



ICAIB

Ilustre Colegio de
Abogados de
Baleares

El despido y la pandemia

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Profesor Agregado y TU Acreditado



Universitat
Oberta
de Catalunya



23 noviembre 2021

Esquema expositivo

A. Art. 2 RD Ley 9/20 (= art. 2 Ley 3/21): Medidas extraordinarias para la protección del empleo

- **Ámbito de aplicación objetiva**
- **Ámbito de aplicación temporal**
- **Efectos del incumplimiento**
 - **Calificación del despido: nulidad; improcedencia + indemnización complementaria; improcedencia; procedencia**
 - **Tránsito de ERTE a ERE**
 - **ERE (sin tránsito desde ERTE o con ERTE finalizado)**

B. Despido en tiempo de pandemia

**A. Art. 2 RD Ley 9/2020.
Medidas extraordinarias
para la protección del
empleo**

- Ámbito de aplicación objetiva

- “Específico” (art. 2 RD Ley 9/2020)
- “General” (arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020)

Ámbito “específico”

Art. 2 **DICE**: “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”.

Art. 2 **NO DICE**: “La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que **se amparan** 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”.

Ámbito “general”

Art. 22.1 RD Ley 8/2020: fuerza mayor, cabe distinguir entre:

- **Supuestos imposibilitantes (hecho obstativo) que tengan causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma [*factum principis*]** (que “impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad”).
- **Supuestos imposibilitantes (hecho obstativo) que tengan causa directa con contagio y prevención** (“situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria”);

Art. 23.1 RD Ley 8/2020: "causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19" (en estos momentos, hay pocas cosas que no estén - directa o indirectamente - "relacionadas" con el COVID-19; hay escenarios empresariales radicalmente nuevos).

- **Ámbito de aplicación objetiva: resultante “específica” y “general”**

- Art. 2 RD Ley 9/20 sólo se aplica a las **empresas que hayan acudido a un ERTE COVID19 y que esté vigente.**
- Afecta **sólo a los centros de trabajo implicados y a todos los trabajadores de los mismos.**
- La percepción de una ayuda económica pública justificaría adopción de esta regla
- **Si no se ha acudido a ERTE en el marco del derecho de la emergencia, el art. 2 RD Ley 9/20 no aplica** (el derecho de la emergencia ha operado de forma paralela al ordinario)
- Necesidad de causa directa (tener en cuenta nuevos escenarios empresariales (y sociales) que ya no están “relacionados” estrictamente con COVID-19 / “nuevo paradigma”)

(no obstante, doctrina académica/tribunales no es pacífica)

- Ámbito de aplicación objetiva: reacciones judiciales (“de más a menos”)

Interpretación “extensiva”

Empresas afectadas por ERTE COVID-19 o no

SSTSJ PV 06/07/21 (r24/21); CyL\Vall 26/03/21 (r300/21); SJS/3 Pamplona 21/12/20 (r637/20); SJS/1 Ponferrada 09/10/20 (r225/20)

Aplicación art. 2 RD Ley 9/2020 aunque se arrastren pérdidas desde hace años

SAN 20/04/21 (r10/21): Si sociedad de grupo de empresas opera con pérdidas contables desde hace años para no perjudicar a matriz, la causa del despido colectivo es la pandemia y por ello vulnera art. 2 RDL 9/20

Aplicación art. 2 RD Ley 9/2020 aunque causa sea indirecta (la FM ha afectado a la principal)

STSJ Mad 03/02/21 (r733/20)

EN ERTE: SAN 22/03/21 (r476/20):

«Debe recordarse que la empresa contratista cuya/s empresa/s principal/es estén afectadas por un ERTE de fuerza mayor, puede presentar igualmente un ERTE por fuerza mayor. En estos casos, se entiende que **si la causa directa del ERTE de la empresa principal es una pérdida de actividad ocasionada por el COVID-19 por alguno de los motivos del artículo 22 del Real Decreto Ley, y, por lo tanto, la empresa contratista no puede prestar la actividad para la que fue contratada, dicha causa de fuerza mayor se extiende a la contrata**».

