

# LA “PROHIBICIÓN DE DESPEDIR” COVID A LA LUZ DE LA SITUACIÓN EMPRESARIAL VIGENTE. UNA APUESTA POR SU INTERPRETACIÓN LITERAL/TELEOLÓGICA

## THE UNLAWFUL DISMISSAL ON GROUND OF COVID IN THE CURRENT BUSINESS SITUATION. A PROPOSAL TO ITS LITERAL/TELEOLOGICAL INTERPRETATION\*

Paz Menéndez Sebastián\*\*

Universidad de Oviedo

**SUMARIO:** 1. Introducción. –2. Primera aproximación a la “prohibición de despido”. Su configuración como resorte de desvío de las dificultades empresariales a los ERTE COVID. –3. La formulación legal de la inhabilitación del contexto COVID como causa de despido; 3.1. La ETOP-COVID como única causa desactivada de despido y extinción contractual; 3.2. Reconducción del alcance material de las limitaciones COVID ante la realidad empresarial vigente. –4. Despidos y ERE ETOP antes y después del vencimiento de la “prohibición de despido” COVID. El impacto COVID como causa ETOP. –5. A modo de recapitulación.

### RESUMEN

*El Gobierno ha establecido una serie de restricciones específicas para limitar las posibilidades de despido de trabajadores durante la pandemia, entre ellas la conocida como prohibición de despido COVID. Pero su mantenimiento a lo largo del tiempo ha hecho que haya ido perdiendo razonabilidad y sentido. Con esta prohibición se insiste en la idea de que las empresas deben gestionar sus dificultades por la vía de las suspensiones contractuales o reducciones de jornadas, no de las extinciones de contratos. Por ello se impone una interpretación de esta restricción acorde con la realidad vigente. Así, el contexto COVID puede justificar decisiones extintivas lícitas ex arts. 54 y 52 Estatuto de los Trabajadores, pero también puede servir para fundamentar despidos objetivos y colectivos por causas económicas/técnicas, pese a la prohibición de despido cuando el nivel de consolidación de las dificultades empresariales adquiere tal envergadura que gana autonomía respecto del virus y deja de ser una situación temporal o coyuntural justificativa del ERTE. El propósito que sustenta esta comunicación es precisamente hacer balance de esta realidad y situar en sus justos términos la limitación indicada, a fin de garantizar la viabilidad futura de nuestras empresas<sup>1</sup>.*

\* Recibido el 28 de mayo de 2021. Aprobado el 12 de julio de 2021.

Este trabajo se enmarca en el contrato de investigación celebrado con el Excelentísimo Colegio de Graduados Sociales de Asturias sobre “Novedades en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” (Ref.: FOR-018-20), de la que soy IP junto a Iván A. Rodríguez Cardo.

\*\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>1</sup> La presente comunicación se presentó en su versión original antes de la promulgación del RDL 11/2021. Para su publicación se ha procedido, simplemente, a la incorporación de la cita de esta norma y a la variación de la fecha prevista para el vencimiento de la prohibición de despido COVID.

## ABSTRACT

*The government has put in place a number of specific restrictions to limit the possibilities for dismissal of workers during the pandemic, including the unlawful dismissal on ground of covid. But their maintenance over time has meant that they have become increasingly unreasonable and meaningless. This prohibition insists on the idea that companies should manage their difficulties by means of contractual suspensions or reductions in working hours, not by terminating contracts. But that is why an interpretation of the dismissal restriction that is in line with this reality is necessary. The COVID context can justify lawful dismissal decisions ex arts. 54 and 52 Workers' Statute, but it can also serve to justify objective and collective dismissals for economic/technical reasons, despite the prohibition of dismissal when the level of consolidation of the business difficulties becomes so great that it gains autonomy from the virus and ceases to be a temporary or circumstantial situation justifying the temporary file. The purpose of this communication is precisely to take stock of this reality and to place the aforementioned limitation in its proper terms, in order to guarantee the future viability of our companies.*

**Palabras clave:** despido. COVID. Prohibición de despedir COVID.

**Key words:** Dismissal. COVID. Unlawful dismissal on ground of COVID.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hace ya más de un año se inició en todo el planeta un fenómeno tan doloroso como prologado en el tiempo, llamado a cambiar radicalmente nuestra forma de vida, social y económicamente. En efecto, contra todo pronóstico, la crisis sanitaria provocada por el patógeno vírico COVID-19 o SARS-CoV-2, vulgarmente conocido como coronavirus<sup>2</sup>, no se superó en cuestión de unas semanas como se pensaba en un principio, sino que meses y meses después su devastadora estela contamina cada reducto de nuestras vidas. Pero esta realidad, del transcurrir de los meses sin solución, no sólo ha hecho mella en el espíritu humano, sino también en el sentido y razonabilidad de las medidas laborales implementadas para hacer frente a la crisis sanitaria. Los confinamientos de la población, los cierres temporales de negocios, las prohibiciones de actividades presenciales, las limitaciones a la libertad de movimiento entre territorios, etc., tan necesarios como perturbadores, han provocado, es obvio, una quiebra en la línea de flotación de nuestro tejido empresarial y una brecha sin precedentes en la estabilidad del empleo en términos globales. Además, el engranaje de mecanismos de contención de la destrucción de empleo, mediante el desvío de las dificultades económicas y productivas hacia los expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTE) y todo el entramado de medidas específicas limitativas de las posibilidades extintivas del empresario que los acompañan, han sumido al Derecho laboral ordinario en un interminable letargo, del que cada vez parece más difícil despertar sin trauma.

Pues bien, la comunicación que con estas líneas se presenta tiene por propósito integrar en la valoración de las medidas COVID y de su alcance esta innegable realidad, a fin de reubicar en su justo lugar las restricciones a la facultad empresarial de reestructuración de plantillas, en particular la conocida como “prohibición de despido” por causa COVID.

---

<sup>2</sup> La COVID 19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus (<https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>), de ahí que en esta comunicación nos refiramos a ella en forma femenina, en tanto que ha sido la patología, por sus consecuencias, la generadora de la crisis sanitaria que aquí interesa. Sobre la distinción entre el virus y la enfermedad que provoca, Herrera F., “Nuevo coronavirus SARS-COV-2 y enfermedad COVID-19 La pandemia que cambió al mundo”, *Revista Hematología*, n.º 24, abril, 2020, pp. 4-12.

