Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda del empleo en la legislación social anti-covid

O EL CANON QUE HAN DE SOPORTAR LAS EMPRESAS POR LAS MEDIDAS LABORALES Y ECONÓMICAS PARA MITIGAR EL IMPACTO DE LA PANDEMIA POR COVID-19 / THE PRICE THAT COMPANIES HAVE TO PAY FOR LABOR AND ECONOMIC MEASURES TO MITIGATE THE IMPACT OF THE COVID-19 PANDEMIC
BIB\2021\2406

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. ORCID 0000-0002-2111-0693

Publicación: Revista Española de Derecho del Trabajo, N° 240, Sección Estudios, Marzo 2021

Editorial: Aranzadi

✓ Title

Limits on the termination of employment relationships and job safeguard clause in the anti-covid social legislation

✓ Resumen

La situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19 y el estado de alarma como herramienta jurídico-política activada para frenar la propagación de la enfermedad, han sido el detonante de un reguero de medidas de muy diverso linaje promovidas por el Gobierno para gestionar y mitigar tanto el devastador impacto sanitario de la pandemia como la gravísima crisis social y económica resultante de la misma, cuyos efectos perdurarán más allá de la superación de la crisis sanitaria. Entre esa batería de medidas, sobresalen los expedientes temporales de regulación de empleo, mecanismos de flexibilidad interna incentivados económicamente desde el poder público, hasta límites nunca antes vistos, para preservar el tejido productivo y, por ende, el empleo en un contexto de riesgo real de cierre de empresas y destrucción de puestos de trabajo. Para reforzar la eficacia de esta apuesta institucional por la preservación del empleo en tiempos de pandemia, se han adoptado otros dos instrumentos complementarios: la denominada «prohibición de despedir» por causa COVID y el compromiso de mantenimiento del empleo tras la salida de un ERTE por causas relacionadas con la situación pandémica, cuyo contenido y alcance no se encuentran completamente perfilados en las disposiciones que los alojan, lo que los convierte en fuente de conflictos, no solo durante su vigencia efectiva sino también, previsiblemente, tras su finalización. El propósito de este ensayo es ofrecer las claves que permitan conocer el ámbito de aplicación de tales medidas, las obligaciones reales que comportan para las empresas y las consecuencias que precipita su contravención.

✓ Palabras clave

COVID-19, Expedientes temporales de regulación de empleo, Despidos, Salvaguarda de empleo

✓ Abstract

The health emergency situation caused by COVID-19 and the state of alarm as a legal-political tool activated to stop the spread of the disease, have generated a set of various measures promoted by the Government to manage and mitigate both the devastating health impact of the pandemic and the extremely serious social and economic crisis resulting from it, whose effects will last beyond the overcoming of the health crisis. Among this battery of measures, temporary employment adjustments have acquired great importance, being economically incentivized by the public power, like they have never been before, to protect jobs in a context of real risk of employment destruction. In order to reinforce the effectiveness of this institutional commitment to the preservation of employment in times of pandemic, two other instruments have been adopted: the so-called "ban on firing" due to COVID and the commitment to maintain employment after leaving an ERTE due to COVID -19, whose content and scope are not fully outlined in the provisions that host them, which makes them a source of conflicts, not only during their effective term but also, predictably, after their termination.

The purpose of this essay is to offer the keys that allow us to know the scope of application of such measures, the real obligations that they entail for companies and the consequences that their transgression generate.

Keywords

Temporary employment adjustments, Dismissals, Job maintenance, COVID-19

I. Introducción

Tras la declaración del primer estado de alarma el pasado 14 de marzo de 2020 para gestionar la situación de emergencia sanitaria ocasionada por el SARS-Cov-2, el Gobierno de la Nación puso en marcha una extensa batería de medidas, de muy diversa índole, para apoyar el tejido productivo y social, evitar la destrucción de puestos de trabajo y sostener una base sobre la que impulsar en la mayor medida posible la reactivación de la actividad económica una vez que haya finalizado la crisis sanitaria. La Entre tales medidas, caracterizadas en su justificación oficial como excepcionales y extraordinarias, sobresale la potenciación de que han sido objeto los expedientes temporales de regulación de empleo (ERTES), institución central de la legislación social anti-covid, a la que se han acogido miles de empresas y millones de personas trabajadoras en España; sin olvidar, por su indiscutible relevancia, las moratorias en los pagos de impuestos y cotizaciones a la Seguridad Social, la flexibilización de las prestaciones por cese de actividad para autónomos o la concesión de líneas de crédito con cargo al ICO en condiciones muy ventajosas.

La simplificación que experimenta la tramitación procedimental de los mecanismos de flexibilidad interna -cuya regulación común se aloja en los artículos 47 ET y en el RD 1382/2012- se acompaña de previsiones encaminadas a un doble propósito: a) reducir significativamente los costes económicos que en circunstancias de "normalidad" habrían tenido que asumir las empresas que recurren a este tipo de medidas, para lo que se prevén importantes exenciones -totales o parciales- en la aportación empresarial a las cotizaciones de la Seguridad Social y por los conceptos de recaudación conjunta; b) velar por los derechos de las personas trabajadoras y asimiladas afectadas por los ERTES, a cuyo efecto: 1) se rebajan los requisitos de acceso a la protección por desempleo, reconociendo el derecho a la prestación contributiva por esta contingencia sin necesidad de acreditar el período de ocupación cotizada establecido en la legislación de Seguridad Social; 2) se preserva el derecho a prestaciones futuras mediante la puesta del contador a cero, es decir, considerando como no consumidos los períodos disfrutados durante la situación de regulación temporal de empleo; 3) se considera como cotizado el tiempo de duración del ERTE por COVID-19 para las personas que no tienen derecho a la prestación por desempleo, tales como, por ejemplo, las personas asimiladas a trabajadores por cuenta ajena a las que se refiere la letra c) del apartado 2 del artículo 136 LGSS, considerándolas a estos efectos en situación asimilada a la de alta. Y lo anterior, sin olvidar que el sistema de protección por desempleo se ha visto reforzado también con la incorporación de otras medidas para colectivos vulnerables, cuya actividad laboral y oportunidades de empleo se han resentido singularmente como consecuencia de la pandemia (empleadas/os de hogar, personas trabajadoras fijas discontinuas, del sector de la cultura, personas que han agotado la prestación por desempleo durante el confinamiento...).

Como señala el preámbulo del RDL 24/2020, *"toda la normativa adoptada por causa del COVID-19, cuyo pilar o eje fundamental está constituido por las medidas de flexibilidad interna, de carácter coyuntural, ha tenido por objetivo estabilizar el empleo, evitar la destrucción de puestos de trabajo y sostener el tejido productivo, a través además de una flexibilización de los mecanismos precisos, evitando cargas adicionales innecesarias. Todo ello acompasado con la capacidad de respuesta ante las medidas preventivas necesarias y las decisiones que en materia sanitaria fuesen acordadas por las autoridades competentes"*.

Se trata de medidas que, después de aprobadas, se han visto sometidas a constantes revisiones, con ampliaciones, modulaciones, correcciones y reinterpretaciones, para atender situaciones y necesidades inicialmente no previstas o corregir disfunciones advertidas en su aplicación práctica. El resultado es un panorama normativo extraordinariamente complejo y confuso, debido a la profusión e inestabilidad de unas disposiciones que, por la precipitación con que han sido redactadas y la frecuencia con que se modifican, despiertan numerosas dudas interpretativas y son terreno abonado para la inseguridad jurídica. Por lo que se refiere al objeto de este ensayo, la legislación laboral de la emergencia vinculada a la COVID-19 ha incorporado dos medidas con las que se pretende evitar la destrucción de empleo en el actual contexto en el que, sin embargo, un número importante de empresas se enfrentan, y previsiblemente lo seguirán haciendo cuando pase la pandemia, a graves dificultades para garantizar su viabilidad y conservar los puestos de trabajo. Una de esas medidas, recogida en el art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, es la prohibición, más aparente que real, de realizar despidos y extinciones por causas de fuerza mayor o económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con el Covid-19, que fundamentan ERTES suspensivos o de reducción de jornada; la

otra medida es la cláusula o compromiso de salvaguarda de empleo prevista en la Disposición Adicional Sexta del RDL 8/2020. Mientras que en relación a esta segunda medida sí ha habido una intervención legislativa posterior para concretar (bien que solo parcialmente) su alcance y términos de aplicación, en cambio, la limitación de despedir y extinguir contratos, pese a haber sido prorrogada (como la cláusula de salvaguarda de empleo) hasta en cuatro ocasiones, no ha encajado ninguno cambio ni precisión que permita arrojar luz sobre una regla cuyo laconismo es campo propicio para todo tipo de interpretaciones.

II. La prohibición, más retórica que real, de despedir o extinguir contratos por COVID-19

1. Ámbito material y temporal de afectación

En las primeras semanas de propagación de la pandemia fueron muchas las empresas que optaron por extinguir contratos de trabajo, indefinidos y temporales, como consecuencia del COVID-19, ante la perspectiva de un escenario de dificultades económicas y productivas que prometía dilatarse en el tiempo.

Partiendo de que el objetivo central de las medidas sociales en defensa del empleo establecidas por el RDL 8/2020 y mantenidas, con ajustes, por los decretos-leyes que se han sucedido desde entonces, ha sido mantener a las empresas a flote y conservar los puestos de trabajo en esta "travesía del desierto" por la que nos está haciendo discurrir el SARS-CoV-2, con un elevado coste para las arcas públicas, se comprende -y comparte- que, en su prístina configuración por el legislador de urgencia, la activación de los ERTES y de las medidas sociales que los acompañan cerraran el paso a la posibilidad de apelar durante su vigencia a la crisis del coronavirus para justificar, sobre esa misma base, ajustes definitivos de plantillas. Como la situación de emergencia sanitaria y su impacto social y económico se preveían temporales, las medidas a implementar por las empresas para gestionar la crisis en el ámbito del empleo debían ser igualmente coyunturales.

En esta filosofía bebe la norma contenida en el art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, donde se establece que la fuerza mayor por COVID-19 del art. 22 del RDL 8/2020 y las causas ETOP relacionadas con el COVID-19 del art. 23 RDL 8/2020, habilitantes de ERTES suspensivos y/o de reducción de jornada, "*no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido*". La voluntad del legislador es impedir las extinciones de contratos durante la crisis sanitaria por causa de ésta, ofreciendo los ERTES como mecanismo alternativo a la destrucción de puestos de trabajo ⁽¹⁾.