Interpretación “restrictiva-extensiva”: sólo si tiene afectación “directa” + empresas afectadas por ERTE o no

SSTSJ CAT 11/12/20 (n66/20); MAD 30/11/20 (r399/20); GAL 11/03/21 (r150/21); 21/06/21 (r2007/21); 05/07/21 (r2494/21)

- **Ámbito de aplicación objetiva: reacciones judiciales (“de más a menos”)**

Interpretación “restrictiva” (previo ERTE)

- Sólo aplica a empresas afectadas por ERTE vigente:

SSTSJ GAL 22/03/21 (r65/21); **ARA 15/02/21** (r679/2020); **15/2/21** (r38/2021); **SJS/3 León 09/10/20** (r366/20); **SJS/2 Salamanca 21/10/20** (r444/20).

STSJ And\Granada 29/04/21 (r284/21)

«De igual modo el ayuntamiento demandado no puede alegar que ha existido una suspensión de la relación laboral en lugar de extinción, basada en fuerza mayor como consecuencia del estado de alarma a causa del COVID, pues como administración pública no puede acogerse a la medida suspensiva de los contratos de trabajo de conformidad con la disposición adicional 17ª del ET que establece expresamente que no le es de aplicación el artículo 47 del citado texto legal, y por lo tanto quedar al margen del ámbito de aplicación de la normativa aprobada al respecto en el RD 9/2020»

- Sólo aplica a empresas afectadas por ERTE

STSJ And\Mál 05/05/21 (r663/21):

«La puesta en relación de dichos dos preceptos con el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020 evidencia que lo que este precepto dispone es que las empresas que se acogieron a la suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, como consecuencia de la COVID, no pueden utilizar la situación de pandemia como justificativa de su decisión de extinguir el contrato por causas objetivas. Ahora bien, la empresa demandada no consta que estuviese acogida a una de dichas medidas ni en la fecha de entrega de la carta de despido ni en la fecha de efectos de dicha medida extintiva, con lo que no le es de aplicación la prohibición contenida en el aludido artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020».

- **Ámbito de aplicación objetiva: reacciones judiciales (“de más a menos”)**

Interpretación “restrictiva” (por origen de la causa / por motivo de la causa) (I)

- **No aplica si la causa es estructural**: SSAN 14/07/21 (r122/21); 17/05/21 (r38/21); y SSTSJ Com. Val 07/05/21 (r5/21); CAT 24/11/20 (r56/2020)

- **No aplica si carácter indirecto de la causa**: SSTSJ CyL\Val 21/05/21 (r676/21); GAL 09/03/21 (r54/21); CAT 11/12/20 (r50/20); MAD 30/11/20 (r399/20); y SJS/31 BCN 05/02/21 (n59/21).

- **No aplica si causa extinción es independiente del COVID-19**: SSTSJ Com. Val 30/06 y 20/07/21 (r851/21; r1187/21); MAD 09/12/20 (r443/20); CyL\VALL 19/07/21 (r1182/21); 26/02/21 (r80/21); y 1/3/21 (r83/20); PV 12/01/21 (r1507/20); Can\LPA 11/02/21 (r1159/20) – fin de encomienda de gestión; PV 02/03/21 (r46/21)

- **No aplica si causa es distinta a la del ERTE**: SSTSJ ARA 15/02/21 (r679/20); GAL 22/03/21 (r65/21).

- **Ámbito de aplicación objetiva: reacciones judiciales (“de más a menos”)**

Interpretación “restrictiva” (por origen de la causa / por motivo de la causa) (II)

- No aplica si son causas “previas” a pandemia (aunque esta las haya agravado):

SSTSJ Com. Val 07/05/21 (r5/21); CyL\Vall 12/07/21 (r1295/21); MAD 18/6/21 (r319/21); 10/09/2021 (r491/21); PV 09/03/21 (r67/20); SJS/31 BCN 05/02/21 (n59/21); SJS/4 Gijón 25/11/20 (r223/20); SJS/1 Gijón 21/12/20 (r506/20); SJS/3 Logroño 11/12/20 (r282/20); SJS/2 Salamanca 30/11/20 (r558/20);

- No aplica si extinción (acordada o no con los trabajadores) en un supuesto de liquidación (provocado por COVID-19): SSTSJ MAD 28/10/20 (r450/20); Com. Valenciana 22/03/21 (r29/2020).

- No aplica si la extinción es posterior a negativa cesionaria tras traspaso: SJS/1 Gijón 04/12/20 (r408/20)

- No aplica en despido disciplinario: SSTSJ AST 26/01/21 (r1945/20); PV 23/02/21 (r161/21)

Salvo que sea fraudulento: SJS/26 BCN 10/7/20 (r348/20); STSJ CAT 31/03/21 (r3825/20).