## 2. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA “PROHIBICIÓN DE DESPIDO”. SU CONFIGURACIÓN COMO RESORTE DE DESVÍO DE LAS DIFICULTADES EMPRESARIALES A LOS ERTE COVID

Obviamente, no es el momento de hacer balance completo del largo y tortuoso trayecto normativo recorrido por los ERTE COVID, desde su inicial formulación en el RD-L 8/2020, de 17 de marzo, hasta su última prórroga mediante el RD-L 11/2021, de 27 de mayo<sup>3</sup>. Pero sí conviene recordar que siempre han mantenido, particularmente los de fuerza mayor, su diseño como instrumentos de flexibilidad interna (suspensión de la relación laboral o reducción de jornada o la combinación de ambos: ERTE mixtos)<sup>4</sup>, frente a la imposibilidad o la limitación de actividad causada por las medidas sanitarias implementadas para contener el virus (algo así como el *factum principis*), que ofertan al empresario un ahorro salarial temporal (la mayoría también social) sustitutivo de las extinciones contractuales<sup>5</sup>.

El mecanismo, que ha ido perdurando en el tiempo, con sucesivas reformas y prórrogas, se acompañó desde el primer momento de un compromiso empresarial, contenido en la DA 6.ª del RD-L 8/2020, reguladora de la cláusula de salvaguarda del empleo, sucesivamente retocada para custodiar debidamente los ERTE<sup>6</sup>, que impide al empresario despedir durante seis meses (tras el reinicio de la actividad) a los trabajadores incorporados a un ERTE auxiliado (todos los de fuerza mayor y algunos ETOP)<sup>7</sup>. Y a esta tarima protectora del empleo se unió muy pronto la mediáticamente llamada “prohibición de despido” por causa COVID, formulada en el art. 2 del RD-L 9/2020, de 27 de marzo, que es la que a esta comunicación interesa. Esta limitación, en vigor desde el 28 de marzo de 2020, consiste, en esencia, en no considerar como razones justificativas del despido y la extinción contractual la fuerza mayor o las causas económicas,

<sup>3</sup> Sobre la caótica regulación, MOLINA NAVARRETE C., “La COVID/19 y el arte de lo (jurídicamente) posible: del estrés legislativo al colapso interpretativo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 446, 2020, pp. 5-30.

<sup>4</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “COVID-19 y expediente de regulación temporal de empleo por fuerza mayor”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 4, 2020.

<sup>5</sup> En un primer momento el protagonismo absoluto lo asumieron los ERTE de fuerza mayor ex art. 22 del RD-L 8/2020, que partían de que las imposibilidades productivas traían causa, precisamente, en la decisión gubernativa de decretar el estado de alarma y de suspender y restringir actividades. Sobre las causas justificativas, véase la DGE-SGON-81 1 bis CRA, de 19 de marzo de 2020, ampliada por la de 28 de marzo de 2020 (DGE-SGON-841-CRA). También, SJ Social n.º 6 Oviedo 27/04/20, proc. 190/2020, ECLI:ES:JSO:2020:1674; SJ Social n.º 1 Salamanca 5/05/20, proc. 235/2020, ECLI:ES:JSO:2020:1831; SJ n.º 1 Social Murcia, 1/06/20, Proc. 271/2020, ECLI:ES:JSO:2020:1849. Basta con recordar, en tal sentido, que las primeras semanas del estado de alarma se acompañaron de severas medidas restrictivas de movimientos, cierres de establecimientos, confinamientos sociales, etc. En ese contexto la aprobación del RD-L 8/2020, a los pocos días de inaugurar el estado de alarma, era la respuesta más sensata y coherente para superar la emergencia sanitaria, permitiendo a las empresas transitar hacia un mecanismo coyuntural de “resistencia”, es decir, hacia un ERTE en lugar de hacia un ERE. Sobre el particular, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P., *Las facultades extintivas del empresario en la era COVID*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 28 y ss.

<sup>6</sup> Inicialmente la norma sólo decía: “... durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”. Pero como el paso directo del ERTE total a la reanudación ordinaria de la actividad no era viable, el RD-L 15/2020, de 21 de abril, añadió una nueva regla al art. 22.1 para admitir que las empresas que prestaban servicios esenciales pudieran acceder también a un ERTE por fuerza mayor para las porciones productivas afectadas por la COVID, y, en coherencia con esta posibilidad, desde su promulgación se admitió la formulación de ERTE parciales, aunque esta posibilidad quedó reservada a las empresas de servicios esenciales hasta el RD-L 18/2020, que permitió el paso del ERTE total al parcial en todas las empresas que estuviesen en condiciones de reiniciar parte de su proceso productivo. Así, desde el 13 de mayo, se admite que las empresas o entidades que hayan accedido en su día a un ERTE de fuerza mayor total y puedan poco a poco ir reanudando la actividad, pasen a un ERTE parcial y con ello pongan en marcha su cláusula de salvaguarda (art.1.2 RD-L 18/2020).

<sup>7</sup> Puede consultarse un interesantísimo y completo repaso por todas las dificultades jurídicas que se presentan alrededor de las cláusulas de salvaguarda de los ERTE COVID en CABEZA PEREIRO J., “ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas”, *Revista de Derecho del Trabajo. CEF*, n.º 456, 2021.

organizativas, técnicas o de producción cuando traigan causa en la situación generada por la COVID.

En concreto, el precepto reza, sin alteración alguna desde su primigenia formulación, con el siguiente tenor literal: «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 RD-L 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido». Huelga decir que en modo alguno es en sentido estricto una prohibición de despido, sino más bien la desactivación de una causa legal de extinción, como instrumento para derivar la situación hacia medidas de flexibilidad interna (ERTE)<sup>8</sup>. Ciertamente, la regla en cuestión es un instrumento de acompañamiento necesario al propósito esencial de convertir los ERTE en el medio coyuntural de superación de la crisis.

