 de junio de 2017 (rec. 196/2016).

## 5. Consideraciones finales: el incierto futuro ante un derecho de emergencia, la profundización de la crisis económica y la indefinición del alcance de la «causa COVID»

Del análisis sistemático precedente se deduce que la «prohibición de despedir», la facilitación e incentivación de los ERTE y la cláusula de salvaguarda nacieron con carácter provisional y aluvional, pero con un mismo propósito e hilo conductor. La «prohibición de despedir» tiene como objetivo conducir a las empresas en dificultades a un ERTE para evitar las extinciones contractuales, mediante su parcial financiación a cargo del erario (vía exoneraciones de cotización) generando, como contrapartida, un compromiso de mantenimiento del empleo durante 6 meses. Solo su consideración en un contexto tan excepcional, de emergencia, como el que vivimos puede justificar una configuración que de otro modo tendría mal encaje constitucional, por violentar la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución española, y poner en jaque las libertades fundamentales en las que se asienta la Unión Europea, principalmente las libertades de prestación de servicios y establecimiento. Dicho de otro modo, fuera de ese contexto tan particular, que impone ciertos sacrificios, quien legisla no puede limitar *sine die* y con carácter general las facultades empresariales para reorganizar la actividad, incluso mediante extinciones de contratos, si concurren causas justificativas suficientes, en particular ETOP.

Precisamente porque la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda nacieron durante el estado de alarma, como un recurso ingenioso, pero desde luego extraordinario, para evitar la destrucción de empleo en un periodo convulso, se diseñaron como medidas a muy corto plazo, apenas unas semanas, conectadas con el confinamiento de la población y sus consecuencias en la economía<sup>63</sup>. La realidad, sin embargo, ha desbordado cualquier previsión y plan, y esas medidas –también las que suponen un cambio de hábitos que inciden directamente en las libertades individuales– han sobrevivido al estado de alarma, suscitando incertidumbres jurídicas de envergadura. Por ello, no solo cabe plantearse si esas restricciones son admisibles fuera del estado de alarma, sino que, en caso de respuesta

<sup>63</sup> Ante una situación coyuntural se aprobaron medidas también coyunturales que debían decaer una vez retornada la normalidad. Así lo explicitaba la exposición de motivos del RDL 9/2020, que partía de la premisa de que:

Tanto las empresas como los sectores económicos y la sociedad, en su conjunto, consideran que estamos ante un momento de enfriamiento de la actividad productiva acotado por la situación excepcional por la que atravesamos, con motivo de la crisis del COVID-19 y, por tanto, que esta situación va a tener una duración limitada y sujeta a un periodo de tiempo concreto.

Se trataba de evitar que las dificultades temporales «no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo», y se priorizasen en sustitución «medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual».

afirmativa, deben precisarse adecuadamente sus límites, en términos de duración e intensidad, porque el sacrificio de alguno de esos derechos, por su carácter fundamental, únicamente es posible si se supera el test de proporcionalidad.

Esa es una valoración que todavía no se ha llevado a cabo con la profundidad y el rigor que merece, y es complejo encontrar el momento oportuno en tanto los riesgos para la salud parezcan tan elevados, pero sí resulta evidente, centrándose en el plano más económico y laboral, que el contexto en el que tales medidas se aprobaron –marzo de 2020– ya no coincide con el actual. En ese momento, no conviene olvidarlo, la «prohibición de despedir», los ERTE y la cláusula de salvaguarda se dirigían a empresas plenamente solventes y que operaban en el mercado sin ninguna particularidad reseñable, pero que repentinamente se vieron afectadas por una decisión de los poderes públicos que impedía el normal desarrollo de su actividad. Era razonable, en ese momento, que una situación aparentemente coyuntural que afectaba a una empresa sin dificultades estructurales no derivase en extinciones de contratos, sino en medidas menos traumáticas, de modo que pudiera reanudarse la actividad en los mismos términos en un futuro inmediato.

