

PROHIBICIÓN DE DESPIDOS POR COVID-19

*BAN ON DISMISSAL BY COVID-19*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 734-743*



Emma  
RODRÍGUEZ  
RODRÍGUEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de mayo de 2020  
ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

**RESUMEN:** Un aspecto central que se establece en la normativa laboral de urgencia para hacer frente a los graves efectos económicos y sociales del COVID-19 es la prohibición de despedir por causas derivadas de los propios efectos jurídicos de la crisis sanitaria y la declaración del estado de alarma. Además, se establece un compromiso de mantenimiento del empleo durante los seis meses siguientes a la reanudación de la actividad. Se trata de previsiones complementarias con las que el legislador gubernativo intenta evitar la destrucción definitiva de puestos de trabajo e intentar paliar el impacto social de la pandemia.

**PALABRAS CLAVE:** Prohibición de despido; calificación jurídica; compromiso de empleo; sanciones laborales.

**ABSTRACT:** A core feature of emergency labor regulations to face the serious economic and social effects of COVID-19 is the prohibition of dismissal for causes derived from the legal effects of the health crisis and the proclamation of the state of alarm. In addition, a commitment to maintain employment is established during the six months after economic activity is resumed. These are complementary provisions with which the legislator tries to avoid the permanent destruction of jobs and mitigate the social impact of the pandemic.

**KEY WORDS:** Prohibition of dismissal; legal qualification; employment commitment; labour penalties.

1. El Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, como su propio nombre indica, ha venido a “complementar” las “medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos” previstas en Capítulo II del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

La primera de esas “medidas complementarias” se recoge en el art. 2 de RD-ley 9/2020 al disponer que la “suspensión de contrato 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 causas justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Es, por lo tanto, fundamental poner en común ambas normas para llevar a cabo una correcta interpretación del mandato legislativo.

En efecto, el RD-ley 8/2020 reitera en varias ocasiones –casi podríamos afirmar que con un espíritu didáctico- que la prioridad que persigue es proteger el tejido productivo y social, focalizando ese impacto en el mantenimiento de todo el empleo que sea posible. La norma, en primer lugar, amplía la encorsetada regulación de los ERTes, eso sí, delimitando tal flexibilidad temporal de las empresas a los supuestos derivados o que tengan su “causa directa en pérdidas de actividad ocasionadas por el COVID-19”, según el Criterio interpretativo de la Dirección General –DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo-.

Simultáneamente, en una especie de contrapartida, pretende contener la destrucción definitiva de puestos de trabajo con el requisito de la DA 6ª, sobre el mantenimiento del nivel de empleo en la empresa, que se comentará a continuación. Pero no sólo, pues refuerza la protección de los trabajadores afectados, a través del reconocimiento de prestaciones de carácter extraordinario –la prestación de desempleo más allá de los casos legales previos con anterioridad a la pandemia, así como la de cese de actividad, para autónomos- y otra serie de derechos vinculados a las acuciantes necesidades de conciliación entre las obligaciones laborales y familiares –el llamado Plan MeCUIDA (denominación otorgada por el art. 15 del RD-ley 15/2020)-.

2. Se puede afirmar que se ha aprovechado el campo de cultivo existente en la normativa laboral respecto de la flexibilidad interna empresarial, pero limitándola

• **Emma Rodríguez Rodríguez**

Profesora Contratada Doctora (Acreditada TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo. Correo electrónico: emmarodriguez@uvigo.es

ahora por estas normas de urgencia en aras de atribuir también cierta seguridad para los destinatarios de estas medidas. A pesar de la referencia expresa del RD-ley 8/2020 sobre su intención de evitar despidos, muchos contratos temporales, subcontrataciones y otros vínculos laborales precarizados a causa de la legislación heredada de la crisis de 2008, ha optado por rescindirlos frente a la opción de los ERTes, incluso en los días previos a que se decretase el estado de alarma. En el mes de abril la tasa de paro en España vuelve a colocarse por encima del 14%. Según los datos del INE, alcanza el 14,41% a cierre del primer trimestre del año, coincidiendo con la llegada del coronavirus y el inicio del estado de alarma decretado por el Gobierno. La Encuesta de Población Activa (EPA) del organismo de estadísticas muestra un descenso de 285.600 ocupados entre enero y marzo, lo que deja el número total de afiliados a la Seguridad Social en 19,68 millones.