Es decir, con la previsión del art. 2 del RD-L 9/2020 se viene a insistir en la idea de que las empresas deben gestionar sus dificultades por la vía de las suspensiones contractuales o reducciones de jornadas, no de las extinciones de contratos, de modo que si la comercial puede acudir a un ERTE COVID tiene inhabilitadas las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, así como la fuerza mayor, como causas de despido. Y una vez que la empresa accede al ERTE si este es bonificado entra en juego la otra viga maestra del andamiaje de resistencia COVID: la «cláusula de salvaguarda», que, por tanto, es una limitación de despido que sólo alcanza a las empresas que han tramitado un ERTE COVID y que gracias al mismo han disfrutado de una exoneración/reducción de las cotizaciones sociales<sup>9</sup>. En suma, son dos mecanismos distintos pero que sirven a un mismo propósito: la efectividad del armazón de los ERTE, de ahí que hayan corrido la misma suerte de prórrogas que aquéllos.

Esta realidad se revela esencial para afrontar correctamente la lectura del art. 2 del RD-L 9/2020<sup>10</sup>. La restricción de la libertad de empresa que encierra –prescindiendo ya del sinfín de dificultades jurídicas que su deficiente formulación legal provoca–, supone trancar la puerta de los despidos ante la proliferación de limitaciones o imposibilidades de actividad, imponiendo medidas de flexibilidad interna conservadoras de los empleos. Esto es: silenciar cualquier opción de reestructuración extintiva e imponer como único vehículo para salir de la crisis sanitaria la tramitación de expedientes de reducción de jornada o de suspensión temporal de contratos<sup>11</sup>. Ahora bien, este impuesto desvío hacia los expedientes temporales, en aplicación de un silogismo básico, sólo puede tener cabida respecto de las circunstancias que justifican un ERTE, no de las que por su naturaleza determinan la oportunidad del despido. Dicho de otro modo, el

<sup>8</sup> MOLINA NAVARRETE C., “La pretendida “prohibición de cese laboral” en tiempos de covid19: «vicios» de una «legalidad (administrativa) sin derecho»”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n.º 1, octubre, 2020, pp. 84 y ss; CAVAS MARTÍNEZ F., “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19. Una apuesta institucional por la preservación del empleo en tiempos de pandemia”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n.º 1, 2020, p. 109.

<sup>9</sup> Hasta la entrada en vigor del RD-L 24/2020, de 26 de junio, este compromiso de mantenimiento del empleo únicamente afectó a las empresas que habían tramitado un ERTE COVID por fuerza mayor, no a las que optaron por un ERTE ETOP, ya que estos no disfrutaron de exoneraciones de cuotas hasta el 27 de junio, volviendo a quedar sin exoneraciones los negociados ex novo a partir del 1 de octubre, en atención a lo dispuesto en el RD-L 30/2020, y en el RD-L 2/2020 (con las salvedades conversivas previstas para los sectores particularmente castigados).

<sup>10</sup> Es una medida que formaría parte de lo que políticamente se ha llegado a calificar como “escudo social” (MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. y RODRÍGUEZ CARDO I. A., “Límites al despido por COVID: alcance y significado de la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda”, *Revista de Derecho del Trabajo*. CEF, n.º 454, 2021, p. 24).

<sup>11</sup> Algunos autores han entendido que el propósito del legislador oculto tras la norma es prohibir el despido de trabajadores. Sobre esta posible intención de prohibir el despido aunque sin atreverse a decirlo, MOLINA NAVARRETE C., “La pretendida «prohibición de cese laboral» en tiempos de COVID-19 ...”, *loc. cit.*, pp. 93 y ss.

paso por el ERTE tiene sentido cuando aun hay posibilidad de recuperación de la actividad productiva “dormida”, pero no cuando esa posibilidad ha fenecido y la empresa no tiene viabilidad de ningún género, habiendo pasado o pudiendo pasar a ser lo que coloquialmente se ha dado en llamar empresa zombie. Mantener la exegesis contraria supondría no solo traicionar la interpretación teleológica del precepto, sino también su propia literalidad.

### 3. LA FORMULACIÓN LEGAL DE LA INHABILITACIÓN DEL CONTEXTO COVID COMO CAUSA DE DESPIDO

#### 3.1. La ETOP-COVID como única causa desactivada de despido y extinción contractual

Obviamente, si el objetivo de la regla analizada es orillar la flexibilidad externa en pro de la interna, queda fuera de la prohibición cualquier situación justificativa del despido distinta a la fuerza mayor y a las causas ETOP relacionadas con la COVID. La literalidad del precepto deja en este punto poco margen para la duda, y siendo como es una legislación de emergencia y excepcional no debe tolerarse ninguna interpretación flexible que exceda los estrictos contornos de su dicción literal<sup>12</sup>. Por tanto, durante toda la pandemia ha sido posible despedir disciplinariamente al trabajador, someterle a un despido objetivo por ineptitud sobrevenida, falta de adaptación a los cambios, etc. Otra cosa es que tras la apariencia de un despido de este tipo se escondan razones COVID, pero ello repercute en la calificación de la decisión empresarial y en sus consecuencias, no en la vigencia y operatividad de la causa legal.

Es más, resulta posible justificar un despido en fuerza mayor o causa ETOP si se prueba que ésta no guarda relación con el COVID-19. Cuestión distinta es que en la coyuntura vigente sea difícil desligar de la pandemia las diversas dificultades a las que pueda enfrentarse una empresa. Pero pensemos, por ejemplo, en procesos de ERE iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del RD-L 8/2020, ajenos por tanto, en principio, a la crisis sanitaria<sup>13</sup>.

De otra parte, tampoco parece afectar la “prohibición de despido” a cualesquiera causas de extinción del contrato ajenas al despido, pues ninguna de ellas, obviamente decidida por el empresario, guarda en principio conexión ni con la fuerza mayor ni con las circunstancias ETOP COVID. Así sucede con las causas pactadas en el contrato, con la dimisión del trabajador, la muerte, jubilación o incapacidad permanente del empresario (siempre que conlleve el cese del negocio)<sup>14</sup> o del trabajador, pues en ninguno de estos casos podría tramitarse un ERTE como alternativa a la extinción<sup>15</sup>. Únicamente puede generar dudas el desistimiento empresarial, especialmente el que se lleva a efecto durante la vigencia del periodo de prueba (art. 14 ET), que no exige fundamento alguno. Es probable que en la coyuntura vigente el único modo posible de evitar que se defraude el propósito legal sea entender que mientras persista la pandemia las extinciones durante el periodo de prueba requerirán cierta fundamentación y, en concreto,

---

<sup>12</sup> Así lo ha sostenido expresamente la propia DGT en su criterio de 11 de abril de 2020 DGT/SGON/850CRA, en el que sostiene que “Queda así protegido el empleo de manera excepcional en base a la misma circunstancia que determina la adopción de medidas excepcionales, de manera que nada impide que desplieguen sus efectos aquellas otras causas de extinción válidas que ninguna relación guarden con el coronavirus y el estado de alarma”.

