

## Foro de Actualidad

España

# LÍMITES Y RESTRICCIONES A LA EXTINCIÓN DE CONTRATOS DE TRABAJO DURANTE LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19

Álvaro Navarro Cuéllar y Paula Alonso Barrera

*Abogados del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)*

### **Límites y restricciones a la extinción de contratos de trabajo durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19**

*Una de las cuestiones laborales que mayor interés jurídico está suscitando durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 es la limitación normativa a extinguir contratos de trabajo. El presente foro de actualidad pretende exponer y analizar las actuales restricciones a la extinción de contratos de trabajo, sus respectivos ámbitos de aplicación y las consecuencias de sus incumplimientos, pese a la opacidad normativa y la incertidumbre judicial en la materia.*

#### **PALABRAS CLAVES:**

DESPIDOS, EXTINCIONES DE CONTRATOS DE TRABAJO, COVID-19, MANTENIMIENTO DEL EMPLEO, EXONERACIONES DE CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL, ERTE.

### **Limits and restrictions to terminate employment contracts during the COVID-19 sanitary crisis**

*One of the labour-related issues that is arousing the highest legal interest during the COVID-19 sanitary crisis is the regulatory limitation to terminate employment contracts. This article aims to explain and succinctly analyse the current restrictions on termination of employment contracts, their respective scope of applications and the consequences of their breaches, despite the regulatory opacity and the judicial uncertainty on the matter.*

**KEY WORDS:**

DISMISSALS, TERMINATIONS OF EMPLOYMENT CONTRACTS, COVID-19, MAINTENANCE OF EMPLOYMENT, EXONERATIONS OF SOCIAL SECURITY CONTRIBUTIONS, COLLECTIVE PROCEDURE TO SUSPEND CONTRACTS OR REDUCE THEIR WORKING TIME.

**FECHA DE RECEPCIÓN:** 30-1-2021

**FECHA DE ACEPTACIÓN:** 7-2-2021

Navarro Cuéllar, Álvaro; Alonso Barrera, Paula (2021). Límites y restricciones a la extinción de contratos de trabajo durante la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 55, pp. 151-161 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

---

La crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha obligado al legislador a aprobar, en un periodo de tiempo muy breve, numerosas medidas legislativas para combatir o, al menos contener, sus perjudiciales efectos en la economía española y en nuestro mercado de trabajo.

En este sentido, es destacable que desde el pasado 14 de marzo de 2020, fecha en la que se declaró el estado de alarma en nuestro país (mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19), hasta la actualidad, se han dictado más de quince normas con contenido laboral de gran relevancia, ampliando y completando la legislación laboral en numerosos aspectos, aunque a veces de forma ambigua y mejorable.

Dicha ambigüedad se explica, entre otros motivos, por la repentina pérdida de actividad económica y laboral y por la consiguiente necesidad de adoptar medidas inmediatas a través de una legislación de urgencia.

Buena parte del esfuerzo legislativo subyacente a la normativa laboral aprobada desde el 14 de marzo de 2020 gira en torno a dos pilares: el primero, la salvaguarda de la actividad productiva y, con ella, la supervivencia del tejido empresarial español, mediante la aprobación de normas que facilitan el acceso a medidas coyunturales como la suspensión colectiva de contratos de trabajo y la reducción temporal y colectiva de jornadas de trabajo (los "ERTEs") con la posibilidad de acogerse a exoneraciones de cuotas de Seguridad Social.

El segundo, la salvaguarda y la protección del empleo, mediante la imposición de restricciones a la extinción de contratos de trabajo o mediante la aprobación de medidas complementarias como, por ejemplo, la interrupción del cómputo de la duración de los contratos de trabajo temporales que se hubieran suspendido durante los ERTEs.

Como ya se ha anticipado, muchas de esas normas podrían haber sido más precisas, en especial las que atañen a las restricciones o limitaciones existentes en materia de despidos o extinciones de contratos de trabajo. Por este motivo, el análisis de estas limitaciones en el presente foro de actualidad se realiza con gran cautela ante lo que, previsiblemente, continuará siendo un escenario de producción y evolución normativa sin parangón.