- **Ámbito de aplicación temporal (I) – Prórrogas del art. 2 RD Ley 9/20**

- **DF 2ª RD Ley 18/20**, que modifica la vigencia del RD Ley 9/20 (regulada en la DF 3ª), extiende la vigencia art. 2 RD Ley 9/20 hasta el 30/06/20;
- **Art. 7 RD Ley 24/20**: prórroga hasta 30/09/20;
- **Art. 6 RD Ley 30/20**: prórroga hasta el 31/01/21;
- **Art. 3.6 RD Ley 2/2021**: prórroga hasta 31/05/21 (= art. 2 Ley 3/21 ex DF 2ª);
- **Art. 3.6 RD Ley 11/2021**: prórroga hasta 30/09/2021
- **Art. 5.6 RD Ley 18/2021**: **prórroga hasta 28/2/2022**

- **Ámbito de aplicación temporal (y II)**

A. ERTE/FM: A partir del 27/06/20, ex art. 1 RD Ley 24/20, ya no pueden aprobarse ERTE/FM de acuerdo con el art. 22 RD Ley 8/20.

Por consiguiente, art. 2 RD Ley 9/20 sólo puede afectar a los ERTE/FM aprobados con anterioridad al RD Ley 24/20 (los todavía vigentes han sido prorrogados – cumpliendo requisitos - hasta el 28/2/22 ex art. 1.4 RD Ley 18/21).

O, dicho de otro modo, **los ERTE/FM aprobados a partir del RD Ley 24/20 (27/06/20) deberían quedar fuera del ámbito de aplicación del art. 2 RD Ley 9/20.**

[Apunta esta posible problemática: VP a STSJ Cataluña 11/12/20 (n66/20)]

B. ERTE/CETOP: Ex art. 3 RD Ley 30/20 (vigente ex art. 3.1 RD Ley 2/21), los ERTE/CETOP (RD Ley 18 y 24/20; y 2, 11 y 18/21 también) siguen remitiéndose al art. 23 RD Ley 8/20.

Por tanto, **el contenido del art. 2 RD Ley 9/20 se extiende a todos los ERTE/CETOP**

- Efectos del incumplimiento art. 2 RD Ley 9/20

- No se establece (explícitamente) una “prohibición” de despedir. Debe determinarse lo siguiente:
 - ¿“Nulidad”; “improcedencia + indemnización complementaria”; o “improcedencia”; o “procedencia”?
 - Tránsito de ERTE a ERE y calificación

a. Nulidad

- **SSTSJ PV 04/05/21** (n772/21); **23 y 24/02/21** (r57/21; r200/21); **26/1/21** (r1583/20); **1 y (2) 22/6/21** (r576/21 + VP; r1158/21; r32/21); **04/05/21** (r6/2021); **6/7/21** (r24/21); **AST 30/03/21** (r384/21); y **20/07/21** (r1384/21)
- **SJS/16 BCN 26/02/21** (n68/21)
- **SJS/3 Sabadell 06/07/20** (n93/20) entiende que la calificación debe ser la nulidad, incluso en un supuesto extintivo anterior a la entrada en vigor del RD Ley 9/20.
- **SJS/29 BCN 28/07/20** (n180/20): nulidad pleno derecho ex art. 6.3 CC
- **SSJS/6 Oviedo 22/10/20** (r305/20); y **10/11/20** (r338/20)

b. Improcedencia + indemnización complementaria (I)

- **SJS/26 BCN 31/07/2020** (n170/20): extinción por causas objetivas, entiende que el despido debe ser calificado como improcedente. No obstante, C158 OIT (ex CSEr 1996): la indemnización legal tasada no es “**suficientemente disuasoria**” y, por ello, reconoce una indemnización complementaria de 60.000€ a compensar con la ya percibida, salvo readmisión.
- **SJS/26 BCN 31/07/20** (n174/20) reconoce indemnización de casi 49.000 € (9 meses de salario), salvo readmisión.