<sup>13</sup> Nótese, además, que la “prohibición de despedir” no nació hasta el 28 de marzo, cuando entró en vigor el RD-L 9/2020, lo que hace que se haya producido una *vacatio* de diez días (del 18 al 28 de marzo) en los que pudieron autorizarse ERTE de fuerza mayor sin que rigiese, ni la suspensión de los contratos temporales, ni la inhabilitación de la causa COVID, pudiendo por tanto en este limitado intervalo temporal haberse producido despidos por causas ETOP/fuerza mayor y extinciones contractuales de contratos temporales, que habrán devenido válidos si observaban las causas y las reglas de la legislación laboral estructural.

<sup>14</sup> Vid. DGT/SGON/919CRA, de 29 de abril.

<sup>15</sup> Vid. Oficios de la Dirección General de Trabajo DGT/SGON/850CRA, de 11 de abril de 2020, y DGT/SGON/919CRA, de 29 de abril.

la acreditación empresarial de su desconexión con la causa COVID en los términos aquí propuestos<sup>16</sup>.

### 3.2. Reconducción del alcance material de las limitaciones COVID ante la realidad empresarial vigente

Parece innecesario señalar que a partir del 31 de mayo de 2021, salvo nueva prórroga, las consecuencias inmediatas de la COVID, en cualquiera de sus posibles manifestaciones, podrán alegarse directamente como causa ETOP para sustentar despidos objetivos y colectivos si presentan suficiente relevancia conforme a la legislación estructural, funcionando únicamente como límite al despido desde ese momento la posible vigencia de algunas cláusulas de salvaguarda. No obstante, y ese es el propósito fundamental de esta comunicación, entendemos que los despidos relacionados en su origen con la pandemia que puedan decidirse con anterioridad a esta fecha pueden ser igualmente válidos en determinadas condiciones conforme a la legislación ordinaria en vigor (siempre con el matiz de los compromisos de empleo). En particular, habrán de serlo cuando las causas justificativas hayan adquirido sustantividad propia, desligada de la temporalidad propia de la pandemia o cuando se presenten ya como objetivamente definitivas, incompatibles, por ello, con un expediente *temporal*<sup>17</sup>. No en vano, el propio Tribunal Supremo ha declarado nulo un ERTE en empresa económicamente inviable, aunque no referido a causa COVID<sup>18</sup>.

Ésta es la única interpretación acorde con la propia literalidad de la “prohibición de despido” COVID –interpretación literal: la fuerza mayor y las causas ETOP que “ampan” ERTE COVID “no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”– y con la evolución misma de la pandemia y de las medidas de urgencia adoptadas para evitar su expansión y el daño económico (interpretación teleológica). No puede perderse de vista, en este sentido, que su originaria configuración se llevó a cabo en un contexto absolutamente excepcional, de emergencia. De hecho, fuera de esta coyuntura de urgencia una prohibición de ese calado resultaría un flagrante atentado contra la libertad de empresa del art. 38 CE, incompatible por entero con nuestros principios esenciales, y de paso con las libertades fundamentales en las que se asienta la Unión Europea, principalmente las de prestación de servicios y establecimiento<sup>19</sup>. Por tanto, no puede admitirse una interpretación flexible o dilatada de una limitación absolutamente excepcional de un derecho constitucional.

Dicho de otro modo, es probable que en un primer momento la prohibición de despido afectase a la práctica totalidad de las empresas, en el bien entendido que como las dificultades o imposibilidades productivas traían causa directa en las medidas sanitarias adoptadas por las

---

<sup>16</sup> Este mismo criterio interpretativo ha de extenderse a los altos directivos, para los que también se prevé el libre desistimiento del empresario como causa extintiva (art. 11. 1.º Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección). Más compleja es, sin embargo, la convivencia entre la regulación ordinaria y el art. 2 del RD-L 9/2020, respecto del desistimiento en la relación laboral especial de empleados de hogar (art. 11 del RD 1620/2011), autorizado expresamente por el legislador excepcional (art. 30, 31 y 32 del RD-L 11/2020, de 31 de marzo y el art. 2 de la Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar). Siempre, claro está, manteniendo a salvo la nulidad propia de los desistimientos discriminatorios (véase STS 29/01/20, Rec. 2401/17, referida al desistimiento empresarial del art. 11.3 RD 1620/11, conectado con la noticia del embarazo de la empleada doméstica).

<sup>17</sup> La DGT/SGON/919CRA, de 29 de abril, advierte que “las medidas de suspensión o reducción de jornada basada en la fuerza mayor temporal, tal como la descrita en el artículo 22.1 del RD-L 8/2020 y artículo 47 ET, *son necesariamente coyunturales y reversibles*” (DGT/SGON/919CRA, de 29 de abril).

<sup>18</sup> STS 09/09/20, Rec. 13/18.

<sup>19</sup> Véase SJ Social, n.º 1 de Barcelona, 15/12/20, Proc. 581/2020, que admite el despido justificado en que la COVID supuso la pérdida del cliente principal de la empresa provocando una drástica bajada de ingresos.

autoridades competentes, debían gestionarse a través de ERTE, en el convencimiento de que una vez pudieran suprimirse las restricciones la producción se retomaría con normalidad y con ella los empleos. No olvidemos que la previsión inicial era superar la crisis en unas semanas. Pero finalmente la realidad que se ha impuesto es una muy diferente, la de meses y meses de medidas restrictivas, que han ido cronificando las dificultades ETOP de muchas comerciales, haciendo que ganen autonomía respecto de la COVID, por mucho que el patógeno haya sido el detonante o causa inicial. Prescindir de esta evidencia y persistir en el alcance absoluto de la “prohibición de despido”, obligando a estas empresas a tramitar o permanecer en un ERTE, es a la par un absurdo contrario a la propia naturaleza del instrumento, pensado sólo para dificultades temporales, y por ello remontables, y una intolerable carga para nuestras empresas obligadas a asumir costes –el paso por un ERTE no evita los gastos colaterales de producción (alquileres, licencias, impuestos, etc.)– sin obtención de beneficios. En efecto, la imposición de ciertos sacrificios a nuestro tejido empresarial podía resultar razonable de forma coyuntural, para evitar la destrucción del empleo durante el paréntesis del primigenio estado de alarma, pero exigirle que mantenga intacto el nivel de esfuerzo a costa de la posibilidad misma de supervivencia de las comerciales es, a todas luces, un exceso que antes o después puede pasar factura, comprometiendo seriamente la viabilidad de nuestras empresas, muchas heridas ya de muerte, y el propio nivel global de empleo<sup>20</sup>.