El legislador de urgencia ha considerado que las causas que justifican estos expedientes de ajuste temporal de empleo no justifican soluciones tan drásticas como las extinciones contractuales y los despidos. Pero ninguna norma ha prohibido realmente los despidos por causa del COVID-19, ni ha establecido una moratoria para que las empresas puedan recurrir a las extinciones contractuales, como sí hizo la legislación italiana de bloqueo de los despidos ⁽²⁾. El citado art. 2 del RDL 9/2020 (medidas extraordinarias para la protección del empleo) rehúye la palabra "prohibir", para, en cambio, expresar de forma explícita que estamos en el terreno de las "causas injustificadas", lo que, como se razonará más adelante, aleja del escenario la caracterización de nulidad que cuadra a los actos contrarios a normas prohibitivas para abocarnos al terreno de la improcedencia ⁽³⁾.

Esta previsión, que nació para estar vigente, en principio, solo durante el estado de alarma, ha sido sistemáticamente prorrogada en las sucesivas ocasiones que el Gobierno ha intervenido para acordar la prórroga de las medidas extraordinarias relacionadas con el COVID-19: por la disposición final segunda del RDL 18/2020, hasta el 30 de junio de 2020; por el art. 7 del RDL 24/2020, hasta el 30 de septiembre de 2020; hasta el 31 de enero de 2021, por el art. 6 del RDL 30/2020; y, por el momento, hasta el 31 de mayo de 2021, por el art. 3.6 del RDL 1/2021.

Obviamente, las extinciones verificadas antes del 28 de marzo de 2020, fecha de entrada en vigor del RDL 9/2020, deberán examinarse bajo los parámetros de la legislación laboral común, prescindiendo, por tanto, del efecto COVID-19.

En cualquier caso, la limitación vigente no supone cerrar la puerta a la eventual actuación, durante este período excepcional de alerta sanitaria, de otras modalidades extintivas desprovistas de conexión directa o indirecta con la COVID-19 (dimisión voluntaria, extinción por mutuo acuerdo, jubilación, despido disciplinario, extinciones por ineptitud sobrevenida del trabajador...), incluidos despidos por fuerza mayor y despidos objetivos o colectivos por causas ETOP, siempre que unas y otras estén desvinculadas de la pandemia por COVID-19 ⁽⁴⁾. No es cierto que en España esté absolutamente prohibido el despido durante la crisis sanitaria. Lo que carecen de justificación son los despidos basados en situaciones de fuerza mayor, así como los despidos colectivos del art. 51 ET y los despidos objetivos por causas ETOP, individuales o plurales, del art. 52.c) ET, siempre que los mismos estén fundamentados en una reducción de demanda o de actividad o en dificultades productivas asociadas a la constricción de la actividad económica que ha traído consigo la pandemia.

Pese a que la redacción de la norma sugiere otra cosa, debe interpretarse que la limitación que se comenta no opera únicamente en relación con los contratos de trabajo integrados en el ámbito de un ERTE por COVID-19, o lo que es igual, solo respecto de

empresas que han acudido a procedimientos de regulación temporal de empleo con fundamento en la crisis provocada por la COVID-19. Su ámbito de afectación es mucho más amplio y alcanza a todas las empresas, con independencia de que estén ejecutando o hayan ejecutado o no un ERTE relacionado con la COVID-19. Se queda corto, en este sentido, el Criterio Técnico de la DGT, de 11 de abril de 2020, cuando viene a delimitar el ámbito objetivo y temporal del referido precepto, señalando que "las causas descritas en los artículos 22- la fuerza mayor temporal por causa del COVID-19- y 23- las causas económicas, productivas, técnicas y organizativas relacionadas con el COVID-19- en ningún caso pueden justificar una extinción o un despido durante dicho periodo *respecto de los contratos suspendidos y en base a las mismas causas*" (la cursiva es mía), quedando así protegido el empleo de manera excepcional en base a la misma circunstancia que determina la adopción de medidas excepcionales, pero "nada impide que desplieguen sus efectos aquellas otras causas de extinción válidas que ninguna relación guarden con el coronavirus y el estado de alarma". Esto último es indiscutible, pero probablemente no lo sea que la limitación resulte aplicable tan solo a las empresas que hayan puesto en marcha ERTES relacionados con el COVID-19 y hayan suspendido contratos por las causas previstas en su normativa específica. Aunque el tenor de la norma no es concluyente, la lectura de la Exposición de Motivos del RDL 9/2020 parece apuntar en la dirección contraria, deduciéndose que la intención del legislador va más allá, y que en cualquier caso las causas justificativas de esos ERTES "*no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación con el empleo*", con lo que incluso aquellas empresas que han podido mantener su actividad sin tener que acometer un ERTE quedan constreñidas por esta limitación y no podrán realizar despidos objetivos o colectivos por causas coyunturales relacionadas con el COVID-19⁽⁵⁾. En consecuencia, la limitación es aplicable a todas las empresas, hayan estado o no en situación de regulación de empleo; cualquier empresa queda dentro del ámbito de aplicación de la norma excepcional y no debe despedir o extinguir los contratos por causa de fuerza mayor o por causas objetivas relacionadas con la COVID-19⁽⁶⁾. Existe, con todo, doctrina judicial que, para aplicar la prohibición del art. 2 del RDL 9/2020, exige que las empresas hayan acudido previamente a un ERTE basado en las causas previstas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020⁽⁷⁾.

Por otro lado, la prohibición "impropia" del art. 2 del RDL 9/2020 despliega su eficacia respecto de cualquier extinción contractual que, aunque formal y aparentemente se cobije bajo una causa admisible de extinción ajena a la COVID-19, realmente obedezca a una situación de fuerza mayor o a causas ETOP asociadas a la pandemia. También en dichos supuestos la persona trabajadora afectada podrá impugnar judicialmente el cese acordado por la empresa por resultar contrario a lo dispuesto en el art. 2 del RDL 9/2020, alegando que la empresa ha procedido en fraude de ley y aportando hechos o indicios que permitan colegir la genuina motivación de la decisión empresarial extintiva.

Asimismo, aunque la literalidad del art. 2 del RDL 9/2020 se refiere únicamente a la limitación de efectuar ceses laborales por las causas de fuerza mayor o causas ETOP en las que se amparan las suspensiones de contratos y reducciones de jornada previstas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, una lectura de la norma en clave evolutiva invita a concluir que la citada prohibición opera igualmente respecto de las causas habilitantes de otras modalidades de ERTE por COVID-19 aparecidas durante la gestión del estado de emergencia sanitaria y que, en realidad, son mutaciones, nuevas variantes o reconversiones de los ERTES primigenios por fuerza mayor, como los ERTE por rebrote, por impedimento o por limitación de actividad, regulados en los reales decretos leyes 24/2020, 30/2020 y 2/2021, pues todos estos mecanismos de ajuste temporal de empleo responden a una misma teleología y deben por ello recibir idéntico tratamiento a la luz del art. 2 del RDL 9/2020.

Desafortunadamente, tras el fin del ERTE o en los meses inmediatamente posteriores, muchas empresas tendrán que acudir a un concurso de acreedores por no poder mantener su actividad. En este caso, el ERTE se transformará con toda probabilidad en un despido colectivo, que deberá ser negociado con la representación legal de las personas trabajadoras y autorizado por el juez mercantil, con derecho a la indemnización de veinte días por año trabajado, con el tope de doce mensualidades, prevista en el art. 51 ET. Dicha indemnización, en el probable caso de que la empresa concursada no pueda afrontar el pago de estas cantidades, irá a cargo de FOGASA, con los límites establecidos en el art. 33 ET.

Pero, sin llegar a la situación extrema del concurso, cabe preguntarse si una empresa que ve agravada su situación económica durante la vigencia de un ERTE por fuerza mayor o causas ETOP relacionadas con el COVID-19, podría realizar despidos objetivos o colectivos por causas ETOP al amparo de los arts. 52.c) o 51 ET, según proceda. En principio, la transición del ERTE a un despido económico, individual/plural o colectivo, sería posible toda vez que la limitación a los despidos y extinciones impuesta por el art. 2 del RDL 9/2020 lo es por las mismas causas que han fundamentado la suspensión o reducción de jornada de los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, causas revestidas de un carácter coyuntural, de modo que si las dificultades económicas o productivas ocasionadas por la pandemia se agravan y estructuralizan, estaríamos ante hechos distintos de los que justificaron el ERTE y no habría motivo para demorar la adopción de medidas más drásticas (despidos) que persigan ajustar el volumen de empleo a la nueva situación de la empresa, incluso como garantía de viabilidad de ésta. Semejante interpretación contaría con el aval de la jurisprudencia social precedente a la situación pandémica, para la cual el despido debe basarse, para ser válido, en una causa

distinta y sobrevenida a la alegada para fundamentar el ERTE; es decir, para que el cese esté justificado, tendrá que haber un cambio relevante de circunstancias que haga inviable la continuidad del negocio⁽⁸⁾. De lo contrario, si ambas decisiones (ERTE y posterior despido objetivo o colectivo) se basan en un mismo hecho (el impedimento o la disminución de actividad por la pandemia), y la empresa no logra acreditar que las condiciones económicas han empeorado significativamente, los despidos no estarán justificados⁽⁹⁾. Pero si son distintas las causas que motivaron la suspensión y las que justifican el despido económico (persistentes pérdidas), y las causas económicas invocadas son anteriores a la declaración del estado de alarma, judicialmente se ha admitido la sustanciación de un despido colectivo por causas económicas durante el período de suspensión de las relaciones laborales a causa de la pérdida de la actividad derivada de las medidas adoptadas como consecuencia del COVID-19⁽¹⁰⁾. A este respecto, conviene recordar que el ERTE se configura como un instrumento para dar salida a situaciones coyunturales de dificultad empresarial, no pudiendo utilizarse en fraude de ley para devengar prestaciones de Seguridad Social (desempleo) cuando la empresa presenta problemas estructurales que la hacen inviable económicamente⁽¹¹⁾.

Ahora bien, incluso si se consigue sortear el veto del art. 2 del RDL 9/2020, la empresa que haya disfrutado de exoneraciones por cuotas durante la vigencia del ERTE se tendrá que enfrentar a un segundo obstáculo, la cláusula de salvaguarda de empleo prevista en la Disposición Adicional Sexta del RDL 8/2020, que la llevará a tener que ingresar retroactivamente la totalidad de las cuotas exoneradas, salvo que pueda acreditar que se enfrenta a un riesgo real de ser declarada en concurso de acreedores.