Siguen doctrina **SSJS/34 Madrid 21/02/20** (r843/19); y **21/10/20** (n177/20) [no dictadas en el marco del COVID19]: en virtud del C158 OIT (interpretado conforme a la CSEr de 1996), la improcedencia de un despido exige la readmisión obligatoria.

b. Improcedencia + indemnización complementaria (I)

- **STSJ CAT 23/04/21** (r5233/20): “la concurrencia de dos requisitos coincidentes: por un lado, **la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua**; por otro, que sea **clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial** extintiva del contrato (...) podrá fijarse otra superior que alcance a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido haya podido causar.” + **STSJ CAT 20/05/21** (r5234/20)

STSJ CAT 14/07/21 (r1811/21): «dado que en el presente caso la insuficiencia indemnizatoria apreciada por la sentencia de instancia solo se ha justificado por la finalidad disuasiva pero no desde la resarcitoria, al no apreciarse la concurrencia o relevancia de los daños y perjuicios aducidos por la demandante en la demanda, no podemos entender que estemos ante una situación o “escenario” excepcional que justifique que, en aplicación del control de convencionalidad, se tenga que fijar, por mandato del art. 10 del Convenio 158 OIT, una indemnización superior más adecuada que la fijada en la normativa interna».

Y la renuncia de un empleo anterior debe ser calificada como un daño que queda compensado por la indemnización legal tasada

- **STSJ CyL\Valladolid 01/03/21** (r103/21): “Una indemnización adicional a la legal en caso de declaración de improcedencia del despido es posible”; y **STSJ Navarra 24/06/21** (r198/21)

b. Improcedencia + indemnización complementaria (y II)

Rechazo indemnización complementaria

STSJ Madrid 1 y 18/03/21 (r596/20; y r136/21)

«La legislación española no ha incluido ninguna indemnización especial o singular para el despido carente de causa ni ha distinguido diferentes clases de despido improcedente, calificación que se aplica siempre que el despido no quede justificado por las causas previstas en la ley, a menos que incurra en alguno de los supuestos de nulidad. **No cabe en el ordenamiento jurídico español que cada juez o tribunal pueda imponer la indemnización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente.** Si el legislador español no hubiera cumplido las disposiciones del Convenio, sería una cuestión que no puede ser examinada en el marco de un proceso judicial, sino en la normativa de la constitución de la OIT y los medios de control que en ella se articulan respecto al cumplimiento de sus disposiciones por los Estados signatarios de los convenios»

+ **STSJ Galicia 23/03/21** (r360/21); y (2) **12/01/21** (r1507/17 y r1563/17),

a y b. Nulidad / Improcedencia + indemnización complementaria: Valoración crítica

- Dimensión sustantiva vs. Procesal: No confundir ilicitud de la decisión de despedir (negocio jurídico nulo) con calificación de nulidad [ejecución procesal/ppio Economía procesal + variabilidad en f(x) de política legislativa].
- El “despido libre indemnizado” no “existe” (despido no es negocio jurídico abstracto – “acausal”). Estar dispuesto a asumir coste de un incumplimiento contractual, no convierte conducta ilícita en lícita (“coste de oportunidad”) [en este sentido también **STSJ\And Sev 19/11/20** (r3571/20)]
- Para que algo sea “disuasivo” debe ser previamente conocido (sino es sólo punitivo). ¿Cómo medimos el carácter disuasivo de una indemnización? ¿Cómo sabemos que algo es “suficientemente” disuasivo?
- Si se materializan despidos sin causa, ¿la “indemnización no es disuasiva”? ¿**Sesgo de supervivencia**?
- No se vulnera C158 (admite compensación ec.). Ratificación CSEr (1996 – en vigor 1/7/21) y Resolución CEDS 11/09/19,(n158/2017), *LGIL v. Italy*, sobre el sistema indemnizatorio tasado italiano (ap. 96):
«cualquier límite máximo de indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a los perjuicios sufridos y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta (...). **Si existe un límite máximo de indemnización por daños pecuniarios, la víctima debe poder solicitar una indemnización por daños no pecuniarios a través de otras vías jurídicas** y los tribunales competentes para la indemnización por daños pecuniarios y no pecuniarios deben decidir en un plazo razonable»

c. Improcedencia (suplicación)

Doctrina “existente”: STS 05/05/15 (r2659/14) «Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido (...) la calificación aplicable es la de improcedencia’ del despido, y no la de nulidad del mismo».

- STSJ Madrid 25/11/20 (n1036/20)

«el artículo 2 del RDL 9/2020, pudiendo haber calificado al despido como nulo, ha optado por no hacerlo (...). No se prevé en el RDL 9/2020 (...) una prohibición de despido bajo sanción de nulidad (...), tampoco se ha modificado y bien podía haberlo hecho, la redacción del artículo 124 de la LRJS, el despido no puede calificarse como nulo. (...) [N]o es razonable interpretar ese silencio como un mero olvido».