Nótese, además, que este sacrificio no se exige, al contrario de lo que sucede con la cláusula de salvaguarda, a cambio de un beneficio económico, sino como una imposición general a todos los empresarios, sea cual sea su opción personal para afrontar la crisis sanitaria, incluso si su esfuerzo ha supuesto un considerable ahorro al erario público, por no haber transitado por un ERTE bonificado. En este estado de cosas, la propuesta que aquí se hace es que cuando los tribunales hayan de afrontar la ardua tarea de delimitar la «causa COVID» lo hagan teniendo en cuenta la realidad descrita, distinguiendo entre la causalidad mediata y la inmediata. Pues si bien formalmente de la combinación del art. 2 del RD-L 9/2020 y los arts. 22 y 23 del RD-L 8/2020 resulta la ilicitud de la extinción del contrato «como consecuencia del COVID-19» o por causas «relacionadas con el COVID-19», esta causalidad o relación que pudiera resultar evidente y directa en los primeros meses de la pandemia, tras sucesivos y variados avatares, se ha ido diluyendo y difuminando hasta el punto de imposibilitar el deslinde entre las consecuencias COVID y las causas derivadas de las nuevas dinámicas comerciales, sociales, económicas, e incluso vitales condicionadas por la enfermedad y la necesidad de contener su expansión.

#### 4. DESPIDOS Y ERE ETOP ANTES Y DESPUÉS DEL VENCIMIENTO DE LA “PROHIBICIÓN DE DESPIDO” COVID. EL IMPACTO COVID COMO CAUSA ETOP

Partiendo de la interpretación expuesta, procede ahora acomodar la jurisprudencia previa al contexto COVID a fin de ver cómo podrían nuestras empresas proceder al despido ETOP de sus trabajadores, antes y después del 31 de mayo de 2021.

No es preciso insistir en que las circunstancias económicas, técnicas, organizativas y de producción de los arts. 52.c) y al 51.1 ET, serán en los próximos meses las más presentes y recurrentes en los despidos de nuestro país. De hecho, si la empresa tramitó un previo ERTE ETOP por causa COVID y aquella coyuntura de dificultad ha devenido estructural y permanente, el despido objetivo –individual o colectivo según el número de afectados– será el desenlace natural<sup>21</sup>. Es cierto que si los trabajadores quedan protegidos por la cláusula de salvaguarda sus despidos no parecen factibles –salvo riesgo de concurso–, pero no puede decirse lo mismo para

<sup>20</sup> Particularmente gráfico resulta el trabajo de MOLINA NAVARRETE C., “Del (dulce) sueño de los ERTE al (abrupto) despertar del concurso”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 455, 2021, pp. 167-209, que ofrece un estudio de esta realidad desde la perspectiva de la regulación del concurso.

<sup>21</sup> En este sentido, MENÉNDEZ SEBASTIÁN P. y RODRÍGUEZ CARDO I. A., “Límites al despido por COVID: alcance y significado ...”, *loc. cit.*, p. 47.

las empresas que no se encuentran comprometidas por cláusula alguna (porque nunca lo estuvieron o porque ya les venció), ni para los trabajadores no integrados en un ERTE bonificado, es decir, para los empleados que han quedado al margen del compromiso de mantenimiento del empleo.

En todo caso, a la hora de enjuiciar la operatividad de la causa alegada para proceder al despido de trabajadores habrá de tenerse en cuenta factores tales como la dimensión de la empresa, si la decisión se adopta antes o después del vencimiento de la “prohibición de despedir” COVID, y si conlleva o no el cierre del negocio. Sin olvidar además que el ámbito de apreciación de las diversas causas ETOP, tanto en el despido individual como en el colectivo, es distinto. Así, en la causa económica la procedencia de la decisión extintiva exige una valoración/justificación de la empresa, el centro de trabajo o unidad económica de producción<sup>22</sup> o incluso del grupo de empresas si este lo es a los efectos laborales<sup>23</sup>, mientras que, en las causas técnicas, organizativas o de producción el espacio natural de valoración es la porción concreta de la actividad empresarial en la que ha surgido la dificultad que impide el buen funcionamiento empresarial<sup>24</sup>.

Esta realidad puede resultar determinante en el contexto COVID, pues si la empresa ha decidido, por ejemplo, prescindir de parte de sus servicios por la conveniencia sanitaria de rebajar al máximo la proximidad interpersonal, parece evidente que la justificación de la medida quedará constreñida a esa concreta porción del proceso productivo, con independencia de lo que acontezca en otros entornos de la empresa y de su situación económica. También repercute en la propia regla de cómputo del umbral numérico del despido. Como se sabe, la calificación como colectivo del despido puede referirse tanto a la empresa como a un único centro de trabajo, siempre que ocupe a más de 20 trabajadores<sup>25</sup>. Llevado al contexto COVID significa que si la medida extintiva se adopta respecto de un único y concreto centro de trabajo, por ejemplo, por ubicarse en una zona particularmente castigada por la pandemia o por llevarse a cabo en él una parte del proceso productivo del que se decide prescindir por razones organizativas o productivas, la unidad de referencia a efectos del cómputo del umbral numérico será ese centro de trabajo<sup>26</sup>. Sin olvidar que el principio de proporcionalidad no impone el reparto porcentual de los ceses entre todos los centros de trabajo<sup>27</sup>.