Asimismo, y en directa relación con este tema, debe señalarse que el art. 5 del RDL 9/2020 incorporó una medida (sucesivamente prorrogada por los reales decretos leyes 18/2020, 24/2020, 30/2020 y 2/2021, este último hasta el 31 de mayo de 2021), también concebida como técnica de salvaguarda y mantenimiento del empleo, la cual se refiere a la interrupción del cómputo de la duración máxima de los contratos de duración determinada cuando se produzca una situación que lleve a la adopción de un ERTE, quedando suspendida su duración mientras se permanezca en el mismo. Con ello, y a tenor del preámbulo del RDL 9/2020, *"se consigue garantizar que los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo y de interinidad, puedan alcanzar su duración máxima efectiva, desplegando plenos efectos, en cuanto a prestación de servicios, la formación que llevan aparejada y la aportación a la actividad empresarial, durante el tiempo inicialmente previsto, de forma tal que la situación de emergencia generada por la crisis sanitaria del COVID-19 no prive a la empresa de su capacidad real para organizar sus recursos"*; y añade: *"Esta es una medida de extraordinaria importancia a fin de evitar que un mercado como el español, con un alto índice de contratación temporal, vea su población asalariada drásticamente reducida"*.

Más concretamente, en el art. 5 del RDL 9/2020 se dispone que la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por éstas⁽¹²⁾. En definitiva, lo que ha hecho el Gobierno es elevar a la categoría de norma de obligado cumplimiento la posibilidad de suspender el contrato temporal por acuerdo de las partes prevista en el art. 7 del RD 2720/1998. Puesto que la norma habla de "suspensión", se colige que no verán interrumpida su duración los contratos de duración determinada afectados por un ERTE de reducción de jornada, dado que en esta variante de ERTE los contratos no quedan interrumpidos.

Queda claro, además, que los contratos temporales de la empresa no incluidos en el ERTE no verán interrumpido el cómputo de su duración, pues en ellos se mantienen las recíprocas obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo, extinguiéndose al cumplimiento de su término, en aplicación de la legalidad ordinaria, y sin que la prohibición del art. 2 del RDL 9/2020 de despedir o extinguir contratos de trabajo por fuerza mayor o causas ETOP relacionadas con la COVID-19 impidan ese desenlace al mediar aquí una causa de finalización propia y exclusiva de los contratos de duración determinada, que no guarda relación con la COVID-19; a no ser, por ejemplo, que tratándose de un contrato para obra o servicio determinado, cuya válida finalización se supedita a la realización de la obra o conclusión del servicio que justificó la formalización del contrato, por la empresa se invoque sin más la terminación de la obra o el servicio para poner fin al contrato pero en realidad la no continuidad de la obra o el servicio esté relacionada con la situación económico-productiva provocada por la COVID-19, en cuyo caso cabría considerar como no justificada dicha extinción.

Ahora bien, la suspensión prevista en el art. 5 del RDL 9/2020 no cierra el paso a que se puedan producir extinciones contractuales en determinados supuestos. El precepto hay que interpretarlo en sus términos estrictos, de manera que lo que se interrumpe es el ingrediente temporal del contrato suspendido, con lo que no será posible la extinción de los contratos temporales mientras estén afectados por el ERTE, reanudándose el cómputo de su duración una vez que finalice el período de suspensión y los trabajadores salgan del ERTE. Pero existen determinadas modalidades contractuales que tienen una causa específica de terminación no vinculada al cumplimiento de un plazo. Y es respecto de estas modalidades contractuales (obra o servicio

determinado, interinidad por sustitución) que su inclusión en el ámbito de aplicación de la medida dispuesta por el art. 5 del RDL 9/2020 resulta problemática y puede generar importantes disfunciones. Es por ello que, como ha precisado la DGT en sendos Criterios Técnicos de 7 y 11 de abril de 2020 (DGT-SGON-863CRA y DGT-SGON-850CRA), si durante el periodo de suspensión, o tras la reanudación de la actividad y durante el periodo "prorrogado" o ampliado, concurriese alguna causa que haga decaer el objeto del contrato, esto es, que le ponga fin de manera válida y objetiva (terminación de la obra o servicio determinado, reincorporación del trabajador sustituido en el contrato de interinidad por sustitución, jubilación total de la persona trabajadora relevada en el contrato de relevo...), se entenderá plenamente eficaz la extinción del referido contrato.

Respecto a las empresas de trabajo temporal, puesto que los contratos mercantiles de puesta a disposición tienen por objeto la cesión de personas trabajadoras para prestar servicios en la empresa usuaria, en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en los que la empresa cliente podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el art. 15 del ET, a dichos contratos les será de aplicación lo previsto en el art. 5 del RDL 9/2020, en el caso de que los mismos fuesen suspendidos por las causas previstas en los arts. 22 y 23 RDL 8/2020, con las precisiones que se han expuesto para algunos tipos contractuales.

La redacción del art. 5 del RDL 9/2020 lleva a entender que el *dies a quo* del período de interrupción coincide con la fecha en que al trabajador temporal lo hayan incluido en el ERTE suspensivo por causas COVID, aunque esa inclusión fuera anterior al 28 de marzo de 2020 (fecha de entrada en vigor del RDL 9/2020). La medida tendría, en consecuencia, efectos retroactivos, ya que otro modo se perjudicaría su finalidad (garantizar la íntegra duración del contrato inicialmente pactada).

Con todo, los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las normas permitirían sostener otra interpretación, dado que hasta el 28 de marzo de 2020 las empresas desconocían que los contratos temporales incluidos en ERTES como consecuencia del COVID-19 debían quedar interrumpidos, y si la extinción se produjo entre los días 14 y 27 marzo, vigente un ERTE, nada habría que objetarles pues se habrían limitado a aplicar la regulación vigente en ese período de tiempo en el que únicamente se contemplaba la interrupción del cómputo por mutuo acuerdo de las partes (art. 7 RD 2720/1998). En definitiva, podría sostenerse legítimamente que la interrupción del cómputo de duración de los contratos temporales a que se refiere el art. 5 del RDL 9/2020 tiene su *dies a quo* en fecha no anterior al 28 de marzo de 2020.

2. Calificación del despido o extinción que se realiza contraviniendo el artículo 2 DEL RDL 9/2020

Pero las incertidumbres en torno a la limitación ex.art. 2 del RDL 9/2020 no se refieren únicamente a su ámbito de aplicación; se plantean también respecto de las consecuencias jurídicas de su contravención. En efecto, las extinciones y los despidos que se verifiquen transgrediendo la interdicción legal ¿serán nulos o improcedentes? La norma nada dice, la exposición de motivos del RDL 9/2020 no arroja luz sobre la anterior incógnita y aún no tenemos doctrina jurisprudencial al respecto. Por el momento, lo que existen son pronunciamientos discrepantes en la temprana doctrina judicial de instancia que ha debido afrontar la interpretación de la norma.

Así, los Juzgados de lo Social núm. 3 de Sabadell (sentencia 93/2020, de 6 de julio ⁽¹³⁾), núm. 29 de Barcelona (sentencia 180/2020, de 28 de julio ⁽¹⁴⁾) y núm. 6 de Oviedo (sentencia 363/2020, de 22 de octubre ⁽¹⁵⁾) han considerado que la nulidad del despido es la consecuencia que procede ante la vulneración de la que impropriadamente se ha denominado prohibición de despido durante el estado de alarma, contenida en el art. 2 del RDL 9/2020. Se acogen para extraer esta conclusión a lo establecido en el artículo 6, números 3 y 4, del Código Civil ("*los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*"; "*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*"), ya que la calificación de improcedencia podría conllevar la infracción de la prohibición establecida al poderse extinguir unilateralmente la relación laboral por voluntad empresarial en virtud del derecho de opción, con lo cual la prohibición quedaría en una mera declaración de intenciones, y defraudada la intención de la norma de potenciar los ERTES como alternativa a los despidos en tiempos de pandemia. A favor de la declaración de nulidad se han posicionado igualmente relevantes comentaristas ⁽¹⁶⁾.

Por el contrario, se han decantado por la improcedencia del despido el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona (sentencias de 10 julio 2020 y 170/2020, de 31 de julio ⁽¹⁷⁾), los Juzgados de lo Social núms. 1 (sentencia 194/2020, de 18 de septiembre ⁽¹⁸⁾) y 3 de Gijón (sentencia 236/2020, de 3 de noviembre ⁽¹⁹⁾), el Juzgado único de Mieres (sentencias 276/2020 y 277/2020, de 26 de octubre ⁽²⁰⁾), el Juzgado de lo Social núm. 1 de León (sentencias 210/2020 y 211/2020, de 22 de septiembre ⁽²¹⁾, y [218/2020, de 1 de octubre](#) ⁽²²⁾), el Juzgado de lo Social 3bis de Ciudad Real (sentencia 286/2020, de 29 de septiembre ⁽²³⁾), el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia (sentencia 146/2020, de 1 de octubre ⁽²⁴⁾), el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona/Iruña

(sentencia 304/2020, de 21 de diciembre ⁽²⁵⁾) o el Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria (sentencia 94/2020, de 8 de septiembre ⁽²⁶⁾). A tenor de estos pronunciamientos –que conforman hasta el momento una clamorosa mayoría frente a los defensores de la nulidad-, el art. 2 del RDL 9/2020 no prohíbe taxativamente los despidos durante la crisis sanitaria (con lo que no entraría en juego el art. 6.3 del Código Civil, que declara nulos de pleno derecho los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas), sino que, simplemente, viene a privar de justificación a las extinciones de contratos de trabajo acordadas de acuerdo con las previsiones marcadas en la misma norma (por fuerza mayor COVID-19 y por causas ETOP COVID-19), lo que determina su improcedencia, quedando la calificación de nulidad restringida a los supuestos previstos en los arts. 51.2, 53 y 55 ET y preceptos concordantes [arts. 108, 122.2 y 124.11 y 13.b) de la LRJS] (vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas y otras causas especialmente graves, relacionadas con infracción de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y con omisiones o defectos de procedimiento en los despidos colectivos). No se produce, por tanto, una genuina prohibición de despedir, cuanto un encarecimiento del coste económico del despido, que pasa de 20 a 33 días de salario por año de servicios, con abono, además, de las cuotas exoneradas, en aplicación de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020.