Sin embargo, el paso de los meses ha derivado en un escenario muy distinto. Esas medidas ya no son coyunturales, pues se entiende que son necesarias en esta «nueva normalidad» debido al impacto sufrido por el tejido empresarial. El estado de alarma se concebía como un paréntesis, en principio de corta duración, que no dañaría a largo plazo la salud económica general, ni la empresarial en particular. Pero no ha sido así, como demuestra la nueva declaración del estado de alarma en octubre de 2020 (RD 926/2020, de 25 de octubre), y muchos negocios están transitando por dificultades económicas que comprometen seriamente su viabilidad, obligando a sucesivas prórrogas de los ERTE.

Desde luego, ni los ERTE ni la cláusula de salvaguarda presentan dificultades de licitud. El compromiso de mantenimiento del empleo es, a la postre, una contrapartida por disfrutar de beneficios sufragados a costa del erario. Puede cuestionarse el alcance concreto de ese compromiso en ciertos casos, porque el listado de causas de extinción compatibles no es totalmente preciso, pero esas dificultades, de carácter menor y comprensibles por la premura en la elaboración de las normas, pueden compensarse sin excesiva dificultad por vía interpretativa atendiendo al espíritu de la regulación en lugar de a su estricta literalidad. En cambio, la «prohibición de despedir» por causa COVID tiene más dificultades para superar un análisis de proporcionalidad, porque es una limitación nacida en un contexto de emergencia que ha extendido su vigencia sin una justificación clara y cuyo alcance ha perdido las señas de identidad que le eran propias. En efecto, no hay en ella una contrapartida frente a un beneficio, sino una limitación legal, vinculada a una causa pretendidamente coyuntural, que por el momento se ha extendido 10 meses. La duración, que por sí misma podría resultar cuestionable, no es seguramente la mayor dificultad jurídica que suscita esta medida, pues, sin lugar a dudas, los tribunales habrán de afrontar una cuestión más problemática: el alcance de la «causa COVID».

El juego combinado del artículo 2 del RDL 9/2020 y de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 conlleva la ilicitud de la extinción del contrato «como consecuencia del COVID-19» o por causas «relacionadas con el COVID-19». En su origen, marzo de 2020, esas expresiones contaban con un alcance acotado que resultaba aparentemente sencillo de delimitar. Sin embargo, meses después, una buena parte de los avatares empresariales y laborales están «relacionados» con la pandemia. En la mayor parte de los casos resulta imposible desligar las dificultades económicas u operativas de una empresa de la crisis sanitaria. De una u otra manera, todas las dinámicas comerciales, sociales, económicas, e incluso vitales, están hoy condicionadas por la enfermedad COVID y han variado para contener su expansión.

En esos términos, la «prohibición de despedir» por causa COVID contaría con un espectro muy amplio de actuación y absorbería cualquier causa ETOP, porque las dificultades que la empresa pudiera acreditar derivarían de forma mediata o inmediata de la COVID. La labor de los tribunales será determinante, y aunque es complejo predecir cómo se configurará la causalidad, sería deseable una exégesis que tuviese en cuenta la relación estricta y directa de causalidad<sup>64</sup>. Así, por ejemplo, parece claro que no es contraria a la «prohibición de despedir» la extinción decidida por la persona trabajadora al amparo de los artículos 40 y 41 del ET por más que las causas que justifican las modificaciones operadas en la prestación de servicios estén relacionadas con la COVID<sup>65</sup>. Sin embargo, con las causas ETOP, la delimitación puede resultar más compleja, porque es probable que se asuma –o presuma– que concurre relación de causalidad con la COVID por el mero hecho de que la empresa se encuentre en una situación económica negativa, o que necesite introducir adaptaciones técnicas u organizativas, o cambios en los modos de producción. Debería tenerse presente que una situación transitoria o coyuntural que se cronifica pierde su carácter temporal y

<sup>64</sup> Los tribunales del orden social suelen apostar por concepciones amplias para proteger a la persona trabajadora, como sucede en el accidente de trabajo, donde la causalidad directa se ve acompañada de la «ocasionalidad relevante», gracias a la redacción del artículo 156 de la Ley general de la Seguridad Social («con ocasión o a consecuencia»). Esa extensión es más compleja en otros ámbitos, principalmente sancionadores. En el orden penal ya hace décadas se alertó sobre una extensión desmesurada de la causalidad, pues el aforismo *causa causae est causa causati* (la causa de la causa es causa de lo causado) conduce a conclusiones ridículas, como la culpabilidad en el delito de adulterio del carpintero que fabricó la cama (Binding), o en el delito de homicidio de las personas progenitoras de la autora del crimen. Esa teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido superada, y se imponen concepciones más estrictas de la relación de causalidad.