De otra parte, la legalidad de la decisión extintiva puede depender de si la decisión en cuestión conlleva o no la liquidación del negocio por haberse convertido en financiera o técnicamente insostenible. Si la empresa consigue resistir hasta el 31 de mayo de 2021 (y a salvo de las cláusulas de salvaguarda), el cierre del negocio por causa ETOP no le generará dificultad de ningún

<sup>22</sup> STS 17/3/16, Rec. 178/15.

<sup>23</sup> SSTS 20/11/14, Rec. 73/14; 13/05/19, Rec. 246/18; 26/09/19, Rec. 143/18, 29/01/19, Rec. 168/18.

<sup>24</sup> SSTS 13/02/02, Rec. 1436/01; 19/03/02, Rec. 1979/01; 21/07/03, Rec. 4454/02; 23/01/07, Rec. 641/05; 31/01/08, Rec. 1719/07; 12/12/08, Rec. 4555/07; 16/09/09, Rec. 2027/08; 8/07/11, Rec. 3159/10. Esta realidad tiene una traducción inmediata en el impacto posible de la decisión extintiva, en el bien entendido que con frecuencia si la empresa tiene cierta dimensión las dificultades económicas, por esa valoración global, son más complejas de justificar para la amortización de uno o varios puestos de trabajo; sin embargo, pueden identificarse con mucha más facilidad los concretos puestos afectados si se trata una dificultad técnica, organizativa o productiva.

<sup>25</sup> STJUE 30/04/15, asunto C/80/14, «Wilson»; SSTS 17/10/16, Rec. 36/16; 14/07/17, Rec. 14/17; 13/06/17, Rec. 196/16; 06/04/17, Rec. 3566/15.

<sup>26</sup> SSTS 07/02/18, Rec. 486/16; 18/11/20, Rec. 143/19. Téngase en cuenta, además, que, si el empresario opta por el cese completo de la actividad empresarial, despidiendo a todos los trabajadores, se considerará colectivo, aunque no alcancen los umbrales del art. 51 ET (salvo microempresas de menos de cinco trabajadores), mientras que si se trata del cierre de un único centro de trabajo, si los despidos no superan los umbrales numéricos no constituirán un despido colectivo (STS 13/6/17, Rec. 196/16).

<sup>27</sup> Por ejemplo, si la empresa a causa de la situación actual pierde una concreta contrata que afecta a todo el personal de un centro concreto de trabajo, puede cerrar ese centro sin necesidad de repartir el sacrificio entre otros centros no afectados por la situación (STS 15/04/14, Rec. 136/13).



género. En estos casos, bastará con que acredite la concurrencia de la causa alegada, normalmente económica, y la inviabilidad del negocio para poder extinguir el contrato de todos sus empleados, debiendo tener en cuenta que si el cierre afecta a menos de cinco trabajadores, por tratarse de pequeños negocios (Micro-Pymes), la liquidación puede gestionarse por la vía del despido objetivo de cada uno de ellos, sin necesidad de acudir a un ERE.

Si, por el contrario, tratándose de causa económica, la gravedad de la dificultad no obliga a la liquidación del negocio, el empresario deberá probar: de una parte, que de los resultados económicos de la empresa se desprenda una situación negativa, lo que se entiende acontece en casos tales como pérdidas actuales o previstas (hechos futuros), o disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas en tres trimestres consecutivos; y de otra, la conexión entre la extinción del o los contratos y la superación de la crisis en términos de adecuada razonabilidad<sup>28</sup>. Con frecuencia, vencida la prohibición de despido, resultará sencillo probar las pérdidas económicas causadas al negocio por la crisis sanitaria y acreditar la razonabilidad de los despidos correspondientes. En especial en las pequeñas empresas y respecto de despidos individuales, toda vez que «tal medida reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa, aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa»<sup>29</sup>, de modo que si las pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio que la amortización de puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de la dificultad<sup>30</sup>.

Obviamente, la dificultad emerge cuando se trata de valorar esta posibilidad extintiva antes del 31 de mayo, pues en este contexto la carga probatoria deberá incluir el añadido del carácter autónomo de la causa respecto de la pandemia o el carácter definitivo de la situación económica negativa<sup>31</sup>. Particular interés tendrá en la práctica esta última posibilidad, que ha de fundamentarse en el hecho de que la “prohibición de despedir” obliga a transitar por un ERTE, y éste resulta inviable cuando la dificultad económica de la empresa es irreversible<sup>32</sup>. Este carácter definitivo o permanente se apreciará con mayor facilidad cuando la decisión extintiva conlleve el cierre del negocio, pues no resulta admisible obligar al empresario a soportar los gastos ordinarios de mantenimiento de una actividad que solo le genera pérdidas. Máxime si tenemos en cuenta que tampoco podrá tramitar un ERTE bonificado, reservado a coyunturas derivadas de las medidas sanitarias no de la situación económica de cada comercial. Es más, esta lógica debe extenderse incluso a los supuestos de dificultades económicas cronificadas sin liquidación del negocio, cuando la situación ha alcanzado suficiente entidad como para poner en peligro la viabilidad futura de la empresa, antojándose la aligeración de plantillas como un posible medio para salvarla<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> SSTs 14/06/96, Rec. 3099/95; 29/09/08, Rec. 1659/07; 11/06/08, Rec. 730/07; 27/04/10, Rec. 1234/09; 12/06/12, Rec. 3638/11.

<sup>29</sup> SSTs 17/04/96, Rec. 3099/95; 29/05/01, Rec. 2022/00; 30/09/02, Rec. 3828/01; 29/09/08, Rec. 1659/07; 27/04/10, Rec. 1234/09.

<sup>30</sup> SSTs 15/10/03, Rec. 1205/03; 30/09/02, Rec. 3828/01; 29/09/08, Rec. 1659/07; 27/04/10, Rec. 1234/09; 12/06/12, Rec. 3638/11. En tal coyuntura bastará con que el empresario acredite la adecuación y proporcionalidad de la medida en orden al saneamiento de la empresa (SSTs 12/06/12, Rec. 3638/11; 10/12/13, Rec. 549/13; 03/12/14, Rec. 2253/13; 03/12/14, Rec. 2253/13; 24/11/15, Rec. 1681/14). Aunque nunca valdrá para simplemente lograr un incremento del beneficio empresarial (SSTs 21/03/97, Rec. 3755/96; 29/11/10, Rec. 3876/09; 16/05/11, Rec. 2727/10; 08/07/11, Rec. 3159/10; 17/09/12, Rec. 578/12; 17/09/12, Rec. 596/12; 03/01/13, Rec. 709/12; 12/05/16, Rec. 3222/14).