Esta es, en mi opinión, la interpretación correcta de la supuesta prohibición de despedir contenida en el art. 2 del RDL 9/2020, en comunión con lo sostenido por relevantes comentaristas del precepto ⁽²⁷⁾. A falta de una declaración normativa expresa, la calificación de nulidad debe descartarse porque, de acuerdo con las previsiones del ET, se colige que cuando el legislador ha querido que se produzca tal consecuencia, lo ha previsto de forma expresa. Las causas de nulidad del despido están tasadas legalmente y, en la actualidad, el fraude de ley en los despidos solo determina la nulidad en los casos de despidos objetivos que se realizan por goteo para evitar la procedimentalización de los despidos colectivos. Además, el tenor del citado art. 2 del RDL 9/2020 abonaría una interpretación en tal sentido, pues la limitación se establece considerando que las causas de fuerza mayor y ETOP que permiten acudir a un ERTE por COVID-19 no se pueden entender "como justificativas" de la extinción o del despido, y la consecuencia natural y lógica de la ausencia de justificación, según reiterada jurisprudencia, es la declaración de improcedencia, con independencia del fraude en la actuación empresarial. De acuerdo con esta línea jurisprudencial, cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido, la calificación aplicable es la de improcedencia. Así lo viene manteniendo el Tribunal Supremo a partir de la entrada en vigor del texto articulado de la LPL de 1990 (no modificado en este punto en el texto refundido de la LPL de 1995 ni en la vigente LRJS) que suprimió la categoría del despido disciplinario radicalmente nulo por fraude de ley, despido nulo por inexistencia de causa o por causa ficticia, que creó la jurisprudencia bajo la vigencia de la LPL de 1980 ⁽²⁸⁾. Constituye un exceso deductivo pretender proyectar en este ámbito (calificación del despido) la consecuencia prevista en el art. 6.3 del Código Civil para los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas, cuando el art. 2 del RDL 9/2020 no está redactado como una norma prohibitiva, ni se configuran como imperativas u obligatorias en el RDL 8/2020 las medidas excepcionales previstas en sus arts. 22 y 23. La nulidad sustantiva y la nulidad procesal no se desenvuelven en un mismo plano ni son categorías equivalentes. La legislación laboral ha previsto una categoría *ad hoc*, la improcedencia, para los supuestos de ausencia de causa justificativa en los despidos individuales, objetivos y disciplinarios, cuyos efectos jurídicos son compatibles con lo ordenado por el Convenio 158 de la OIT – que no impone la declaración de nulidad y el restablecimiento de la relación en todos los casos de despido injustificado (modelo de estabilidad real), como acredita lo previsto en su art. 10 ⁽²⁹⁾-, y con lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil, que califica como nulos los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas (si éste fuera el caso), "*salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*".

En lo que respecta a la invocación de fraude de ley o abuso de derecho, aunque se consideren aplicables los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, de ninguno de estos preceptos se colige directamente la nulidad, pues el primero, relativo al fraude de ley, no contempla la nulidad del acto realizado en fraude sino la mera aplicación de la norma eludida ("*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*"); y el segundo, relativo al abuso de derecho, prevé una consecuencia meramente indemnizatoria en caso de daño acreditado ("*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*").

Como razona la STSJ Andalucía/Sevilla, de 19 noviembre 2020 (rec. 1795/2020), "la responsabilidad del empresario nace por la existencia de un sistema causal y por el hecho de que no se ha respetado, de modo que el medio a través del cual se exige al empresario el cumplimiento del programa de prestación ilegítimamente incumplido excede del ámbito de aplicación de los

apartados 3 y 4 del artículo 6 del CC y, por tanto, la nulidad del apartado 3 se circunscribe al acto extintivo y así es distinta de la calificación judicial de nulidad"; y se recuerda que, conforme a la STC 185/2014, no existe "la posibilidad de una interpretación constitucional de la ley, de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención de causa conlleva la nulidad".

Es cierto que el Tribunal Supremo ha rescatado la añeja figura del despido nulo en fraude de ley para considerar nula la extinción colectiva en varios supuestos, si bien cabe señalar que una porción de estos casos se resolvió aplicando una redacción del art. 124 LRJS que todavía no había sido modificada para incluir en ese precepto la expresión "únicamente" al enumerar las causas de nulidad. Así, se ha declarado nulo el despido colectivo cuando el mismo se adopta con la finalidad de evitar las superiores indemnizaciones derivadas de las sentencias dictadas previamente contra el empleador sobre extinción de los contratos de trabajo por falta de abono de salarios o retrasos continuados en el pago⁽³⁰⁾. O cuando el despido colectivo se produce incumpliendo la empresa el compromiso adquirido en anterior ERE suspensivo o de reducción de jornada (pacto colectivo) de no proceder a despedir por causas empresariales durante la vigencia del expediente temporal, sin haber variado las circunstancias que motivaron este último⁽³¹⁾. O cuando se adopta para evitar la aplicación de las previsiones del art. 44 del ET, trasmitiendo un centro de trabajo sin cargas laborales en beneficio de la empresa sucesora⁽³²⁾. En el mismo sentido, pero con referencia al sector público, se ha declarado nulo el despido masivo adoptado por el Consejo Rector de un Consorcio de Unidad Territorial de Empleo, Desarrollo y Tecnológico, para impedir que, una vez desaparecido el mismo por supresión de la financiación que lo mantenía, su personal fuera subrogado por el Servicio Público de Empleo Andaluz tal y como se preveía en la legislación autonómica, con lo que se habría producido una "desviación de poder" materializada en un fraude de ley⁽³³⁾.

Con todo, es muy discutible que esta doctrina pueda expandirse a los despidos individuales sin causa, con ampliación de la consecuencia de nulidad más allá de los supuestos a los que la ley reserva taxativamente esta calificación. En nuestro ordenamiento, las decisiones empresariales antijurídicas son consideradas improcedentes salvo calificación expresa de nulidad, de modo que, a falta de concreción legislativa y de doctrina jurisprudencial que clarifiquen definitivamente este asunto, no se acaba de ver cuál ha de ser la razón que exija, de forma inapelable, prescindir del criterio jurisprudencial tradicional en los despidos por COVID-19⁽³⁴⁾.

En el terreno de lo anecdótico, por su excepcionalidad en el panorama de la doctrina judicial, cabría encasillar, por último, algún pronunciamiento de instancia⁽³⁵⁾ (susceptible de revisión en vía de recurso cuando esto se escribe) que ha calificado como procedente el despido por causas económicas relacionadas con el COVID-19, considerando autónomamente (sin auxiliarse del instrumento de la cuestión prejudicial ante el TJUE) que la limitación contenida en el art. 2 del RDL 9/2020 no es de aplicación por ser contraria al art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea, en el que se dispone que la Unión Europea establecerá un mercado interior que "obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en el crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social". Se afirma en esta sentencia que "una economía de mercado competitiva requiere tanto la protección del derecho de prestación del trabajo como la protección del derecho a la libertad de empresa, derecho, este último reconocido en el artículo 38 de la Constitución y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales", y aunque el magistrado reconoce que la libertad de empresa "se encuentra limitada por los poderes públicos", estima que "la limitación impuesta por los poderes públicos no puede ser de tal índole que vacíe de contenido el derecho e impida la propia actividad". Concluye así que la normativa española, al establecer una prohibición incondicionada a una medida de readaptación empresarial de amplio reconocimiento en todas las economías de la UE y que todas las legislaciones someten a varios requisitos formales, materiales y de compensación -en cuanto que no es una causa imputable al trabajador- "no respeta esa legalidad comunitaria, de establecer un marco común de desarrollo social y económico, por lo que generando derechos subjetivos en los justiciables, merecen la protección y tutela de los órganos jurisdiccionales, como tribunales de la UE".

De entrada, no se comparte la decisión del juez español de inaplicar directamente una previsión legal tan relevante y formalmente en vigor, cuyo acomodo a la legalidad comunitaria se presume, sin haber planteado antes la cuestión de prejudicialidad ante el TJUE (por más que la tesis acogida no sea firme al haber recurso frente a ella), pues no parece tan evidente -como sí le resulta en cambio al magistrado- la contradicción entre el ordenamiento interno y la normativa iuseuropea que reconoce el derecho a la libertad de empresa y, formando parte de ésta, la facultad de las empresas de acudir a medidas de reestructuración empresarial por causas justificadas. Y, por otro lado, debe recordarse que el art. 2 del RDL 9/2020 no establece una prohibición absoluta de despedir o extinguir contratos que ponga en riesgo la viabilidad de las organizaciones productivas y, de paso, la supervivencia de las relaciones laborales; lo que hace es limitar la posibilidad de efectuar despidos por las mismas causas que transitoria y excepcionalmente permiten acudir a expedientes temporales de regulación de empleo generosamente financiados con recursos públicos, como alternativa a la destrucción de puestos de trabajo, correspondiendo al legislador interno, en uso de sus

competencias y respetando las previsiones de derecho internacional y europeo que le vinculan, delimitar la causalidad habilitante del despido, habiendo determinado el ordenamiento español que las situaciones de dificultad empresarial ocasionadas por la pandemia de COVID-19 no revisten, por el momento, ese carácter justificativo.

III. Compromiso empresarial de mantenimiento del empleo tras el ERTE

1. Evolución normativa

En lógica contraprestación por los beneficios que para la empresa representa la posibilidad de acogerse a un ERTE para amortiguar el impacto económico negativo resultante de la situación de emergencia sanitaria ocasionada por la Covid-19, con aplicación de muy importantes incentivos en materia de cotizaciones a la Seguridad Social, amén de la generación de un notable gasto público en concepto de prestaciones por desempleo, el RDL 8/2020 introdujo en su disposición adicional sexta una cláusula de salvaguarda del empleo que rezaba así: "*Salvaguarda del empleo: Las 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 seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad*".

Cabe recordar que el RDL 8/2020 se refiere a medidas extraordinarias en sus artículos 24 (exoneración de cotizaciones en ERTES por fuerza mayor) y 25 (protección por desempleo en ERTES ex. arts. 22 y 23).

Tan escueta formulación legal del compromiso de empleo enunciado suscitó de forma inmediata infinidad de dudas interpretativas, que solo en parte han sido clarificadas por las instancias administrativas competentes y posteriores intervenciones legislativas: esta obligación de mantenimiento del empleo ¿se refiere a todos los trabajadores de la plantilla en el momento de solicitar el ERTE o únicamente a los incluidos en el mismo? ¿Se predica solo de las empresas que hayan solicitado ERTES por fuerza mayor o también a las que hayan acudido a un ERTE por causas ETOP relacionadas con el covid.19, las cuales habrían de reintegrar las prestaciones por desempleo satisfechas? ¿Qué ocurre si la empresa ha presentado un ERTE por fuerza mayor temporal pero no ha solicitado el beneficio de cotización? ¿qué se entiende por mantenimiento del empleo? ¿Cómo se computa el plazo de seis meses? ¿Se activa el compromiso con la reanudación de la actividad a tiempo parcial? ¿Se podrán presentar nuevos ERTES durante la vigencia del compromiso? ¿Sería posible acudir a despidos objetivos o colectivos procedentes en los seis meses posteriores a la finalización de un ERTE por Covid-19? ¿Podían las empresas finalizar contratos temporales que estaban próximos a finalizar o despedir a empleados cuyo cese ya tenían previsto y planificado? En general, ¿por qué motivos se podrá extinguir durante el período de mantenimiento de empleo? El mantenimiento del empleo ¿implica obligación de no extinguir los contratos de trabajo de las personas afectadas por el ERTE o es una obligación general de mantenimiento del nivel de empleo, de manera que los trabajadores cesados pueden ser sustituidos por otros sin que la empresa incumpla por ello el compromiso? ¿Qué efectos se derivan del incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo? En caso de tener que devolver las cuotas exoneradas o incluso las prestaciones por desempleo recibidas, ¿tendría además que abonarse un recargo y/o intereses sobre sus importes? ¿Sería sancionable administrativamente el incumplimiento de esta medida de salvaguarda del empleo? ¿Afectaría el incumplimiento del compromiso de empleo a la calificación de la extinción o el despido?