Y añade que el **uso del término «justificativas» es determinante:**

“si la causa productiva, no es justificativa del despido, esto significa que la causa productiva relacionada con el Covid-19 no lo prueba, el despido no está probado y por lo tanto, resulta improcedente o en este caso, no ajustado a derecho. No nulo».

- **Doctrina mayoritaria (al menos, 25):** SSTSJ MAD 27/11/20 (r438/20); y 2 y 17/02/21 (r18/21); 12 y 16/07/21 (r458/21; r472/21); CyL\BUR 15/01/21 (r429/20); y 24/02/21 (r21/21); CyL\VALL 19/04/21 (r359/21); y 26/03/21 (r300/21); CAT (4) 23/04/21 (r5233/20; r136/21; r826/21; r135/21); 11 y 31/03/21 (r 4487/20; r3825/20); y 03/12/20 (r60/20); AST 26/01/21 (r1945/20); 26/05/21 (r843/21); y 27/07/21 (r1574/21); GAL 11/03/21 (r150/21); 13/04/21 (r394/21); 11 y 21/06/21 (r1292/21; r2007/21); And\MÁL 16/06/21 (r845/21); ARA 13/04/21 (r179/21).

c. + Improcedencia (instancia)

- **SJS/35 BCN 18/11/2020** (n50/20):
no incumple C158/indemnización ya es disuasoria
- **SSJS/26 BCN 13/10/2020** (n229/20);
31/07/2020 (n168/20); **10/07/2020** (r348/20)
- **SSJS/4 P. Mallorca 31/08/20** (r304/2020); y
5/7/2020 (r346/20)
- **SJS/11 Bilbao 19/11/2020** (n?6/20)
- **SJS/3 Pamplona 21/12/20** (r637/20);
- **SSJS/2 Salamanca (2) 21/12/20** (r600/20;
r444/20)
- **SJS/1 Ciudad Real 10/12/20** (r414/20)
- **SJS/2 Ciudad Real 17/11/20** (r445/20)
- **SSJS/3 Ciudad Real 29/09/20** (r234/20);
30/11/20 (r418/20)
- **SJS/2 Toledo 18/11/20** (r959/20)
- **SJS/3 Arrecife 24/03/21** (n325/20)
- **SJS/2 Girona 21/12/20** (r551/20)

- **SSJS/1 Oviedo 19 y 22/10/20** (r295/20; r305/20)
- **SJS/1 Mieres 04/08/2020** (r319/20)
- **SSJS/1 León 01/10/20** (r253/20);
y (2) **22/09/20** (r261/20; r331/20)
- **SJS/1 Soria 09/09/20** (r216/20),
- **SSJS/3 Gijón 03/11/20** (r316/20); y
18/9/20 (r277/20)
- **SSJS/1 Ponferrada 09/10/20** (r225/20);
24/6/20 (r174/20)
- **SSJS/5 Vall. 21/07/2020** (r237/20); **14/10/20**
(r335/20); **23/11/20** (r302/20); y **15/12/20**
(r371/20)
- **SSJS/4 Vall. 14/10/20** (r335/20); **26/10/20**
(r355/20)
- **SSJS/1 Palencia 01/10/20** (r281/20)
01/12/20 (r269/20); **29/12/20** (r274/20)

d. Procedencia

- carácter “indirecto” de la causa (especialmente, en los supuestos en los que la decisión extintiva de la contratista ha sido provocada por la decisión de la principal);

SSTSJ CAT 11/12/20 (r50/20); MAD 30/11/20 (r399/20); PV 02/03/21 (r46/21); y SJS/31 BCN 05/02/21 (n59/21)

- carácter previo de la causa a la pandemia (pese a su agravación motivada por esta);

SJS/31 BCN 05/02/21 (n59/21); SJS/4 Gijón 25/11/20 (r223/20); SJS/3 Logroño 11/12/20 (r282/20); SJS/2 Salamanca 30/11/20 (r558/20); SJS/1 Gijón 21/12/20 (r506/20)

- nuevas causas diferenciadas de las que provocaron el ERTE;

STSJ Aragón 15/02/21 (r679/20)

- extinción (acordada o no con los trabajadores) en un supuesto de liquidación.

