

## CALIFICACIÓN DEL DESPIDO CONTRARIO A LA NORMATIVA COVID

Carolina Martínez Moreno

Preservar los puestos de trabajo sin un coste desproporcionado para las empresas constituye con toda probabilidad el principal eje y principio inspirador de las medidas laborales de emergencia adoptadas durante el estado de alarma derivado de la crisis sanitaria provocada por la COVID19 [<https://www.fundeu.es/recomendacion/covid-19-mayusculas-minusculas/>]. Y una de las fórmulas para articular y llevar a la práctica ese objetivo es, como se sabe, la limitación de las facultades empresariales para –aun considerando que pudieran concurrir causas para ello— extinguir contratos de trabajo. Que, a su vez, se instrumenta fundamentalmente a través de dos previsiones concretas, la llamada “prohibición de despedir” (art.2 RDL 9/2020), y la “salvaguarda de empleo” o “compromiso de mantenimiento del empleo” (D.Ad.6º RDL 8/2020).

La evidencia de que este propósito se mantiene en todo su vigor es que los agentes sociales han ido renovando su compromiso en tal sentido mediante sucesivos Acuerdos en Defensa del Empleo (hasta cuatro), dando lugar a las correspondientes prórrogas de la vigencia de las disposiciones respectivas, por el momento, hasta el 31 de mayo de este año [art.3.4 y 6 *RDL 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo* (BOE 27 de enero)].

Lo primero que merece la pena destacar es que se trata de unas reglas cuya factura técnica, por desgracia, viene provocando serias dudas interpretativas y problemas aplicativos prácticos que ya están dando lugar a pronunciamientos judiciales en dispar sentido. Se augura, por tanto, una inevitable doctrina en casación unificadora, de sentido no fácil de pronosticar. Sobre esto justamente versa esta breve reflexión.

Las dificultades a que se acaba de hacer alusión se están dando, sobre todo, en relación con el primero de estos dispositivos, el consistente en la limitación del despido, seguramente porque el compromiso de mantenimiento del empleo, por razones temporales, aún no ha tenido la oportunidad de encontrarse de plano con el presupuesto para resultar de aplicación y desenvolver sus efectos. La principal incertidumbre que plantea la primera de estas reglas consiste en determinar de manera clara y fundada si en verdad lo que se pretendía era configurar –y si se configura efectivamente— una auténtica “prohibición de despedir”. Parece que no cabe albergar duda alguna respecto de que la intención del gobierno era otorgar preferencia a las medidas de flexibilidad interna –especialmente, la suspensión de los contratos— frente a las de flexibilidad externa vía extinciones derivadas de la interrupción indefinida de actividades no esenciales; y, con ello, propiciar la continuidad y reanudación de estas últimas y la preservación y el mantenimiento del empleo. Pero si nos atenemos al tenor literal de la norma, lo que dice es que las causas –fuerza mayor y causas empresariales (ETOP)— que pueden prestar amparo a las suspensiones de contratos y reducciones de jornada (arts.22 y 23 RDL 8/2020), “no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Se mueve esta regla, pues, en el estricto plano de la causalidad y de la justificación de una eventual extinción; y, por ello, de su procedencia o

improcedencia. Cosa distinta será delimitar con la suficiente claridad y precisión lo que son causas relacionadas o no relacionadas con la COVID. Estas últimas susceptibles de sustentar la legítima posibilidad de despedir (Oficio de la Dirección General de Trabajo DGT-SGON-850CRA, de 11 de abril de 2020).

Dicho sea de paso, la incertidumbre sobre la calificación que merecerán las extinciones que contravengan esta limitación se extiende igualmente a la segunda de las medidas, la relativa al compromiso de mantenimiento del empleo (D.Ad.6º RDL 8/2020). Que se suma al complejo asunto relativo al cómputo del plazo de duración de los seis meses desde la fecha de la reanudación de la actividad, complicado más aún como consecuencia de la concatenación de las normas sobre ERTES COVID, y de los propios sucesivos tipos o supuestos de ERTE. Pero intentar clarificar este extremo no es ahora nuestro objetivo.

Pues bien, como es de sobra conocido, ya en los primeros pronunciamientos sobre este asunto se muestra la posibilidad de opciones interpretativas discrepantes. Y así, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº3 de Sabadell, de 6 de julio de 2020 califica el despido de una trabajadora como nulo, con fundamento en el art.2 RDL 9/2020 –que entiende alberga una verdadera prohibición— y en los apartados 3 y 4 del art.6 CC –nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, y consideración de que se realizan en fraude de ley los actos que se amparen en una norma persiguiendo un resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico—. En concreto, la sentencia razona que “la empresa se ampara en causa inexistente para conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, esto es, la extinción de la relación laboral... cuando las normas vigentes proscriben la destrucción de empleo derivada de la situación excepcional del Estado de alarma derivado de covid19...”.

En cambio, sólo con cuatro días de diferencia y unos pocos kilómetros de distancia, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº26 de Barcelona, de 10 de julio de 2020 declara improcedente el despido disciplinario de un trabajador, considerando que se trata de una amortización encubierta del puesto de trabajo a resultas de la pandemia.

Las razones que se opondrían a la posible calificación de nulidad de este tipo de extinciones son, básicamente, que los supuestos de nulidad son tasados [STS 5 de mayo 2015 (Rec.2659/2014)]; y que sólo podría haberla en caso de aportarse indicios de discriminación o lesión de derechos fundamentales, o si concudiese alguna de las circunstancias del art.55.5 ET. A lo que podría sumarse que la extinción se vinculase precisamente al contagio de la enfermedad, por su posible carácter estigmatizante, como recientemente ha entendido la magistrada-juez del Juzgado nº1 de Mataró, en sentencia de fecha 1 de febrero de 2021 (sentencia nº39/2021) [<https://confi legal.com/20210209-anulan-un-despido-covid-por-enfermedad-estigmatizante/>] (consultado el 22 de febrero de 2021)]; y en el caso de existencia de familiares contagiados, por aplicación de la doctrina sobre la “discriminación por asociación”.