La referida cláusula de salvaguarda de empleo fue objeto de una primera aclaración legislativa por el RDL 11/2020, de 31 de marzo, a través de su disposición adicional decimocuarta ("*Aplicación de la Disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, a las empresas de los sectores de las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual*"). En relación con lo que ha de entenderse por mantenimiento del empleo, en esa disposición adicional se establece que dicho compromiso deberá cumplirse y verificarse "*teniendo en cuenta las características y circunstancias de la empresa o del sector correspondiente, atendiendo en especial a la estacionalidad o variabilidad del empleo, así como su correspondencia con eventos concretos, acontecimientos u otras especificidades sectoriales como las de, por ejemplo, las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual. Igualmente deberá tenerse en cuenta la normativa laboral aplicable*".

Por otro lado, si bien esta vez la afirmación se recoge en la exposición de motivos del RDL 11/2020, sin traslación explícita al cuerpo de la norma (aunque la intencionalidad es clara), "*el compromiso no se entenderá incumplido cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora*".

En el caso de contratos temporales (esto sí lo dice la DA 14.^a del RD 11/2020), "*el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación*".

Después de unas semanas en las que, como en ocasiones anteriores, el foco de atención se dirigió hacia las instrucciones procedentes de la DGT (desprovistas, conviene recordarlo, de carácter vinculante), el RDL 18/2020 intervino llevando a cabo una

segunda concreción de esta cláusula sobre salvaguarda del empleo a través de su disposición final primera.³, que normativizó en buena medida los criterios de la DGT e incorporó al texto de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 aspectos de flexibilización nuevos, aportados por el Acuerdo Social para la Defensa del Empleo de 11 de mayo de 2020, a instancia de las organizaciones empresariales. La redacción que actualmente exhibe la DA 6.ª del RDL 8/2020 es la que le proporcionó el citado RDL 18/2020.

Posteriormente, el art. 6 del RDL 24/2020 extendió el compromiso de mantenimiento de empleo regulado en la DA 6.ª del RDL 8/2020 (según redacción dada a ésta por el RDL 18/2020) a las empresas y entidades que apliquen un ERTE por causas ETOP vinculadas al COVID-19 del art. 23 RTDL 8/2020 y se beneficien –posibilidad introducida por el RDL 24/2020– de las exoneraciones de cuotas a la Seguridad Social previstas en su art. 4.

Asimismo, el art. 5 del RDL 30/2020 declaró vigentes los compromisos de mantenimiento de empleo adquiridos en virtud de la DA 6.ª del RDL 8/2020 y el art. 6 del RDL 24/2020, en los términos previstos en dichos preceptos y en los plazos recogidos en éstos; e introdujo un nuevo período de salvaguarda de empleo de seis meses para las empresas que se aplicaran las exoneraciones de cuotas previstas en el propio RDL 30/2020 (para ERTES prorrogados en sectores especialmente afectados por medidas sanitarias de contención y nuevos ERTES por impedimento o limitaciones de actividad), cuyo cómputo principiaría, en su caso, una vez finalizado por completo el compromiso de empleo por seis meses que la empresa hubiera adquirido a raíz de un ERTE previo, sin que puedan producirse solapamientos entre ambos períodos, de modo que los compromisos de empleo se van acumulando, no se sustituyen entre sí.

El mismo esquema regulatorio se ha trasladado al RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, que supone una prórroga hasta el 31 de mayo de 2021 de las medidas contenidas en el III ASDE, volcadas en el RDL 30/2020. En lo que se refiere a la salvaguarda de empleo, el art. 3.4 del RDL 2/2021 dispone la prórroga de los efectos del art. 5 del RDL 30/2020, de manera que las condiciones aplicables a dicha salvaguarda, tanto respecto de las exoneraciones disfrutadas con carácter previo a la entrada en vigor del RDL 2/2021, como respecto a las contempladas en el mismo (para los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2021), son las descritas en el citado art. 5. En consecuencia:

Los compromisos de mantenimiento del empleo generados en virtud de los beneficios recogidos en el RDL 8/2020, en el art. 6 del RDL 24/2020 y en el propio RDL 30/2020 continuarán vigentes en los términos previstos en dichas normas y por los plazos recogidos en ellas.

Las empresas que, conforme a lo previsto en el RDL 2/2021, reciban exoneraciones en las cuotas a la Seguridad Social, quedan comprometidas, en base a la aplicación de dichas medidas excepcionales, a un nuevo periodo de seis meses de salvaguarda del empleo, cuyo contenido, requisitos y cómputo se efectuará en los términos establecidos en la DA 6.ª del RDL 8/2020 y en el propio art. 5 del RDL 30/2020.

Si la empresa estuviese afectada por un compromiso de mantenimiento del empleo previamente adquirido, el inicio del nuevo periodo previsto se producirá cuando aquel hubiese terminado, de modo que, como declara la E. de M. del RDL 2/2021, "la cláusula de salvaguarda vuelve a desplegar todo su contenido, lo que implica que las empresas, una vez cumplidos los periodos de 6 meses de salvaguarda de empleo que hubieran adquirido según lo previsto en las normas previas, se comprometen, en virtud de este real decreto-ley, al mantenimiento del empleo durante otro nuevo periodo de 6 meses de duración, cuyo cómputo se inicia una vez finalizados los anteriores en su integridad".

2. Ámbito material de aplicación y exclusiones/adaptaciones del compromiso de mantenimiento de empleo

Aunque en una fase legislativa inicial se vinculó el compromiso de mantenimiento del empleo tan solo a las empresas que se hubieran acogido a ERTES por fuerza mayor ex.art. 22 del RDL 8/2020, por ser los únicos premiados con exención total o parcial de cotizaciones a la Seguridad Social y otras aportaciones de recaudación conjunta –así lo precisaron la DGT y el RDL 18/2020–, con la promulgación del RDL 24/2020 el compromiso alcanza también a los ERTES por causas objetivas relacionadas con la COVID-19, siempre que, en uno y otro caso (fuerza mayor y casusas ETOP), se dé el presupuesto de que las empresas hayan disfrutado de la exoneración de las aportaciones empresariales y las cuotas por conceptos de recaudación conjunta previstas en los reales decretos-leyes 8/2020, 18/2020, 24/2020, 30/2020 y 2/2021, dentro de sus correspondientes plazos. En consecuencia, el compromiso de conservación de empleo no es exigible a las empresas que, habiendo aplicado un ERTE, hayan renunciado a la exoneración de cotizaciones a la que hubieran podido tener derecho con arreglo a esas normas.

La vigente redacción de la DA 6.ª del RDL 8/2020 contempla varios supuestos en los que, bien se exime directamente a las empresas de la obligación de cumplimiento del compromiso de salvaguarda de empleo previamente adquirido, bien se contemplan especialidades o adaptaciones en su cumplimiento y verificación. En ambos casos, la técnica legislativa utilizada

merece reproche por su acusada ambigüedad, que es motivo de importantes dudas interpretativas. Tales excepciones son las siguientes:

a) Supuestos en los que el compromiso de 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". Se trata de una excepción abierta, redactada mediante una formulación indeterminada que introduce no solo una evidente flexibilización del compromiso de empleo, sino también la diferenciación entre distintos sectores en función precisamente de la mayor inestabilidad o precariedad que les caracteriza⁽³⁶⁾. Tampoco se establece que automáticamente será inexigible el compromiso, aunque éste pueda ser el resultado final de la valoración que se lleve a cabo, si bien no parecen descartables soluciones alternativas más acordes con la finalidad de la medida (entre ellas, la interrupción del cómputo del plazo de seis meses de mantenimiento del empleo).

Esta previsión, introducida por el RDL 18/2020, es razonable, pues en aquellas actividades empresariales que presentan un alto componente de estacionalidad o irregularidad en su desarrollo, no siempre será posible garantizar la prestación efectiva de servicios dentro de los seis meses inmediatamente posteriores a la finalización del ERTE, sencillamente, porque no existirá actividad. Pero nótese que la inexigibilidad del compromiso de mantenimiento de empleo se supedita a la valoración de variables tan inconcretas como la concurrencia de "características específicas" en la empresas, la "alta variabilidad" o "estacionalidad del empleo" y el impacto de la "normativa laboral aplicable", sin que el legislador haya identificado los sectores y empresas en que, por concurrir esas circunstancias, procederá la modulación o, en su caso, inaplicación del compromiso, más allá de lo previsto como antecedente en la Disposición Adicional 14.ª del RDL 11/2020, aún vigente, donde se prevé que el compromiso de empleo habrá de cumplirse y verificarse "teniendo en cuenta las características y circunstancias de la empresa o del sector correspondiente, atendiendo en especial a la estacionalidad o variabilidad del empleo, así como su correspondencia con eventos concretos, acontecimientos u otras especificidades sectoriales como las de, por ejemplo, las artes escénicas, musicales y del cinematográfico y audiovisual. Igualmente deberá tenerse en cuenta la normativa laboral aplicable".

Curiosamente, el posterior RDL 18/2020 se ofrece mucho más lacónico e impreciso y, lejos de aclarar las dudas interpretativas que surgieron al calor del ambiguo RDL 11/2020, las ha incrementado al desconocerse qué criterios interpretativos se tendrán en cuenta para determinar la alta variabilidad o estacionalidad en el empleo ni quién y cuándo valorará esas circunstancias, si será el Gobierno mediante un nuevo RDL eximiendo a determinados sectores del cumplimiento del compromiso -norma inexistente hasta la fecha- o si será la TGSS, que no reclamará el ingreso de las cuotas retenidas cuando compruebe si se ha cumplido o no el compromiso de empleo⁽³⁷⁾. Tampoco se ha previsto expresamente que en las empresas con actividades estacionales y discontinuas el plazo de seis meses quede interrumpido por el tiempo que comprenda la suspensión de la actividad por fin de temporada o campaña, lo que sin duda dificulta la adopción de medida de tal clase, pero la norma tampoco la excluye, toda vez que se limita a establecer que el compromiso se cumplirá y verificará teniendo en cuenta las circunstancias que la misma norma considera, con lo que existe un claro propósito, inclinación o preferencia por el cumplimiento del compromiso aunque sea alterando sus términos habituales. Pero también en este caso se ofrece la duda de a quién correspondería realizar esa adaptación del plazo de cumplimiento del compromiso de empleo.

b) No resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento de empleo en aquellas empresas en las concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del art. 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Dicho precepto determina la aplicación de la presunción de insolvencia en aquellos casos establecidos en el art. 2.4 de la Ley 22/2003 ("*s obreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor*"; "*existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor*"; "*alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor*"; "*incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso*"; "*las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades*").