SSTSJ Madrid 28/10/20 (r450/20); Comunitat Valenciana 22/03/21 (r29/2020)

- cierre de centro de trabajo: STSJ MAD 12/07/21 (r458/21)

e. El art. 2 RD Ley 9/2020 es contrario al derecho de la UE SJS/1 BCN 15/12/20 (n283/20)

- Art. 2 RD Ley 9/20 y tránsito de ERTE a ERE

SSTS 17/07/14 (r32/2014); y 12/03/14 (r673/13), deben concurrir, al menos, **una de estas dos** condiciones:

- bien, la concurrencia de una **causa distinta y sobrevenida** de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión;
- bien, tratándose de la **misma causa**, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión».

Y, para el caso de que el ERTE sea fruto de un **acuerdo** o por **decisión unilateral** del empresario, se exige que se haya producido una alteración grave de las circunstancias.

- Art. 2 RD Ley 9/20 y tránsito de ERTE a ERE art. 2 RD Ley 9/20 vigente hasta 28/02/22 (= **FM = DEFINITIVA!**)

- Pasar de ERTE/FM a ERE/CETOP: tránsito ok (“causa distinta”, si no está “vinculada” a COVID19 – art. 2 RD Ley 9/20)

STSJ AST 26/10/20 (r27/20): ERE nulo; STSJ And\Sev 29/10/20 (r21/20): ERE nulo falta documentación (pero tránsito de ERTE/FM a ERE/EC, ok); STSJ CAT 3/12/20 ERE injustificado pq causas son iguales que ERTE anterior

- Pasar de ERTE/CETOP a ERE/FM: tránsito ok (“causa distinta”, si no está “vinculada” a COVID19 – art. 2 RD Ley 9/20)

- Pasar de ERTE/CETOP a ERE/CETOP: tránsito ok (si “cambio sustancial circunstancias” y no están “vinculadas” a COVID19 – art. 2 RD Ley 9/20)

- Pasar de ERTE/FM a ERE/FM: es difícil que “cambio sustancial circunstancias” no esté “vinculada” a COVID19 – art. 2 RD Ley 9/20)

- ¡OJO! Si ERTE/FM **parcial** o **limitativo** describe excesiva onerosidad – tránsito justificado a ERE/CETOP más complejo

¿A pesar de que se siga el procedimiento y concurra una causa suficiente, iniciar un ERE a sabiendas que es “injustificado” ex art. 2 RD Ley 9/20 es nulo?

Si permanecen trabajadores, su estabilidad en el empleo (art. 35 CE) sugiere que la calificación debería ser la improcedencia (no la nulidad): debería ser “simplemente” “no ajustado a derecho”

- ERE (sin tránsito desde ERTE o con ERTE finalizado)

COVID-19 y despido colectivo nulo

Despido nulo por superación de los umbrales del despido colectivo (incluyendo desistimiento durante período de prueba) e incumplimiento del procedimiento (**STSJ PV 12/11/20**, r9/20) – se desconoce la “suerte” de la solicitud del ERTE. Ratificada por **STS\Pleno 22/09/21** (r106/21)

Despido colectivo nulo (tras ERTE ya finalizado): incumplimiento período de consultas: **STSJ Aragón 27/10/20** (r395/20)

STSJ Madrid 25/11/20 (n1036/20), entiende que en un supuesto de despido colectivo (sin previo ERTE) en el que se he alcanzado un acuerdo durante el período de consultas, la causa productiva alegada – pérdida de la contrata – es injustificada porque, en contra de lo argumentado, sí está relacionado con el COVID-19 (aplica art. 2 RD Ley 9/2020)

COVID-19 y despido colectivo procedente

STSJ Madrid 28/10/20 (r450/20) entiende que es procedente el despido colectivo de toda la plantilla acordado con la representación de los trabajadores en mayo de 2020 de una empresa de limpieza a la que se le ha denegado un ERTE por COVID-19 con anterioridad (abril 2020) y que, solicitado concurso voluntario posteriormente (septiembre 2020), se ha dado curso a la extinción de la entidad (+ **STSJ Comunitat Valenciana 22/3/21**, r29/2020).

b. Despido en tiempo de pandemia

B. DESPIDO EN TIEMPO DE PANDEMIA

Desistimiento ajustado durante período de prueba y COVID-19

SJS/3 Valladolid 30/11/20 (r363/20): desistimiento durante período de prueba de trabajador que ha comunicado por whatsapp que no se encuentra bien.