<sup>65</sup> No cabe aducir que sin la pandemia no se habrían producido las condiciones que permiten a la empresa recurrir a las facultades reconocidas en esos preceptos, y que, por tanto, la decisión de la persona trabajadora viene mediatizada con la COVID. La relación existe, pero no es directa, toda vez que la persona trabajadora decide extinguir el contrato no por razón de la COVID, sino de su disconformidad con las nuevas condiciones en las que debe desarrollar su actividad. Sería además incoherente aplicar en estos supuestos la «prohibición de despedir», pues la empresa, ante una situación de dificultad, ha adoptado medidas menos lesivas para la persona trabajadora, que es precisamente el propósito de esta normativa, y de ahí que el resultado de las dos opciones no puede reconducirse a la misma limitación.

se convierte en indefinida, lo que obliga a modificar la perspectiva de aproximación<sup>66</sup>. De este modo, que la COVID haya sido el origen de las dificultades no puede suponer que cualesquiera causas ETOP en el futuro deban entenderse relacionadas con esa enfermedad. Cuando el problema se convierte en estructural pierde esa relación con la COVID y adquiere entidad propia, conduciendo a la aplicación de la legislación ordinaria –estructural si se quiere– en detrimento de la más coyuntural y de emergencia<sup>67</sup>.

En último extremo, conviene recordar que no se produce una congelación absoluta de las facultades organizativas y de dirección de la empresa, sino que las consecuencias se reconducen a un plano sustancialmente económico. La vulneración de la «prohibición de despedir» no conllevará la readmisión obligatoria de la persona trabajadora, sino la declaración de improcedencia, lo que en la mayoría de casos supondrá el pago de una indemnización mayor. Es decir, cuando la causa objetiva existe, el incumplimiento de la prohibición supondrá un incremento de la indemnización ordinaria (de 20 días por año de servicio a 33), sin devolución de cantidades al erario, responsabilidad limitada a la transgresión de la cláusula de salvaguarda. En definitiva, las dificultades de interpretación jurídica de la «prohibición de despedir» resultan más significativas que el desincentivo que supone a la extinción contractual en la mayor parte de casos.

<sup>66</sup> Ese es el criterio que ha utilizado el TJUE para calificar como discapacidad determinadas enfermedades de larga duración, o para descartar el carácter temporal de la interinidad cuando se prolonga en el tiempo sin determinación clara de su final.

<sup>67</sup> La relación de causalidad podría depender del ámbito de aplicación de los ERTE COVID, porque la remisión del artículo 2 del RDL 9/2020 a los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 exige una adecuación absoluta entre la fuerza mayor y las causas ETOP que conducen a un ERTE COVID y las causas que temporalmente se convierten en ilícitas para la extinción del contrato. La remisión hace incoherente una interpretación distinta, por lo que el alcance de esa limitación de las facultades empresariales para extinguir el contrato dependerá de la mayor o menor generosidad de la Administración en la apreciación de esas causas a efectos de la tramitación de ERTE. Las diferencias sectoriales podrían resultar decisivas, pues, si en algún momento determinados sectores no pueden acceder a esa clase de ERTE, habrá que entender que las dificultades que atraviesan ya no derivan de la COVID y dejará de operar la «prohibición de despedir». Es significativo que esta conclusión, aparentemente jurídica, derive de una decisión política y, fundamentalmente, económica, pues en el fondo depende de hasta dónde alcanzan los recursos públicos que permiten seguir exonerando de cotizaciones a las empresas afectadas.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0