El art. 5.2 de la Ley 22/2003 ha sido sustituido por el art. 5.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en vigor desde el 1 de septiembre de 2020), cuya redacción es la ahora siguiente: "*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*". El art. 2.4 de la nueva Ley Concursal dispone que la solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de insolvencia:

"1.º *La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme.*

2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago.

3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor".

Aunque cierto sector doctrinal ha sostenido que la Disposición Adicional 10.ª del RDL 8/2020, añadida por el ap. 16 de la Disposición Final del RDL 11/2020, extiende la DA 6.ª del RDL 8/2020 a las empresas en concurso ⁽³⁸⁾, no parece que de la redacción de la mencionada DA 10.ª se extraiga esa consecuencia. En la DA 10.ª se establece lo siguiente: "Las medidas previstas en este capítulo para los procedimientos de suspensión de contrato y reducción de jornada por causa de fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, serán de aplicación a las empresas en concurso, siempre y cuando concurren los presupuestos de hecho contemplados en los artículos 22 y 23". Adviértase que el compromiso de mantenimiento del empleo no se integra en el mismo Capítulo (el II) que acoge los arts. 22 y 23 y las medidas excepcionales y extraordinarias anejas a los ERTES con fundamento en tales preceptos, sino en un pasaje muy posterior, la DA 6.ª del RDL 8/2020, silenciada en la DA 10.ª; además, sería ilógico que estando excluidas del compromiso las empresas en riesgo de concurso, no lo estuvieran igualmente (incluso con mayor razón) las empresas concursadas que hayan acudido a medidas de suspensión contractual o reducción de jornada y hayan obtenido los beneficios anejos en materia de cotización.

3. Alcance personal y duración del compromiso

El compromiso de mantenimiento de empleo para la empresa solo es predicable respecto de las personas trabajadoras que hubieran estado afectadas por el ERTE y por las que aquélla se hubiera aplicado exenciones, totales o parciales, en las cotizaciones a la Seguridad Social y demás cuotas de recaudación conjunta; no existe, por tanto, obligación de mantener en su puesto de trabajo a la totalidad de la plantilla.

Ante una obligación tan genérica como es "mantener el empleo", podría interpretarse que el compromiso que adquieren las empresas es el de conservar el nivel o volumen de empleo durante los seis meses posteriores a la reanudación de la actividad. De hecho, es habitual en la legislación laboral el establecimiento del requisito de mantener el "nivel" o "volumen" de empleo para disfrutar o conservar determinadas bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social. Sin embargo, la DGT (Criterio Técnico de 29 de abril de 2020, DGT-SGON-919-CRA) respondió de forma negativa a esta interpretación, confirmando el alcance personal del compromiso, de modo que el mantenimiento de empleo se debe considerar nominativo, sin posibilidad para la empresa de eludir su responsabilidad sustituyendo a un trabajador por otro en el mismo puesto de trabajo, aunque con ello consiga mantener el nivel de empleo ⁽³⁹⁾.

El cómputo del plazo de seis meses se inicia en el momento en que se produzca la "reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla". No se ha de esperar, por tanto, para activar el compromiso de empleo a la reincorporación de la última persona trabajadora a jornada completa, pues el plazo empieza a correr en el preciso instante en que se produce el primer reingreso aunque sea con una jornada reducida.

De la redacción de la DA 6.ª también podría colegirse que el compromiso de mantenimiento del empleo no se activa *uti singuli* para cada persona trabajadora a partir de su reincorporación total o parcial, sino que el periodo de seis meses empieza a correr simultáneamente para todas las personas trabajadoras afectadas por el ERTE, hayan salido o no del ERTE, a partir de la primera reincorporación de cualquiera de ellas. Recuérdese que el precepto se refiere a la reincorporación "aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla". Esta solución es criticable, pues podría darse el caso de que el compromiso de mantenimiento de empleo por seis meses, que se activaría con la primera y singular reincorporación para la totalidad de las personas trabajadoras reguladas de empleo, acabara siendo inefectivo, por consunción del plazo, para las que se reincorporen al trabajo en último lugar (repárese en que todavía hay ERTES del art. 22 RDL 8/2020, que se iniciaron en marzo y están automáticamente prorrogados hasta el 31 de mayo de 2021), lo que sería contrario el efecto útil de la norma.

El cómputo del plazo de duración de seis meses para el compromiso de salvaguarda de empleo conoce dos especialidades, que deben ser tenidas en cuenta por las empresas:

Cuando se trate de ERTES por causas ETOP realizados al amparo del RDL 24/2020, y concurren los requisitos necesarios para la exoneración de cuotas de Seguridad Social, el plazo de seis meses del compromiso comenzó a contar en el mismo momento de la entrada en vigor de dicha norma (26 de junio).

Cuando una empresa se acoja a un nuevo ERTE con derecho a exoneración de cotizaciones, estando todavía afectada por un compromiso de conservación de empleo anterior (v.gr., empresa cuya actividad se clasifique en alguno de los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas –CNAE-09– previstos en el Anexo del RDL 2/2021, que transite, entre el 1 de febrero y el 31 de mayo de 2021, de un ERTE por fuerza mayor del art. 22 RDL 8/2020 a un ERTE por causas ETOP), el periodo de seis meses de conservación de empleo correspondiente al segundo ERTE no sustituye al precedente sino que se pone a continuación del mismo, es decir, comenzará a computar en el preciso momento en el que hubiera finalizado el periodo de seis meses del compromiso anterior al que la empresa venía obligada.

4. Contenido del compromiso

El compromiso que adquieren las empresas que se acogen a medidas extraordinarias de suspensión de contratos o reducción de jornada no ha de interpretarse como una mera declaración de "voluntad" de mantener el empleo, de carácter nudamente programático, sino que tiene contenidos obligacionales concretos, los cuales han sido definidos por el RDL 18/2020, que los ha reforzado con específicas sanciones para la empresa en caso de incumplimiento.

Se considerará incumplido el compromiso si, con las excepciones que se indican más abajo, "se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes". Sin embargo, como se expondrá más adelante, no ha de entenderse que la DA 6.ª del RDL 8/2020 incluya una prohibición de despedir o extinguir contratos de trabajo, cuya vulneración determine la invalidez de dichas extinciones. Entenderlo así supondría caer en el error de confundir el juego de la pseudo-prohibición contenida en el art. 2 del RDL 9/2020 con el compromiso de mantenimiento del empleo que ahora se considera.

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

El compromiso de mantenimiento del empleo durante el periodo de seis meses tampoco se considerará incumplido cuando:

La extinción del contrato de cualquiera de las personas afectadas por el ERTE se deba a: despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, o al fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando éste no suponga un despido sino una interrupción del mismo.

El contrato temporal se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio, o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación. Esta previsión debe cohererse con la medida contenida en el art. 5 del RDL 9/2020, por la que se suspende el cómputo de la duración de los contratos temporales insertos en un ERTE por COVID-19, con las precisiones que ya fueron dichas en relación con la finalización de contratos para obra o servicio determinado y de interinidad.

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

En relación con estas causas de extinción del contrato, conviene emitir las siguientes precisiones:

a) Al no incluirse ninguna especificación, es irrelevante a efectos de determinar el incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo la calificación de los despidos objetivos y colectivos como ajustados o no a derecho, si bien en los supuestos de improcedencia o nulidad, la obligación de mantener el empleo no sufre si la empresa opta por la reconstitución del vínculo laboral, con pago de salarios y cotizaciones a la Seguridad Social. El incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo, y los efectos devolutivos de beneficios de cuotas aparejados al mismo, tienen lugar aunque las empresas que hayan acudido a los ERTES extraordinarios procedan a efectuar extinciones por la vía de los arts. 51 y 52 c) del ET que puedan

considerarse ajustadas a derecho en tanto en cuanto aleguen y acrediten la no recuperación de la actividad anterior o el advenimiento de nuevas circunstancias que descarten el juego de la limitación contenida en el art. 2 del RDL 9/2020.

b) Pese a no figurar expresamente en la lista de exclusiones, parece razonable concluir que la empresa no tendrá que afrontar las consecuencias del incumplimiento cuando los contratos se extingan por fuerza mayor ajena al COVID-19 (v.gr., incendio de la fábrica). Esta interpretación contaría con el aval del art. 1105 CC, donde se establece que "*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*".

c) Además de la fuerza mayor, otras causas de extinción no incluidas en la lista de excepciones tampoco dependen de la decisión de la empresa, individual o compartida con el trabajador, directa o refleja, por lo que se antoja poco razonable que su activación determine incumplimiento (que se presume ha de ser voluntario) del compromiso de mantenimiento de empleo (caso, p. ej., de la extinción instada por trabajadora víctima de violencia de género).

d) En caso de subrogación empresarial, el nuevo titular que ocupe la posición de empresario asumirá las obligaciones inherentes al compromiso de mantenimiento del empleo, por el tiempo que reste del mismo, como efecto derivado del art. 44 del ET, con independencia de que la empresa subrogante se hubiera beneficiado o no de las exoneraciones de cuotas ⁽⁴⁰⁾. En todo caso, el potencial incumplimiento del señalado compromiso de empleo habrá de conjugarse con las reglas generales previstas en el art. 44 del ET en relación con la transmisión de responsabilidades entre empresa cedente y cesionaria ⁽⁴¹⁾.

e) El rigor inicial de la cláusula de salvaguarda de empleo se vio notablemente rebajado tras las negociaciones que desembocaron en el primer Acuerdo suscrito entre el Gobierno y los interlocutores sociales para la defensa del empleo, del que trae causa el RDL 18/2020. Dos medidas, ya estudiadas, apuntan en esta dirección flexibilizadora:

Del compromiso de mantenimiento del empleo quedan exoneradas las empresas en las que concurra riesgo de concurso de acreedores. Estas empresas sí podrán acudir a despidos objetivos o colectivos que afecten a personas trabajadoras previamente incluidas en ERTes por fuerza mayor, sin tener que reintegrar las cotizaciones de las que se vieron dispensadas. La medida es razonable pensando en empresas cuya viabilidad o subsistencia pase indefectiblemente por la necesidad de reducir costes recurriendo a ajustes de plantilla compatibles con su delicada situación económica y productiva.