<sup>31</sup> No se olvide que incluso el legislador desplaza la cláusula de salvaguarda para las empresas en riesgo de concurso, precisamente por este obvio convencimiento de que no puede obligarse en ese contexto al empresario a mantener una actividad ruinosa.

<sup>32</sup> STS 09/09/20, Rec. 13/18.

<sup>33</sup> Como se ha dicho esto resulta más sencillo de apreciar en las pequeñas empresas en las que la reducción directa de costes salariales puede tener una repercusión rápida y directa en la viabilidad empresarial.

En tal situación podrían encontrarse, por ejemplo, aquellas empresas que presenten tres trimestres consecutivos de pérdidas<sup>34</sup>, sin haber transitado por un ERTE bonificado o habiendo cumplido ya la cláusula de salvaguarda del empleo. En tales casos, si se prueba que la dificultad económica no es pasajera, aunque pudiera guardar conexión causal con el coronavirus (inevitable en prácticamente todo durante la pandemia) habrá ganado autonomía y sustantividad propia, pudiendo justificar despidos objetivos o colectivos económicos<sup>35</sup>. Si no se acredita esa pérdida continuada, sino que se trata de pérdidas previstas, la viabilidad de los despidos antes del 31 de mayo exigirá la fehaciente evidencia de la previsión firme de pérdidas, cimentadas sobre hechos concretos y definitivos, como puede ser, por ejemplo, la pérdida de un cliente importante que reduzca drásticamente el volumen de negocio y por tanto el de ingresos<sup>36</sup>.

Similar lógica ha de regir para el resto de causas ETOP. La regla del art. 2 del RD-L 9/2020 bloqueará la posibilidad de extinguir los contratos alegando una dificultad puntual o temporal generada por la pandemia, que habrá de solventarse acudiendo a un ERTE, pero si la dificultad persiste hasta el punto de hacerse estructural o definitiva la “prohibición de despido” no será operativa, al no resultar viable transitar o persistir en el ERTE como instrumento para resolver la situación y resultar imprescindible el restablecimiento de la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende.

Esta diferenciación resulta sencilla de apreciar, por ejemplo, respecto de una sustancial pérdida o disminución de encargos<sup>37</sup>, siendo la causa una circunstancia concreta de la órbita de la COVID como pueden ser las restricciones al movimiento. En este caso, hay que entender que, en la medida en que desaparecidas esas limitaciones desaparecerá también la dificultad, la empresa debe transitar por un ERTE y no por despidos objetivos. Pero si esa pérdida de encargos o su relevante disminución se consolida sin que, pese a la supresión de las restricciones sanitarias o la reactivación de la producción, la empresa haya conseguido o vaya a conseguir recuperar el original volumen de actividad, habrá que considerar lícita la tramitación de despidos objetivos individuales o colectivos, que permitan superar la dificultad mediante la amortización de puestos de trabajo en el ámbito concreto de afectación [unidad productiva autónoma, departamento, sección, etc.]<sup>38</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la pérdida de una contrata o un cliente principal porque éste ha cesado en su actividad<sup>39</sup>. Por mucho que ese cese o cierre haya podido

<sup>34</sup> STS 20/10/15, Rec. 172/14. Incluso vencida la prohibición no hay que descartar que nuestros tribunales exijan algún elemento adicional de justificación para trabar la razonabilidad de la medida, pues no parece lo más apropiado establecer, sin más, una comparativa de trimestres 2020-2019 cuando la pandemia ha repercutido negativamente en el volumen de ingresos de la mayoría de las comerciales. No se olvide que la jurisprudencia viene manteniendo que la situación económica negativa no puede operar de forma abstracta (SSTS 26/03/14, Rec. 158/13; 23/09/14, Rec. 231/13; 26/01/16, Rec. 144/15; 13/07/17, Rec. 25/17).

<sup>35</sup> Obviamente, esto no es predicable de empresas que hayan permanecido en ERTE bonificados hasta fechas próximas al vencimiento de la “prohibición de despedir” (nuevos o prorrogados), pues en tales casos estarán obligadas por los respectivos compromisos de salvaguarda del empleo. Pero es que además si durante esos tiempos se entendió que la necesidad era temporal (de ahí el mantenimiento del expediente), no cabe alegar después que de forma inmediata ha devenido permanente.

<sup>36</sup> Por mucho que en la decisión del cliente haya podido influir la situación COVID y su repercusión en el mercado, es evidente que esa relación con la pandemia es para la comercial afectada mediata y remota y, desde luego, no podrá justificar el tránsito por un ERTE si la ruptura con el cliente es definitiva, haciendo con ello inoperativa la “prohibición de despido”. La jurisprudencia ha entendido que esta causa —“pérdidas previstas”— requiere, en términos generales, que entre los hechos actuales de pérdida en la producción y la consecuencia prevista de la correspondiente disminución de ingresos exista una relación lógica que lleve a la necesidad de recurrir a extinciones contractuales (SSTS 13/10/16, Rec. 56/16; 25/01/18, Rec. 176/17).

<sup>37</sup> STS 26/04/13, Rec. 2396/12; 28/02/18, Rec. 1731/16.

<sup>38</sup> SSTS 13/02/02, Rec. 1436/01; 19/03/02, Rec. 1979/01; 21/07/03, Rec. 4454/02; 29/11/10, Rec. 3876/09; 16/05/11, Rec. 2727/10; 08/07/11, Rec. 3159/10; 25/05/15, Rec. 72/14.

<sup>39</sup> STS 07/06/07, Rec. 191/06.

deberse a una causa COVID, no resulta razonable obligar a la empresa afectada a seguir manteniendo el mismo volumen de plantilla únicamente porque aún no ha perdido vigencia la “prohibición de despido”, pues la dificultad no va a desaparecer en ese momento, y eso es tanto como obligarle a aplazar una decisión inevitable a su entera costa<sup>40</sup>.