Lo anterior se ve agravado por la delgada línea que separa la coyunturalidad sobre la que se asienta la normativa laboral de urgencia de la que, transcurridos diez meses, se está tornando en una causa de naturaleza estructural, pues si bien se espera que la crisis sanitaria y su incidencia directa en el mercado de trabajo se atenúe progresivamente, la crisis económica resultante de la pandemia se recrudecerá.

En definitiva, en el actual contexto las empresas desearían que se eliminaran o, al menos matizaran, las limitaciones o restricciones a extinguir contratos de trabajo, cuyo análisis jurídico se expondrá a continuación. Esta misma reflexión es la que la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) ha defendido sin éxito en los encuentros que ha mantenido con el resto de agentes sociales para acordar la quinta prórroga de los ERTes, hasta el próximo 31 de mayo de 2021.

## 2. La limitación a los despidos

La comúnmente llamada prohibición de despedir, que más que una prohibición se trata de una limitación a realizar determinados tipos de despidos vinculados con el COVID-19, apareció en nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto-ley 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 (el "RDL 9/2020"). El artículo 2 del citado Real Decreto-ley, que lleva por título "*Medidas extraordinarias para la protección del empleo*", dispone lo siguiente: "*La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido*".

Originariamente, esta limitación de despedir desplegaba sus efectos únicamente hasta el 30 de junio de 2020. Sin embargo, se ha ido prorrogando mediante sucesivos reales decretos leyes, siendo el último de ellos, a la fecha de este foro de actualidad, el Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (el "RDL 2/2021"), cuyo artículo 3.6 extiende la vigencia de la limitación de despedir hasta el 31 de mayo de 2021.

### 2.1. Limitación causal de los despidos

La limitación a la realización de despidos, en su vertiente individual o colectiva, se circunscribe únicamente a aquellos cuyas causas justificativas sean coincidentes con las que el legislador de urgencia habilitó para acometer los ERTes excepcionales que se regularon para combatir los efectos del COVID-19 en el mercado de trabajo, esto es, la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas —también conocidas como causas objetivas— derivadas de la pandemia.

La fuerza mayor, en este contexto, se define en el artículo 22 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 (el "RDL 8/2020") como toda pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19

que implique, entre otras, la suspensión o cancelación de actividades, el cierre temporal de locales de afluencia pública, las restricciones en el transporte público o de la movilidad de las personas o mercancías, la falta de suministros que impida continuar con el desarrollo de la actividad, situaciones urgentes y extraordinarias ocasionadas por el contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretadas por la autoridad sanitaria.

Por su parte, las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas no podrán entenderse como justificativas del despido de un trabajador si se encuentran *“relacionadas con el COVID-19”*, tal y como se prevé literalmente en el artículo 23 del RDL 8/2020. Esta previsión normativa tan escueta pero de tan amplio alcance ha provocado una gran inseguridad jurídica en el tejido empresarial español, además de haber reducido sustancialmente su margen de maniobra para adaptar sus recursos a las circunstancias concurrentes.

Sin perjuicio de lo anterior y a pesar de que el marco regulatorio vigente no es, como se puede apreciar, favorable a las extinciones de contratos de trabajo, las empresas no están impedidas de realizar despidos individuales o colectivos ante la concurrencia de otras causas. Por ello, no constituye un incumplimiento a la limitación de los despidos aquí descrita, la realización de despidos por causas disciplinarias o de despidos objetivos individuales o colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que no guarden relación directa con la situación del COVID-19.

## 2.2. Empresas afectadas por la limitación

Al contrario de lo que sucede con el compromiso de mantenimiento del empleo que, como se verá más adelante en este foro de actualidad, sólo despliega sus efectos sobre aquellas empresas que hayan acometido ERTes excepcionales y, además, se hayan beneficiado de las exoneraciones de cotizaciones de Seguridad Social asociadas a los mismos, esta limitación o restricción a realizar despidos o extinguir contratos de trabajo por causas vinculadas con el COVID-19 es de aplicación a todas las empresas, con independencia de su actividad y del sector en el que operen.