No hay en estas líneas afán de llevar a cabo un recuento exhaustivo de resoluciones judiciales pero, siquiera sea por proximidad geográfica, daré cuenta

de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº6 de Oviedo, de 22 de octubre de 2020 (sentencia nº363/2020), que se suma a la de Sabadell al calificar de nulo el despido de una trabajadora, viajante de una empresa de suministros de bebidas y alimentación para hostelería. La trabajadora se encontraba ya en ERTE, y el día 27 de marzo de 2020 (la entrada en vigor del RDL 9/2020, de 27 de marzo se produce al día siguiente, el 28 de marzo, día de la publicación en el BOE), la empresa le comunica que con efectos de 11 de abril se extingue su contrato “por causa económica derivada del cierre del negocio que ocasiona la cesación en la prestación de servicios ocasionada por fuerza mayor derivada de la pandemia.” El fundamento coincide con el de la sentencia de Sabadell, la contravención de la prohibición de despedir del art.2 RDL 9/2020.

La diversidad y multiplicidad de posibles argumentos y soluciones llega a su apogeo en la Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Barcelona, de 15 de diciembre de 2020 (sentencia nº283/2020), que considera procedente el despido de un trabajador por las mismas causas por las que se encontraba ya en ERTE. El juzgador razona que “la ineficacia de las medidas de prevención y posteriormente de control de la crisis sanitaria... que han forzado la adopción de nuevas medidas en materia de empleo...” han supuesto que las decisiones que han tomado los empresarios a partir de “la información suministrada por el Gobierno” hayan devenido igualmente “insuficientes o ineficaces para el mantenimiento y la supervivencia de la actividad empresarial meses después.” A la vista de lo cual, concluye, “la limitación contenida en la normativa española a la libertad de empresa, impuesta por los poderes públicos” resulta contraria al derecho reconocido en la Constitución y en el Derecho de la UE, por lo que decide inaplicar la normativa española y declarar la procedencia del despido.

Para ir concluyendo, en las pocas sentencias de suplicación que vamos conociendo se mantiene la incertidumbre derivada de la disparidad de criterios. De nuevo sin ánimo de exhaustividad –para lo cual cito al pie algunos enlaces y fuentes de la máxima solvencia—, después de haberse pronunciado el TSJ de Cataluña en sentencia de 11 de diciembre de 2020 sobre la procedencia de un despido derivado de la rescisión de una contrata; con un voto particular, pero que tampoco despeja la incógnita sobre la alternativa improcedencia/nulidad [<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/01/covid-19-y-proteccion-del-empleo-la.html>] (última consulta, el 22 de febrero de 2021)]; la Sala del País Vasco emite la que, a mi modesto entender, es la solución con una fundamentación mejor construida en sentido favorable a la nulidad, apuntada de manera más esquemática en la de Sabadell. Se trata de la Sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco, de 26 de enero de 2021 (sentencia nº119/2021) [<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/02/covid-19-y-despido-sin-causa-sigue-el.html?m=1>] (última consulta, el 22 de febrero de 2021)]. La empresa, que acredita pérdidas, incluso anteriores a la pandemia, despide tras un ERTE por causas ETOP. Y la Sala baraja para alcanzar la conclusión favorable a la calificación de nulidad básicamente dos argumentos: el espíritu de la norma y la intención declarada del legislador de configurar la suspensión de contratos y la extinción por las mismas causas como esferas excluyentes; y la existencia de fraude de ley en los estrictos términos del art.6.4 CC. En verdad la nulidad de los despidos en fraude de ley desapareció de nuestro escenario jurídico hace años, relegándose la nulidad a los supuestos expresamente tasados del art.55.5 ET.

Pero no es menos cierto que –al igual que ha ocurrido respecto de los despidos colectivos, pese a haber desaparecido del tenor literal del art.124 LRJS la referencia al fraude [STS de Sala General de 17 de febrero de 2014 (Rec.142/2013)]— la regla común sobre los efectos de las conductas o decisiones en fraude de ley del referido art.6.4 CC sigue siendo plenamente susceptible de ser invocada y aplicada.

Queda por saber qué recorrido puede llegar a tener la inaplicación de la normativa española sobre despidos en virtud del principio de primacía aplicativa del derecho internacional, que algunos juzgados, a otros efectos ya han empezado a ensayar (Sentencia nº7º/2020, del Juzgado de lo Social nº34 de Madrid, de 21 de febrero de 2020; Sentencia nº170/2020, del Juzgado de lo Social nº26 de Barcelona, de 31 de junio de 2020; o Sentencia del mismo Juzgado de 28 de julio de 2020, autos 848/19). Pero esta es harina de otro costal, y materia para otra ocasión.

#### Algunas referencias bibliográficas y enlaces de interés:

P. Menéndez Sebastián e I.A. Rodríguez Cardo, “Límites al despido por COVID: alcance y significado de la prohibición de despedir y la cláusula de salvaguardia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* núm.454, enero 2021

C. Molina Navarrete, “El despido con causa irreal:¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla3571/2020, de 19 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* núm. 455, febrero 2021

<https://adriantodoli.com/2021/01/19/los-ertes-son-nulos-en-empresas-inviabes-economicamente-sentencia-del-tribunal-supremo/>

<https://baylos.blogspot.com/2021/01/el-iv-acuerdo-social-de-defensa-del.html?sref=fb&m=1>

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/01/una-nota-proposito-del-mal-llamado.html?m=1>

<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/>