Desistimiento durante período de prueba y COVID-19 calificado como despido nulo

STSJ MAD 17/3/21 (r55/2021) califica como despido nulo (por vulneración del derecho a la salud y a su protección adecuada por parte del empleador) el desistimiento empresarial durante el período de prueba de una trabajadora de un geriátrico que ha causado baja por COVID19

Extinción contrato temporal *ante tempus* (art. 5 RD Ley 9/2020)

Despido improcedente contrato temporal extinguido *ante tempus* (art. 5 RD Ley 9/20)

SJS/1 Palencia 23/11/20 (r358/20), entiende que la extinción de un contrato por obra y servicio debe ser declarada improcedente porque al no respetar el contenido del art. 5 RD Ley 9/2020 se ha producido una extinción ante tempus injustificada

Resolución por incumplimiento del empresario y pandemia

Incumplimiento abono del salario

STSJ MAD 5/2/21 (r763/20) Retraso en el abono del más de tres mensualidades del salario por parte de una empresa municipal **NO constituye un incumplimiento** que justifique la resolución del contrato del art. 50 ET dadas las dificultades para el reconocimiento de la subvención provocada por el COVID19 sobre la que dependía la actividad.

B. DESPIDO EN TIEMPO DE PANDEMIA

Despido disciplinario y pandemia

Despido disciplinario: procedencia por incumplimiento medidas de protección

STSJ Cantabria 11/5/21 (r241/2021) es procedente el despido de una trabajadora de un supermercado que ha mantenido una discusión con una clienta cuando ésta última le recriminó que llevaba la mascarilla por debajo de la nariz (ratifica criterio de la **SJS/6 Santander 22/01/21**, n24/21)

SJS/4 Gijón 4/11/20 (r298/20) declara la procedencia del cese de un trabajador por su negativa al uso de mascarilla y lavado de manos para recogida de pedidos

Despido disciplinario: improcedencia

Despido improcedente: por inasistencia - *Inasistencia al trabajo por miedo al contagio*

STSJ País Vasco 9/3/21 (r183/21) califica como improcedente el despido de un trabajador con antecedentes de asma que abandona su puesto de trabajo porque la empresa no le facilita la protección adecuada (en concreto, mascarillas – en un momento de la pandemia en la que escaseaban).

SJS/1 Cáceres 5/10/20 (r191/20)

Despido improcedente: por inasistencia - *Inasistencia por posible positivo por COVID-19*

SJS/2 Palencia 8/10/20 (r288/20) declara el despido improcedente despido por inasistencia al trabajo tras comunicar que es posible positivo en Covid.

B. DESPIDO EN TIEMPO DE PANDEMIA

Despido improcedente

Trabajador de vacaciones que retrasa retorno por COVID-19
SJS/1 Cáceres (según nota de prensa del CGPJ)

COVID-19 y Enfermedad

Nulidad por ser enfermedad estigmatizante / segregadora

STSJ País Vasco 19/10/21 (núm.), declara discriminación por infección del COVID-19 (segregación) en desistimiento durante período de prueba de una trabajadora interina por sustitución de un centro escolar, producido a los 6 días de inicio de relación, tras comunicar su contagio. Reconoce una indemnización de 6.251 € por daños y perjuicios.

SJS/1 Mataró 1/2/21 (r363/20);

SJS/9 Murcia 10/12/20 (r275/20).

B. DESPIDO EN TIEMPO DE PANDEMIA

COVID-19 y Riesgo

Sanción disciplinaria (y no despido) por incumplimiento de medidas de protección

STSJ CyL\Burgos 3/3/21 (r30/21)

Despido improcedente: desobediencia de trabajador perteneciente a colectivo de riesgo

SSTSJ PV 9/3/21 (r183/21); Galicia 1/2/21 (r4081/20) – negativa a realizar un viaje al extranjero;

Despido procedente: ausencias injustificadas de trabajador perteneciente a colectivo de riesgo

STSJ Com. Valenciana 20/7/21 (r1232/21)

Despido procedente: ausencias por miedo a contagio injustificadas

STSJ Asturias 20/7/21 (r1390/21)

Despido procedente: negativa/engaño a usar EPI

SSTSJ CyL\VALL 24/7/21 (r964/21); Asturias 2/3/21 (r248/21)

Nulidad en despido injustificado de persona de baja por ser colectivo de riesgo por COVID-19

STSJ Cataluña 2/6/21 (r1564/21); SJS/26 BCN 14/12/20 (r494/20)

Nulidad en despido injustificado por negativa a realizar prueba de PCR

SJS/3 Móstoles 29/12/20 (n1/20)

Cláusula salvaguarda empleo: ¿qué efectos produce el incumplimiento?