Lo anterior supone que a aquellas empresas que no hayan recurrido a la aplicación de un ERTE excepcional —ya sea de fuerza mayor o por causas objetivas— o que habiendo recurrido a la aplicación de dicha medida de flexibilidad interna, hayan optado por no beneficiarse de las exoneraciones de cuotas de la Seguridad Social, les resultará de aplicación la limitación para despedir pero no así el compromiso de mantenimiento del empleo.

## 2.3. Calificación de las extinciones que vulneren la limitación a despedir

Como prueba de la ambigüedad de la que venimos dando cuenta, la interpretación del artículo 2 del RDL 9/2020 está siendo muy cuestionada por los distintos operadores jurídicos, así como por las empresas que, necesitadas de realizar despidos ante la actual coyuntura social y económica, se enfrentan a un panorama judicial de gran disparidad interpretativa. Y ello porque existen múltiples resoluciones judiciales que analizan despidos —tanto individuales como colectivos— que incumplen la limitación a los despidos, dando lugar a numerosas opiniones doctrinales y de magistrados del orden social sobre el particular, sin que sean coincidentes.

A falta de mención expresa por la propia norma sobre la calificación que merecen los despidos vinculados con el COVID-19 y, por tanto, realizados incumpliendo la limitación promulgada a tal efecto, un sector de la doctrina científica y judicial considera y declara que deben calificarse como improcedentes, mientras que otro sector afirma que deben calificarse como nulos.

Como es sabido, la diferencia entre ambas calificaciones no es baladí y radica en la elección empresarial —salvo contadas excepciones que exceden del objeto de este foro de actualidad— entre el pago de la indemnización legalmente tasada o la readmisión del trabajador junto con el abono de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente, frente a la obligada readmisión y el abono de los salarios de tramitación en caso de despido nulo.

Las sentencias y autores que se decantan por la calificación de nulidad sostienen que los despidos que vulneran la limitación introducida por el artículo 2 del RDL 9/2020 se basan en una causa ilícita, por tratarse de una causa prohibida por una ley derivada de una situación de emergencia nacional. En otros casos, el precepto utilizado para defender la nulidad de aquellos despidos que contravienen frontalmente la citada norma ha sido el artículo 6.3 del Código Civil, que señala que los actos contrarios a las normas prohibitivas son nulos de pleno derecho.

Este sector doctrinal se aparta conscientemente de la ya consolidada jurisprudencia del orden social que afirma que los despidos sin causa deben ser calificados como improcedentes. Y lo hace, esencialmente, bajo el pretexto de que el legislador ha creado una nueva categoría de despidos prohibidos por causa de utilidad pública, en un panorama excepcional de emergencia nacional que nada comparte con la realidad social en la que se dictaron los pronunciamientos judiciales previos sobre la materia.

En este contexto, el Juzgado de lo Social número 29 de Barcelona, en sentencia de 28 de julio de 2020 (stcia. núm. 180/2020), sostuvo que la normativa surgida durante el estado de alarma tiene por objetivo primordial evitar las extinciones de contratos de trabajo vinculadas con la crisis sanitaria, ya sean individuales o colectivas, motivo por el cual pone a disposición de los empresarios medidas alternativas y temporales para hacer frente a una situación crítica. En consecuencia, ese juzgado declaró que la decisión empresarial de extinguir un contrato de trabajo vulnerando una regulación excepcional e imperativa debe ser declarada nula en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil. Para alcanzar dicha conclusión, el juzgado prestó especial atención a la exposición de motivos del RDL 8/2020 que establece que *“se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos”* y a la exposición de motivos del RDL 9/2020 que, por su parte, advierte que el objetivo de las medidas temporales es que *“las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo”*.

Del mismo modo, el Juzgado de lo Social número 6 de Oviedo, en sentencia de 22 de octubre de 2020 (stcia. núm. 363/2020), declaró la nulidad de un despido realizado como consecuencia de la inactividad empresarial causada por las restricciones derivadas del COVID-19, por constituir éste una *“infracción de la prohibición establecida”* y bajo el pretexto de que en *“caso de considerarse improcedente (...) la relación laboral podría extinguirse unilateralmente por voluntad empresarial en virtud del derecho de opción, con lo cual la prohibición quedaría en una mera declaración de intenciones”*.