Algo equivalente podría decirse respecto de la repercusión que ha tenido en los procesos productivos la drástica disminución de la actividad presencial. El paso a procedimientos telemáticos, obviamente, hace que el personal de atención al cliente (presencial) y cierto personal de mantenimiento de instalaciones queden sin actividad. Si el cambio es coyuntural con vistas a recuperar el modelo productivo anterior tras la superación de la crisis sanitaria y de las medidas restrictivas que la acompañan, lógicamente la empresa habrá de tramitar o en su caso permanecer en el ERTE, llevando a él a este personal que temporalmente no tiene cometido productivo. Pero si la mutación productiva es definitiva e irreversible, en tanto que dicho personal no recuperará su actividad, la empresa podrá proceder al despido de esos trabajadores (aunque sin prescindir de la cláusula de salvaguarda)<sup>41</sup>.

## 5. A MODO DE RECAPITULACIÓN

No requiere mayor detenimiento el devastador efecto que la COVID ha tenido en la situación económica, también técnica y productiva, de la inmensa mayoría de nuestras empresas. El panorama vigente es, desde luego, poco halagüeño. Precisamente por ello, y con el axiomático objetivo de evitar males mayores, en este caso, la destrucción de un número mayor de empleos, se ha procurado ofrecer en esta comunicación la vía interpretativa de la llamada “prohibición de despido COVID”, que, a nuestro entender, mejor se ajusta tanto a la literalidad de la norma como a su propósito último.

Como se ha podido constatar la propia letra de la norma –“... 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 RD-L 8/2020, de 17 de marzo...”–, reivindica la idea de que la deshabilitación de las señaladas causas de despido sólo afecta a las dificultades (temporales) que pueden derivar en un ERTE, precisamente porque la voluntad del legislador es desviar ese tipo de apuros empresariales a mecanismos de flexibilidad interna en lugar de la externa propia de los despidos. Pero si la dificultad en cuestión por su naturaleza puede considerarse en un momento dado permanente o definitiva<sup>42</sup>, el tránsito por el ERTE no resultará legalmente ni viable, ni imponible, lo que descarta el juego del art. 2 del RD-L 9/2020<sup>43</sup>. En efecto, si la causa económica, técnica, organizativa o de producción con el paso del tiempo ha adquirido carácter estructural o cronicado podrá justificar

---

<sup>40</sup> Si la empresa pierde la contrata y con ello la ocupación de los trabajadores, se considera causa productiva que justifica el despido colectivo (STS 14/01/20, Rec. 126/19; 3/11/20, Rec. 1521/18). Aunque a día de hoy es preciso tener en cuenta que la contratación temporal no puede vincularse ya a la contrata en atención a la doctrina formulada en la STS 29/12/20, Rec. 240/2018.

<sup>41</sup> Un ejemplo próximo puede encontrarse en la propuesta que el Corte Inglés ha hecho a los sindicatos, para aligerar plantillas, en principio, mediante bajas voluntarias, precisamente porque el incremento de las compras online ha dejado sin actividad a una parte importante de sus trabajadores presenciales. Lo mismo han hecho Inditex y BBVA (El Corte Inglés prepara la salida de 3.000 empleados con bajas incentivadas - La Nueva España (Ine.es)).

<sup>42</sup> Por ejemplo, si las dificultades a que tiene que hacer frente la empresa tienen encaje en un supuesto de ERTE de fuerza mayor, la comercial deberá transitar por el expediente; pero no se olvide que, sin perjuicio de las prórogas de los vigentes, a día de hoy los ERTE de fuerza mayor quedan estrictamente limitados a las imposibilidades de actividad (ERTE total) y las limitaciones de actividad (ERTE parcial), por restricciones o medidas de contención adoptadas por las autoridades sanitarias, que previsiblemente han de ser concretas y limitadas en el tiempo, teniendo esta misma limitada duración el expediente temporal.

<sup>43</sup> No se olvide que según el RD-L 30/2020, los nuevos ERTE ETOP solo quedan exonerados de cotización si pertenecen a uno de los sectores específicamente identificados en el Anexo, procediendo de anterior ERTE de fuerza mayor o ETOP bonificado del RD-L 24/2020.

un despido, incluso antes del 31 de mayo de 2021, siempre que se someta a las exigencias legales ordinarias y también a la doctrina jurisprudencial vigente, que aunque no está pensando en la particular coyuntura provocada por la COVID, sirve igualmente a este contexto.

Ciertamente, incluso obviando el hecho de que las aligeraciones puntuales de plantillas pueden evitar un daño económico global y la destrucción de un número mayor de empleos, conviene recordar que si la dificultad ha devenido definitiva, la empresa tendrá vedado el tránsito por un ERTE, pensado como se ha dicho tantas veces para contextos *necesariamente coyunturales y reversibles*<sup>44</sup>, por lo que una interpretación diversa a la que aquí se propone situaría a muchas empresas en un incomprensible callejón sin salida.

A esta tesis contribuye, además, la propia doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que no considera ajustado de derecho tramitar un ERTE en caso de empresas inviables, y el propio contexto normativo del otro aldedaño de los ERTE, la cláusula de salvaguarda, para la que se prevé el desplazamiento cuando las empresas se sitúan en riesgo de concurso, necesariamente porque lo que hay que proteger en último término es el empleo, que desde luego no se preserva si se termina arrojando a la empresa a los brazos del concurso o de la quiebra, por una apuesta por una interpretación diferente de la “prohibición de despido” COVID. Es verdad que el legislador no ha previsto esta excepción para la prohibición de despido, pero huelga señalar que tiene aún más lógica en este caso.

Lógicamente, habrá que esperar a ver cuál es la postura de la jurisprudencia en este punto, pero, por último, quizá no esté de más también apelar a la propia responsabilidad de los representantes de los trabajadores, incentivándoles a que negocien con el empresario la mejor forma de superar las dificultades ETOP persistentes, precisamente como oportunidad para garantizar la viabilidad futura de las comerciales y con ello del empleo. No en vano, si el proceso de negociación del ERE concluye con acuerdo, la legitimidad de las medidas quedará fuera de discusión y con ello también, probablemente, la entrada o no de la “prohibición de despedir” COVID.

---

<sup>44</sup> Recuérdese la DGT/SGON/919CRA, de 29 de abril. También la STS 09/09/20, Rec. 13/18.