Se mantiene la regla introducida por el RDL 11/2020 conforme a la cual el compromiso de mantenimiento de 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 en el empleo.

5. Consecuencias del incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo

En cuanto a las consecuencias que se siguen del incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo, la norma las ha circunscrito al ámbito de las medidas de Seguridad Social, sin contemplar impacto alguno sobre la relación de trabajo ni sobre la calificación de la extinción determinante del incumplimiento, que será procedente, improcedente o nula, en función de la causa alegada y, en su caso, acreditada, o de la concurrencia de alguno de los supuestos determinantes de nulidad de la decisión extintiva, de acuerdo con la normativa vigente.

No se comparte la tesis que ha defendido que la vulneración de la cláusula de salvaguarda de empleo conllevaría la declaración de nulidad del despido, con amparo en resoluciones judiciales recaídas sobre despidos realizados mediando incumplimientos de cláusulas de mantenimiento de empleo de origen convencional ⁽⁴²⁾. Este efecto de nulidad no está previsto en la norma (RDL 8/2020, DA 6.ª) que disciplina el compromiso de mantenimiento de empleo, ni en ningún otro precepto del ET o de la LRJS.

Lo anterior no impedirá que, de producirse el despido o la extinción durante la vigencia de la limitación establecida en el art. 2 del RDL 9/2020 (de momento, prorrogada hasta el 31 de mayo de 2021), el cese se conceptúe como improcedente por ausencia de causa justificada, si el mismo obedece a causas de fuerza mayor o causas ETOP vinculadas a la crisis del COVID-19.

Tampoco se ha tipificado el incumplimiento del compromiso de empleo como infracción administrativa sancionable; ni se ha previsto la obligación para la empresa de reintegrar al SEPE las prestaciones por desempleo que hubiera satisfecho a las personas trabajadoras afectadas por el ERTE, al menos por este motivo ⁽⁴³⁾.

En efecto, lo único que se dispone en la DA 6.ª del RDL 8/2020 es que las empresas incumplidoras de 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*". De lo dicho se desprende, conviene insistir en ello, que la cláusula de salvaguarda de empleo no vincula a las empresas que han aplicado medidas de reducción de jornada o suspensiones de contrato por COVID-19 (fuerza mayor o causas ETOP), pero

decidieron renunciar a los beneficios en materia de cotización (que, cabe recordar, precisan solicitud de la empresa), pues nada habría que devolver en dicho supuesto.

Lo que no queda suficientemente claro es el alcance de la devolución de las cuotas de Seguridad Social exoneradas. Es decir, cuando la norma dispone que las empresas incumplidoras "*deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones exoneradas*", ¿se refiere a todas las cotizaciones exoneradas por todas las personas trabajadoras incluidas en el ERTE, con independencia de que hayan sido o no despedidas, o únicamente a las de los concretos trabajadores y trabajadoras cesados antes de cumplirse los seis meses de duración del compromiso? La literalidad de la norma invita a concluir lo primero, que han de reintegrarse la totalidad de las cotizaciones bonificadas durante la vigencia del ERTE, aunque el incumplimiento se refiera a un solo contrato ⁽⁴⁴⁾; refuerza esta conclusión el modo en que se configura el incumplimiento del compromiso, que aparece literalmente "*si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes*", con lo que bastaría el despido de una sola de ellas. Así lo ha sostenido una Nota Informativa de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (divulgada en las redes sociales, con tesis explícitamente avalada por la máxima autoridad del Ministerio de Trabajo y Economía Social), probablemente animada por una finalidad disuasoria y preventiva de eventuales incumplimientos, arguyendo que el acceso por las empresas al generoso paquete de ayudas públicas por ERTES durante la pandemia es incompatible con la decisión de acudir a posteriores despidos.

Pero el resultado de aplicar este criterio puede ser excesivamente oneroso y desproporcionado en relación a la gravedad de la infracción cometida; de ahí que muchas empresas que acuden al ERTE por COVID-19 estén renunciando a la aplicación de las exenciones en cuotas. En efecto, piénsese, por ejemplo, en el caso de una empresa con miles de personas trabajadoras afectadas por un ERTE del artículo 22 RDL 8/2020 que tuviera que devolver, con recargo e intereses de demora, todas las cotizaciones exoneradas (la cifra puede ser altísima) por el simple hecho de haber cesado por ineptitud sobrevenida a un trabajador en el periodo de seis meses siguientes a su reincorporación. Solución tan extrema (el reintegro universal) debe descartarse, porque daría lugar a un enriquecimiento injusto de la Administración, además de no compadecerse con el principio de proporcionalidad que debe informar las actuaciones en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. También se ha argumentado que, desde una perspectiva teleológica, una interpretación extensiva podría tener efectos nocivos para la finalidad de mantenimiento del empleo ⁽⁴⁵⁾, en tanto que la empresa, una vez obligada a restituir todas las cuotas exoneradas, se plantearía con total seguridad la realización de más despidos (y, con ello, la destrucción de más empleo) considerando que las consecuencias serán las mismas ⁽⁴⁶⁾.

IV. Valoración conclusiva

En un contexto de potente intervención del Estado social para preservar el tejido productivo y los derechos de las personas trabajadoras, el "blindaje" de los empleos durante la crisis pandémica se presenta como una opción de política legislativa legítima y razonable. La cuestión es si este enfoque de rígido proteccionismo del empleo puede mantenerse sin paliativos, después de un año de pandemia, particularmente en relación con aquellas estructuras productivas que están subsistiendo artificialmente y solo merced a la asistencia prestada desde los poderes públicos (empresas zombie).

El RDL 9/2020, de 27 de marzo, ha regulado, dentro de las medidas laborales adoptadas para afrontar los efectos provocados por la pandemia de COVID-19, la prohibición de que las causas extraordinarias que fundamentaban la posible suspensión de los contratos a causa de la emergencia sanitaria puedan, a su vez, justificar extinciones de contratos de trabajo o despidos. Simultáneamente, se ha impuesto a las empresas que se hubieran acogido a ERTES de suspensión de contratos o reducción de jornada por COVID-19 el compromiso de no extinguir contratos de trabajo en el plazo de seis meses posteriores a la reanudación de la actividad.

De momento, solo se ha flexibilizado el alcance del compromiso de mantenimiento de empleo para que las empresas en riesgo acreditado de concurso puedan extinguir contratos de trabajo válidamente, alegando causas económicas o productivas, sin tener que reintegrar las ayudas que han recibido por recurrir a medidas de regulación temporal de empleo, o cuando las extinciones se produzcan por determinadas causas (sistema de lista cerrada) no dependientes de la voluntad de la empresa (aunque probablemente no están todas las que deberían estar). Pero ninguna excepción se ha previsto a la norma que impide despedir o extinguir contratos de trabajo por dificultades empresariales relacionadas con la COVID-19, vigente mientras lo estén las medidas excepcionales instrumentadas por el Gobierno para mitigar los efectos negativos de la pandemia (en particular, las exenciones de cuotas).

Sin embargo, puede que haya llegado el momento de reflexionar acerca de si la conservación a ultranza de los empleos continúa siendo la medida más acertada y asumible en todos los casos o si, por el contrario, debería reconocerse a determinadas empresas y organizaciones productivas, para las que la crisis del coronavirus ha dejado de ser una dificultad transitoria, la

posibilidad de acometer reestructuraciones más incisivas que les permita sobrevivir a este "tsunami" y afrontar el futuro con garantías de solvencia, sin tener por ello que ajustar cuentas y renunciar a las ventajas y beneficios disfrutados durante la crisis respecto de la totalidad del personal que hubiera estado regulado de empleo. Una combinación razonable de ponderación, equilibrio de intereses, preservación de derechos, eficiencia, prospectiva y prudencia debería mostrarnos el itinerario a seguir en los próximos meses.