Más controvertida es la sentencia de 6 de julio de 2020 del Juzgado de lo Social número 3 de Sabadell (stcia. núm. 93/2020), que también abogó por la nulidad de un despido en un supuesto en el que la extinción se había producido sin estar aún vigente la limitación introducida por el RDL 9/2020.

Sin perjuicio de lo anterior, el criterio mayoritario es el de aquellas sentencias y autores que se decantan por la calificación de improcedencia de los despidos acometidos vulnerando la limitación de despedir prevista en el artículo 2 del RDL 9/2020, y que sostienen, en aplicación de la jurisprudencia del orden social, que los supuestos de nulidad de los despidos están tasados por la ley y que, al no preverse expresamente la nulidad en estos supuestos, la calificación debe necesariamente ser la de la improcedencia.

También señalan estas resoluciones y autores que no existe una prohibición de despedir a causa del COVID-19, sino una enumeración de causas que, de estar vinculadas con la crisis sanitaria, no justificarían por sí mismas el despido y, por tanto, en la medida en la que la jurisprudencia del orden social afirma que los despidos sin causa no son nulos sino improcedentes, aquellos que se realicen contraviniendo el citado artículo 2 del RDL 9/2020 han de ser calificados como improcedentes.

En este sentido se han dictado al menos veinte sentencias, resultando especialmente ilustrativa la sentencia de 10 de julio de 2020 del Juzgado de lo Social número 26 de Barcelona (procedimiento núm. 348/2020) que, ante un despido disciplinario simulado para eludir la citada limitación, reconoció que si bien es cierto que *“en nuestro régimen jurídico laboral la extinción del contrato de trabajo debe responder a una justa y tasada causa, no admitiéndose el simple desistimiento empresarial (...) la calificación de un despido sin causa, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial, incluso aplicable a los despidos no comunicados por escrito, verbales o incluso tácitos, es la improcedencia. Y no la nulidad, que queda reservada para los casos más graves, con vulneración de derechos fundamentales, o relacionados con situaciones susceptibles de especial protección (...) previstos en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores”*.

Siguiendo este mismo hilo argumental, ese juzgado defendió que el régimen previsto en el Código Civil para el fraude de ley y el abuso de derecho —artículos 6.4 y 7.2, respectivamente— no impone la nulidad del acto jurídico, sino la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir para el fraude de ley —la calificación de improcedencia del despido— y la indemnización para el abuso de derecho —la indemnización estatutaria prevista para los despidos improcedentes—. Del mismo modo, ese juzgado sostiene que la nulidad prevista para los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas en supuestos de despidos sin causa ha sido tratada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia del orden social y que, a no ser que en el futuro la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la excepcione en atención a las especiales circunstancias provocadas por el COVID-19, no existe óbice a aplicarla y para resolver, en base a ella, que la consecuencia de incumplir la norma que limita los despidos vinculados con el COVID-19 ha de ser necesariamente la improcedencia.

Esta tesis cobra más fuerza si se tiene en cuenta que la norma que regula la limitación para despedir por causas vinculadas con el COVID-19 no prevé un efecto distinto al previsto jurisprudencialmente y que el legislador, a pesar de haber tenido múltiples oportunidades para completar la nor-

ma, calificando expresamente como nulos los despidos vinculados con el COVID-19, únicamente ha optado por disponer que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción descritas en este foro de actualidad, *“no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”*.