**3.** Esta destrucción de empleo es la peor consecuencia, en términos económicos y sociales de la pandemia, como reconoce el legislador. Por eso, para intentar evitarla o frenarla en mayor medida, pocos días después de esa extensa primera norma con la que el legislador pretendía minimizar el impacto social centrándose en la flexibilidad interna, aprueba el RD-ley 9/2020 con previsiones complementarias, restrictivas y directas hacia esas dinámicas destructivas de empleo, tanto indefinido como temporal.

Por lo tanto, al igual que las medidas de los ERTes se estipulan como consecuencia de crisis sanitaria y se ofrecen una serie de “concesiones” a los que se acojan a ellos –bonificación en cotizaciones y la exención del pago a los trabajadores que incluya-, el poder directivo empresarial y, más en general, el derecho de libertad de empresa (art. 38 CE), cede a favor de la protección de la salud (art. 15 CE), ante la urgente y perentoria necesidad que conlleva la crisis sanitaria.

Esta explicación se refuerza con el límite temporal – “mientras se mantenga la situación extraordinaria”- que en todo momento se establece para todas las previsiones relacionadas con el COVID-19 y el propio estado de alarma. Dejando a un lado la actual reclamación sobre la mayor flexibilidad de los ERTes y la extensión de los beneficios en las cotizaciones para todo tipo de expedientes, el mantenimiento del nivel de empleo es el leitmotiv de toda la normativa laboral que surge en este momento.

**4.** De tal manera, la prohibición de despido del art. 2 RD-ley 9/2020 tendrá la virtualidad que se deriva de las normas que lo prevén y bajo esa excepcionalidad inaudita deben despejarse las incógnitas que surjan en su aplicación práctica.

a) En cuanto al ámbito objetivo, parece bastante claro que la prohibición de despedir se refiere a las basadas en fuerza mayor y causas objetivas relacionadas con el COVID-19. Es decir, como ha mantenido de manera unánime la doctrina, esta regulación no afecta a los despidos disciplinarios o a cualquier otro individual o colectivo que pudiese producirse, siempre que sea por causas ajenas a la pandemia. Con el panorama actual, esto parece hartamente complicado, si bien, resulta perfectamente plausible y queda claro, de nuevo, el espíritu excepcional y restringido de la norma, en su conjunto. Es decir, la norma en modo alguno tendrá efectos limitativos de extinciones contractuales legítimas, ni frente a despidos procedentes ajenos a la crisis sanitaria.

b) Más dificultades interpretativas parecen derivarse de la consecuencia jurídica del incumplimiento de esa prohibición de despedir. El legislador de urgencia ha considerado que las causas que justifican las medidas de flexibilidad interna temporal, en ningún caso podrán justificar un despido procedente. Por lo tanto, el despido se calificará como improcedente o como nulo, según las alternativas que ofrece el ámbito legislativo español.

Aunque de la literalidad de la norma y con una interpretación basada en la protección de la salud, como derecho fundamental superior a proteger -no sólo la salud de los trabajadores-, cabría mantener que se trata de una prohibición tajante y su infracción acarrearía la nulidad de la decisión empresarial, la mayoría de los autores se decantan por la improcedencia. Lo cierto es que se trata de una regulación excepcionalísima y específica para un intervalo temporal concreto, con un origen determinado y una finalidad superior al propio orden laboral, y que se debe entender con urgencia y preferencia respecto de la normativa laboral general aplicable hasta el momento. Además, sería hasta más pertinente entender que el poder empresarial que se extralimite, en estos casos de emergencia nacional, causa un "coste laboral" con la destrucción de empleo que justificaría que la sanción del acto fuese la nulidad.