- (1) FALGUERA BARÓ, M.A., *Los ERTes en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, Albacete, Bomarzo, 2020, p. 109.
- (2) CASAS BAAMONDE, M.ª E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "Las medidas laborales y de Seguridad Social en el estado de alarma y en la 'desescalada'", en VV.AA., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (Dirs. y Coords.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 41.
- (3) MOLINA NAVARRETE, C., "La pretendida 'prohibición de cese laboral' en tiempos de Covid-19: 'vicios' de una 'legalidad (administrativa) sin derechos'", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, octubre 2020, núm. 1, p. 91.
- (4) P. ej., la SJS núm. 3 de León 439/2020, de 9 de octubre (autos 366/2020), declara procedente el despido de una trabajadora en aplicación del art. 52.c) ET, porque la decisión empresarial "no puede enmarcarse, en el RD 9/2020, en cuyo art. 2, por cuanto la propia normativa exige que las extinciones tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, y la causa del despido objeto de las presentes actuaciones, no deriva de la declaración del Estado de Alarma, ni trae cusa directa ni indirecta de la COVID-19, no viene precedido de una suspensión de contrato ni reducción de jornada, ni trae causa en la situación sanitaria provocada por la COVID-19, sino en la pérdida del cliente principal de la empresa demandada". Como sostiene la SJS n.º 3 Pamplona/Iruña 304/2020, de 21 de diciembre: "Por lo tanto, fuera de los concretos supuestos a que se refieren los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, la empresa sí que podrá comunicar o decidir despidos y extinciones de contrato de trabajo con fundamento en otras causas. Con este entendimiento la medida extraordinaria de protección del empleo de que se trata no comprende cualquier otro supuesto de extinción del contrato que no se funde en lo que podemos denominar causas COVID-19".
- (5) JURADO SEGOVIA, A., "Sobre la 'incierto' limitación de despedir por 'causas empresariales' relacionadas con el Covid-19", *El Foro de Labos*, 3 junio 2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/06/sobre-la-incierto-limitacion-de.html>.
- (6) SJS n.º 3 Pamplona/Iruña 304/2020, de 21 de diciembre (autos 637/2020).
- (7) En este sentido, SJS n.º 2 Salamanca 221/2020, de 21 de octubre (autos 444/2020) y SJS n.º 1 León 218/2020, de 1 de octubre (autos 253/2020).
- (8) Sobre la posibilidad de realizar despidos económicos estando aún vigente un ERTE, la STS de 17 julio 2014 (rco. 32/2014), con cita de las SSTs de 12 marzo 2014 -rcud. 673/2013- y 16 abril 2014 (rco 57/2013), sostiene que "ello exigirá, que concurra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión". Y en la misma dirección ha indicado el TS que el pacto colectivo sobre suspensión de contratos impide su desconocimiento, revisando el acuerdo suspensivo por aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*», si no se ha producido un cambio radical y la gravedad de la crisis, así como su carácter estructural, eran notorias (STS 18 marzo 2014, rco. 15/2013).
- (9) En este sentido, STSJ Asturias, de 26 octubre 2020 (rec. 27/2020), declarando nulo el despido colectivo basado en las mismas causas que el ERTE (cierre del local por declaración del estado de alarma), con incumplimiento por la empresa de su obligación de entregar la documentación exigida y necesaria para un adecuado conocimiento en la negociación.
- (10) STSJ Andalucía/Sevilla de 29 de octubre de 2020 (rec. 21/2020), que declarará nulo el despido colectivo, no por ausencia de concurrencia de causa, sino por deficiente sustanciación del período de consultas.
- (11) Así, la [STS de 9 septiembre 2020](#) (rec. 13/2018), viene a confirmar una Sentencia de la Audiencia Nacional que anulaba un ERTE –y ordenaba a la empresa a devolver las prestaciones de desempleo recibidas por los trabajadores- por estar solicitado por una empresa cuya situación económica negativa no era coyuntural, sino que tenía problemas estructurales que el ERTE no era capaz de solucionar.
- (12) Conviene aclarar que la norma habla de interrumpir el cómputo; por tanto, no es que haya que ampliar la duración del contrato, una vez que el trabajador temporal haya salido del ERTE, por un tiempo igual al que estuvo regulado de empleo, sino que tendrá lugar la reactivación del cómputo de duración del contrato por el tiempo que reste de vigencia al mismo en la fecha en que resultó afectado por el ERTE. Por ejemplo, un trabajador con contrato eventual concertado por tres meses, que el día 14 marzo llevaba cumplidos 2 meses y medio. Lo incluyen en un ERTE suspensivo por fuerza mayor ese mismo día. Una vez que el trabajador salga del ERTE para incorporarse al trabajo, el contrato durará 15 días para que el tiempo de trabajo efectivo sea de tres meses.
- (13) Autos 316/2020.
- (14) Autos 349/2020.
- (15) Autos 305/2020.
- (16) FALGUERA BARÓ, M.A., *Los ERTes en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, Albacete, Bomarzo, 2020, pp. 107 y 110.
- (17) Autos 348/2020.
- (18) Autos 277/2020.
- (19) Autos 316/2020.
- (20) Autos 390/2020 y 391/2020.
- (21) Autos 261/2020 y 331/2020.
- (22) Autos 253/2020.
- (23) Autos 234/2020.

- (24) Autos 281/2020.
- (25) Autos 637/2020.
- (26) Autos 216/2020.
- (27) LAHERA FORTEZA, J., "Flexiseguridad laboral en la crisis del coronavirus", en VV.AA., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (Dirs. y Coords.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 206; ROJO TORRECILLA, E., "Emergencia sanitaria y legislación laboral. ¿Qué respuestas a la crisis? Análisis de la normativa dictada en España", en VV.AA., RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E. (Dirs. y Coords.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, cit., p. 150, considera como más probable la vía de la declaración de improcedencia, pero expresa sus dudas en tanto que con esta calificación se habría vaciado de contenido real y útil la norma que pretende justamente que no se produzcan tales despidos o extinciones. Asimismo, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "La extinción del contrato en el marco de la pandemia: reacciones judiciales al art. 2 RD-Ley 9/2020 y despidos colectivos en tránsito de ERTE a ERE", en el blog del autor *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 16 diciembre 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/12/16/la-extincion-del-contrato-en-el-marco-de-la-pandemia-reacciones-judiciales-al-art-2-rdley-9-2020-y-despidos-colectivos-en-transito-de-erte-a-ere>, p. 4/13, para quien del art. 6.3 CC no se colige que la responsabilidad empresarial por un acto contractualmente ilícito sólo pueda exigirse *in natura* (readmisión), impidiendo la compensación por equivalente (indemnización). Por su parte, PRECIADO DOMENECH, C.H. (coord.), POYATOS I MATAS, G. y SEGALÉS FIDALGO, J., *Derecho laboral y de la Seguridad Social COVID-19. Manual para juristas de trinchera*, Bomarzo, Albacete, 2020, pp. 69 y 70, consideran que los despidos individuales que contravengan el art. 2 del RDL 9/2020 serán improcedentes, como mínimo, y nulos los despidos colectivos.
- (28) Esta línea jurisprudencial comienza con la STS de 2 de noviembre de 1993 (rec. 3669/1992), y continúa en SSTS de 19 de enero de 1994 (rec. 3400/1992), 23 de mayo de 1996 (rec. 2369/1995), 30 de diciembre de 1997 (rec. 1649/1997), 29 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2069), 11 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 2884), 29 de septiembre de 2014 (rec. 3248/2013) y 5 de mayo de 2015 (rec. 2659/2013).
- (29) En este precepto del Convenio 158 OIT se establece que "Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada". Por tanto, como ha explicado MOLINA NAVARRETE, C., "La pretendida 'prohibición de cese laboral' en tiempos de Covid.19...", cit., p. 96: "La falta de causa suficiente para despedir –norma imperativa– convierte en antijurídica la decisión, pero no determina el tipo y efectos de esa antijuridicidad, que pueden ser múltiples, según cada régimen legal y su comprensión jurisprudencial concretos".
- (30) STS 4.ª de 29 diciembre 2014 (RJ 2014, 6891).
- (31) La doctrina puede verse en la STS 4.ª de 12 marzo 2014 (RJ 2014, 2226) y es reiterada en varias posteriores, como SSTA 4.ª de 26 marzo 2014 (RJ 2014, 3840), 16 abril 2014 (RJ 2014, 3079), 24 septiembre 2014 (RJ 2014, 5761) o 23 mayo 2015 (RJ 2015, 3834). En ellas se matiza que, aunque esté en vigor un ERTE, puede activarse un despido colectivo "siempre que concurra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante en referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión".
- (32) En este caso, la condena solidaria alcanza a las empresas interviene en la transmisión: STS 4.ª de 18 febrero 2014 (RJ 2014, 2769).
- (33) STS 4.ª de 17 febrero 2014 (RJ 2014, 2071) y 16 abril 2014 (RJ 2014, 3278).
- (34) Razona en este sentido la SJS n.º 3 Pamplona/Iruña 304/2020: "La doctrina que mantiene la nulidad del despido en estos supuestos, con algún precedente judicial, entronca con una visión tuitiva del Derecho laboral de la crisis COVID-19 para la protección eficaz del empleo en un contexto en el que concurren circunstancias extraordinarias. Se trata perspectiva axiológica a la que este Magistrado se pueda adherir desde el punto de vista de la prelación de los derechos y bienes jurídicos enfrentados y dignos de protección por el ordenamiento jurídico, pero que, sin embargo, no consideramos resulte clara en el estado actual de la jurisprudencia porque resucita la categoría del despido fraudulento nulo, sin tener en cuenta que el Tribunal Supremo, para los despidos sin causa y los despidos fraudulentos (salvo, debemos insistir, en determinados supuestos de despidos colectivos, en los que está en juego el derecho de negociación colectiva y el de libertad sindical y las propias previsiones legales del art. 124 de la LRJS al regular 5 JURISPRUDENCIA la nulidad), tiene declarado que el pronunciamiento que corresponde es el de la improcedencia".
- (35) Sentencia 283/2020, de 15 diciembre 2020, del JS Barcelona n.º 1, autos 581/2020.
- (36) BAYLOS GRAU, A., "El Acuerdo Social en el BOE: el RDL 18/2020 de medidas sociales en defensa del empleo", miércoles, 13 de mayo de 2020, <https://baylos.blogspot.com/2020/05/el-acuerdo-social-en-el-boe-el-rdl.html> (última consulta: 29-12-2020).
- (37) MERCADER UGUINA, J.R., "El RD Ley 18/2020 y la 'nueva' concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas", *Foro de Labos*, 28 mayo 2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html> (última consulta: 29-12-2020).
- (38) FALGUERA BARÓ, M.A., *Los ERTEs en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, Albacete, Bomarzo, 2020, p. 96; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., "La cláusula de salvaguarda del empleo (DA 6.ª RD Ley 8/2020): guía interpretativa para su aplicación", en el blog del autor *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2020/12/06/la-clausula-de-salvaguarda-del-empleo-da-6a-rdley-8-20-guia-interpretativa-para-su-aplicacion>, p. 12/30 (última consulta: 29-12-2020).
- (39) GODINO REYES, M. (coord.), *Expediente de Regulación Temporal de Empleo. Instrumento fundamental en la crisis del COVID-19*, Francis Lefebvre, Claves Prácticas Laborales, Madrid, 2020, p. 82.
- (40) El Criterio Técnico de la DGT de 29 de abril de 2020 (DGT-SGON-919-CRA) sostiene que la jubilación del empresario, con subsiguiente extinción de los contratos de trabajo, determina el incumplimiento del compromiso de empleo; pero si, producida la jubilación continuase la actividad mediando subrogación, sería al nuevo titular que ocupa la posición de empresario al que corresponderá cumplir el compromiso de mantenimiento del empleo.

- (41) BARRIOS BAUDOR, G., "Subrogación empresarial en situación de ERTE por fuerza mayor COVID-19", documento consultado en <https://www.asnala.com/media/docs/corona/393-Estudio-sobre-subrogacion-empresarial-ERTEs.pdf> (última consulta: 29-12-2020).
- (42) FALGUERA BARÓ, M.A., *Los ERTes en la legislación extraordinaria...*, cit., p. 106.
- (43) Sí cabría una eventual restitución de las prestaciones por desempleo indebidamente generadas a partir de una suspensión de contratos o reducciones de jornada, sin conexión suficiente con la causa de fuerza mayor alegada, o por no resultar necesaria, conforme a lo establecido en la DA 2ª del RDL 9/2020. Lo anterior, sin perjuicio de su posible punibilidad administrativa de acuerdo con la modificación de la LISOS en virtud de la DA 3.ª del RDL 15/2020.
- (44) MERCADER UGUINA, J.R., "El RD Ley 18/2020 y la 'nueva' concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas", *Foro de Labos*, 28 mayo 2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html>.
- (45) FALGUERA BARÓ, M.A., *Los ERTes en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, cit., p. 104.
- (46) RUEDA MONROY, J.A., "La cláusula de salvaguarda del empleo", en VV.AA., VILA TIerno, F. (dir.) y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coord.), *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Laborum, Murcia, 2020, p. 96.