La disparidad interpretativa es de tal magnitud que el Juzgado de lo Social núm. 1 de Barcelona en sentencia de 15 de diciembre de 2020 (stcia. 283/2020), no ha calificado ni como improcedente ni nulo un despido individual vinculado con el COVID-19, sino como procedente. Y ello, porque dicho Juzgado considera que la limitación normativa a los despidos analizada en este foro de actualidad debe ser inaplicada por vulnerar el derecho a la libertad de empresa consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En materia de despido colectivo, hasta la fecha solo se conocen cuatro resoluciones judiciales que analicen extinciones contractuales vinculadas con el COVID-19. Entre ellas, la sentencia de 26 de octubre de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (stcia. núm. 10018/2020), que declaró nulo un despido colectivo por fundarse en las mismas causas que justificaban el ERTE de fuerza mayor derivada del COVID-19 aún vigente en la empresa.

Por su parte, la sentencia de 25 de noviembre de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (stcia. núm. 1036/2020), entendió que la pérdida de una contrata durante la crisis sanitaria constituye un supuesto de fuerza mayor previsto expresamente en el artículo 22 del RDL 8/2020, y que, por tanto, el despido colectivo derivado del mismo debe ser calificado como *“no ajustado a derecho”* (calificación que equivale a improcedente en los despidos individuales).

Sin embargo, la sentencia de 11 de diciembre de 2020 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (stcia. 66/2020), declaró, en un supuesto muy similar, que un despido colectivo fundado en la resolución de un contrato de prestación de servicios a causa de la pérdida de actividad de la empresa comitente debe considerarse ajustado a derecho.

Sin perjuicio de la mayor o menor consistencia de estos argumentos, la realidad es que el hecho de que el legislador no haya incorporado una aclaración sobre los efectos del incumplimiento a la limitación de los despidos, deja en manos de los órganos judiciales la decisión de ceñirse a la doctrina tradicional o apartarse de ella a la luz de las excepcionales circunstancias, por lo que no es descartable que cualquiera de estos pronunciamientos puedan convertirse en doctrina judicial de referencia. Parece claro, por tanto, que se precisará que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo unifique doctrina sobre la cuestión.

En definitiva, la confusión que suscita la norma, unida a la existencia de un panorama judicial incierto, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello provoca en las empresas, exige a los empleadores extremar las cautelas a la hora de planificar y acometer despidos mientras continúe en vigor la limitación aquí descrita.



## 3. El compromiso de mantenimiento del empleo

---

### 3.1. Ámbito de aplicación

El compromiso de mantenimiento del empleo surgió por primera vez en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, bajo la rúbrica *“Salvaguarda del empleo”*. Su redacción original, un tanto parca y escueta, consistía en un único párrafo del siguiente tenor: *“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 6 meses desde la fecha de reanudación de la actividad”*.

En los sucesivos reales decretos leyes aprobados durante la pandemia esta redacción fue mejorándose y aclarándose, llegando a modificarse hasta cuatro veces.

En esencia, el compromiso de mantenimiento del empleo lo adquieren las empresas (i) que hayan aplicado o estén aplicando ERTes excepcionales por el COVID-19 (ya sean por fuerza mayor o por causas objetivas) o ERTes impeditivos o limitativos de actividad (que se han regulado normativamente durante la pandemia y que se dirigen a empresas que se ven impedidas de realizar su actividad o con limitaciones para desarrollarla con normalidad), y (ii) que se hayan beneficiado o se sigan beneficiando de exoneraciones de cuotas de Seguridad Social.

Además, el citado compromiso de mantenimiento del empleo es de carácter nominativo, dado que los contratos de trabajo que el legislador exige conservar son los de aquellos trabajadores afectados por los ERTes indicados en el párrafo anterior, siempre que, además, su empleador se haya beneficiado de las exoneraciones de cuotas de la Seguridad Social, en los términos ya expuestos. Por el contrario, parece claro que el compromiso no se adquiere respecto de aquellos trabajadores que no hayan tenido sus contratos suspendidos o sus jornadas de trabajo reducidas en aplicación de los citados ERTes, o respecto de los que sus empleadores no se hayan beneficiado de las exoneraciones de cuotas de la Seguridad Social.