Consecuencias de incumplimiento (reacciones):

Incumplimiento CSE no afecta a la calificación del despido

STSJ PV 24/2/21 (r200/21): La DA 6ª RDL 8/20 no implica una nulidad del despido, pues la incidencia del incumplimiento se refiere a la vía administrativa, con la pérdida de beneficios, pero nada implica en orden al cese y sus consecuencias; y **SJS/1 Soria 14/12/20** (r275/20)

Incumplimiento CSE y relación con “prohibición” despido (¿?)

STSJ Madrid 10/9/21 (r410/21): Si las causas del despido no son las mismas que las del ERTE previo, no resulta aplicable el compromiso de la empresa de mantener el empleo durante 6 meses y el despido es procedente

Incumplimiento CSE no «activa» la prohibición de despedir si concurre concurso

SJS/1 Gijón 21/12/20 (r506/20)

CSE establece una prohibición de despedir

SJS/3 Talavera de la Reina 15/12/20 (r452/20)

Cláusula salvaguarda empleo: ¿qué efectos produce el incumplimiento?

Consecuencias de incumplimiento (reacciones):

Imprudencia por incumplimiento de la CSE

STSJ PV 7/9/21 ([rec.](#)), confirmando el criterio de la instancia, confirma que la extinción del contrato por jubilación del empresario un día después del ERTE por reducción de jornada por fuerza mayor ex RD Ley 8/2020 acompañado del cierre del establecimiento y fin de la actividad (venta al por menor de ropa) es impropio por incumplimiento de la CSE ex DA 6ª RD Ley 8/2020

STSJ Navarra 24/6/21 (r198/21)

“tal y como se encuentra redactada la disposición normativa objeto de análisis, en modo alguno es posible desprender (...) la nulidad de un despido que en su caso pudiera implicar el incumplimiento del señalado compromiso de empleo. Antes al contrario, la propia disposición en cuestión contempla de forma expresa la única consecuencia anudada a su incumplimiento. Consecuencia que, única y exclusivamente, refiere al reintegro de las cuotas empresariales a la Seguridad Social que, en su caso, pudieran haber disfrutado las empresas con expedientes de regulación temporal de empleo COVID-19, mas no a la calificación (en un sentido u otro) de los despidos y/o extinciones de los contratos de trabajo de cualquiera de las personas trabajadoras afectadas por dichos expedientes”

Cláusula salvaguarda empleo: ¿qué efectos produce el incumplimiento?

Consecuencias de incumplimiento (reacciones):

¿Nulidad por incumplimiento de la CSE?

STSJ Asturias 26/5/21 (r843/21)

"Del contenido de tales disposiciones resulta que ninguna de ellas establece una prohibición de despedir, ni tampoco la sanción de nulidad para el caso de la extinción del contrato o del despido de las personas afectadas por los expedientes de suspensión de contratos del artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020, cuando hay un incumplimiento de la empresa del compromiso de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad que conlleve la sanción de nulidad.

VALORACIÓN FINAL

- Régimen jurídico excesivamente “incierto” – ¿“colapso interpretativo”?
¿Exceso de interpretaciones “finalísticas”?

Expectantes al TS...

- Contención del empleo y supervivencia de la empresa / Estabilidad en el empleo de los que pierden el empleo vs. Estabilidad en el empleo de los que permanecen
- Art. 2 Ley 3/2021 [+ CSE (DA 6ª RD Ley 8/2020)] = ¿una combinación contra-productiva para alcanzar el fin declarado? ¿Excepcionalidad interpretativa judicial?
- Indemnización “complementaria” en despido improcedente: ¿nuevo paradigma en las relaciones laborales? ¿Debería incluirse en el nuevo ET?



ICAIB

Ilustre Colegio de
Abogados de
Baleares

El despido y la pandemia

**¡Muchas
gracias!**

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Profesor Agregado y TU Acreditado

 @ibdehere



23 noviembre 2021