Sin embargo, esta aproximación al ámbito de aplicación del compromiso de mantenimiento del empleo se ha ido matizando con las distintas normas aprobadas durante la pandemia hasta la aprobación del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo (el “RDL 30/2020”) que, en su artículo 5, establece que el compromiso se valorará en atención a las características de los distintos sectores, y en particular, a las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo, lo que apuntaría, por ejemplo, a las empresas del sector turístico. Sin embargo, de nuevo, la norma no es todo lo precisa que hubiese sido deseable, pues no explica en qué consiste dicha valoración.

Asimismo, la redacción actual de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 establece que no resulta de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos de la normativa concursal.



### 3.2. Periodo de salvaguarda del empleo

Tal y como se ha anticipado, la norma prevé un plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad empresarial que, según la redacción vigente de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, debe entenderse como la fecha de la reincorporación al trabajo efectivo de las personas afectadas por el ERTE, aunque dicha reincorporación tenga carácter parcial o solo afecte a una parte de la plantilla.

Sin perjuicio de lo anterior y a pesar de la literalidad de la norma, no es descartable que se realicen revisiones, caso por caso, a fin de verificar que no se está realizando un ejercicio abusivo de la norma, de forma que, por ejemplo, se reincorpore del ERTE a un porcentaje de la plantilla prácticamente insignificante con el único objetivo de anticipar lo máximo posible el cómputo del citado plazo de seis meses y así lograr que el compromiso de mantenimiento del empleo finalice antes de lo realmente debido.

Por otro lado, y aunque es una opinión minoritaria, hay magistrados del orden social de la jurisdicción que consideran que el plazo de los seis meses debe considerarse desde un plano individual, de forma que deba computarse desde el momento en el que cada trabajador reanude su actividad.

En relación con este periodo de salvaguarda del empleo, existen dos particularidades adicionales. La primera, para las empresas que se hayan beneficiado por primera vez de las exoneraciones de cotizaciones de Seguridad Social con posterioridad al 27 de junio de 2020, para las cuales el plazo de seis meses comienza a computarse desde esa misma fecha, esto es, desde el 27 de junio de 2020. La segunda, para las empresas que se beneficien de exoneraciones por aplicación de las medidas del RDL 30/2020 o del RDL 2/2021, que, entre otras cosas, regulan ERTes impeditivos o limitativos de actividad —que, como se ha visto, están dirigidos a empresas que se ven impedidas de realizar su actividad o con limitaciones para desarrollarla con normalidad tras la entrada en vigor de dichas normas—. Estas empresas tendrán que respetar un plazo adicional de mantenimiento del empleo de seis meses. No obstante, en este último caso, si dichas empresas estuvieran afectadas por un periodo de mantenimiento del empleo previo, el inicio del nuevo periodo de seis meses comenzará a computarse desde la finalización del periodo anterior.

### 3.3. Extinciones de contratos de trabajo compatibles con el compromiso de empleo

El apartado segundo de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 se pronuncia expresamente sobre una serie de supuestos que, de producirse, no supondrían el incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo. Así, no supone un incumplimiento del citado compromiso: (i) la implementación de un despido disciplinario que, posteriormente, sea declarado procedente; (ii) la baja voluntaria de un trabajador; (iii) el fallecimiento, la jubilación o la incapacidad permanente del trabajador; o (iv) la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos siempre que no concurra una voluntad extintiva y, por tanto, constituya una mera interrupción del trabajo y no un despido.

Sin perjuicio de que el listado de supuestos exentos del compromiso de mantenimiento del empleo pudiera completarse por vía jurisprudencial o legislativa con otras causas como, por ejemplo, el fallecimiento o la incapacidad permanente del empresario persona física, por tratarse de supuestos en los que no existe una continuidad en la actividad, hasta la fecha parece tratarse de un listado cerrado.

En relación con los despidos disciplinarios, debe repararse en que cuando la norma dispone que su implementación no constituye un incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo, matiza que los despidos disciplinarios deben ser declarados procedentes. Ello plantea algunas dudas porque es posible que los despidos disciplinarios no sean impugnados judicialmente y que, por tanto, no puedan ser declarados judicialmente como procedentes. En este caso, resulta razonable considerar que en la medida en que no cabe obligar a un trabajador a impugnar su despido, no debería entenderse que el compromiso se ha incumplido.

La doctrina científica también se ha planteado qué ocurriría si la extinción del contrato de trabajo se instase por un trabajador como consecuencia de una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo o como consecuencia de un incumplimiento grave de las obligaciones empresariales (como por ejemplo, en caso de impago del salario del trabajador). En estos casos no sería descartable que los órganos jurisdiccionales realizaran una interpretación expansiva de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en materia de despidos colectivos (STJUE de 11 de noviembre de 2015, Asunto *C-422/14 Pujante Rivera*) que considera que las decisiones de los trabajadores de extinguir sus contratos de trabajo como consecuencia de una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo deben computar a los efectos de determinar si se superan o no los umbrales del despido colectivo, por entender que si bien este tipo de extinciones se instan formalmente por los trabajadores afectados, son ajenas a su voluntad e imputables directamente a una decisión empresarial. En caso de seguirse tal interpretación, dichas extinciones podrían equipararse a despidos a estos efectos y, por tanto, conllevar un incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo.

Por último, en relación con los contratos temporales, el apartado segundo de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 también aclara que el compromiso de mantenimiento del empleo no se incumple cuando el contrato temporal (se entiende que aquél válidamente formalizado) se extingue por la expiración del tiempo convenido o por la realización de la obra o servicio objeto del contrato.

### **3.4. Consecuencias del incumplimiento del compromiso de empleo**

El apartado quinto de la disposición adicional sexta del RDL 8/2020 establece que las empresas que incumplan el compromiso de mantenimiento del empleo deberán reintegrar la totalidad del importe de las exoneraciones de las que se hubieran beneficiado, junto con el recargo y los intereses de demora correspondientes, previa actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (“ITSS”).

La literalidad de la norma es clara y parece decantarse por la devolución de todas las exoneraciones, aunque el incumplimiento del compromiso del mantenimiento del empleo se haya producido

respecto de un único trabajador. Así lo interpreta la propia ITSS en una nota informativa de 6 de diciembre de 2020 en la que, siguiendo el criterio de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social que, a su vez, ha sido confirmado por la Tesorería General de la Seguridad Social en un informe de 10 de noviembre de 2020, concluye que atendiendo al espíritu y finalidad de la norma —ex. 3.1 del Código Civil—, así como a su tenor literal que establece que se “*deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones*”, debe interpretarse que la devolución cubre la totalidad del importe de las exoneraciones aplicadas, con independencia del número de extinciones que hayan provocado el incumplimiento.

Esta medida ha sido tachada de desproporcionada y abusiva por parte de la doctrina científica, pues su aparente carácter sancionador provoca que el incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo conlleve una consecuencia extraordinariamente onerosa. Sin embargo, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Economía Social sostiene a este respecto que se trata de una medida de carácter excepcional que no tiene naturaleza sancionadora y que, por tanto, no está sujeta al principio de proporcionalidad aunque, a su juicio, es proporcional al objetivo perseguido, esto es, garantizar el empleo de aquellos trabajadores respecto de los que se han adoptado medidas temporales para hacer frente a la crisis sanitaria.

## 4. Consideraciones finales

---

En un contexto legislativo en el que se apuesta por el mantenimiento del empleo y por limitar los despidos, extinguir contratos de trabajo se ha convertido en una potestad empresarial que presenta grandes dificultades y riesgos, especialmente teniendo en cuenta la existencia de pronunciamientos judiciales tan dispares sobre una misma materia.

Por ello, a la espera de que el legislador aclare la norma o que las interpretaciones judiciales se unifiquen, a la hora de planificar y acometer despidos, así como de valorar sus riesgos, las empresas deben tener muy en cuenta las limitaciones existentes para despedir, de momento en vigor hasta el 31 de mayo de 2021, que afectan esencialmente a causas de fuerza mayor o causas objetivas vinculadas directamente con el COVID-19, y si les resulta de aplicación y hasta cuándo, algún compromiso de mantenimiento del empleo como consecuencia de la aplicación, anterior o en la actualidad, de un ERTE con exoneraciones de cuotas de la Seguridad Social.