Ahora bien, se trata únicamente de una "aparente prohibición", ya que el legislador se limita a entender que estos despidos carecen de "causa justificativa". En efecto se trata más bien de una "declaración *ex lege* de improcedencia, con las consecuencias de encarecimiento en la indemnización que ello implica. Se seguiría así la jurisprudencia consolidada que se decanta por la calificación de improcedencia, ante la ausencia de especificación de la norma (por todas, STS de 5 de mayo de 2015; rec. 2659/2014). También se ha mantenido esta postura por entender que respalda la efectividad real y práctica de la norma, sobre todo en empresas pequeñas en las que la readmisión de trabajadores se volvería irrealizable, en muchos casos.

A mayor abundamiento, un análisis comparado con la legislación italiana sobre el bloqueo de los despidos en supuestos por COVID-19, la doctrina concluye que el legislador español no ha establecido una norma equiparable, pero tampoco ha concedido una moratoria a las empresas para que puedan recurrir a las extinciones contractuales.

c) Finalmente, de la propia redacción del art. 2 RD-ley 9/2020, parece advertirse una aparente reiteración en la redacción al referirse a la prohibición de llevar a cabo “la extinción del contrato de trabajo ni del despido”. Es cierto que todo despido implica la extinción del contrato y también que la terminología empleada parece referirse a la distinción clásica entre la terminación de los contratos temporales *ante tempus* y la propia resolución contractual motivada o a instancias de una de las partes.

Podría entenderse, sin embargo, que el legislador ha querido eliminar cualquier tipo de duda y se adelanta a las propias disposiciones del art. 5 del mismo texto legal, sobre la limitación en la extinción de los contratos temporales. Es más, abarcaría así cualquier forma de terminación de la relación contractual que se derive directa o indirectamente de la crisis sanitaria, sin causa justificada independiente y procedente, como, por ejemplo, alcanzar la edad de jubilación o el desistimiento durante el período de prueba que se haya podido completar en la duración establecida. En esta línea, resulta muy clarificador el RD-ley 11/2020 que contienen reglas específicas, no tanto para evitar la extinción o el despido, sino para ampliar el límite máximo legal de duración de determinados contratos temporales vinculados a servicios públicos, por lo tanto, sin posibilidad de aplicación de ERTes, ni de declararse indefinidos por “fraude de ley” porque en realidad su impedimento para desarrollar su trabajo de deriva del estado de alarma decretado por la emergencia sanitaria– contratos temporales de investigadores y profesores según la Ley Orgánica de Universidades y los integrados en el Sistema Nacional de Salud, DA 12ª y DA 13ª, respectivamente.

**5.** Como ya se ha adelantado, la prohibición de despedir es una cláusula pareja a la que establecía la DA 6ª RD-ley 8/2020 que condiciona las “medidas extraordinarias” que prevé en el ámbito laboral al “compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”. La aplicación expresa esta exigencia sobre el mantenimiento del empleo se ha extendido a las empresas concursadas que “resulten viables”, por lo que pueden acogerse a los beneficios de estas medidas siempre que presenten en oportuno “compromiso” al respecto, según la DA 10ª.2 del RD 11/2020. De la redacción prevista en estas disposiciones se derivan ciertas incertidumbres que el mismo legislador de urgencia ha ido aclarando en posteriores normas gubernativas.

a) Por un lado, surge la duda sobre la extensión aplicativa de las medidas a las que se refiere. En efecto, el Capítulo II del RD-ley 8/2020 establece ciertas medidas excepcionales de regulación temporal de empleo, de exoneración de cuotas empresariales en los expedientes de fuerza mayor y de protección de desempleo (art. 28), “mientras se mantenga la situación extraordinaria derivada del COVID-19”.

Queda claro que este requisito sobre el mantenimiento del empleo deberá empezar a computarse con posterioridad a la pérdida de vigencia de esas medidas de regulación temporal del empleo que se derivan de los efectos del coronavirus y del estado de alarma. Sin embargo, parece que se establecen diferencias para el cumplimiento de esa obligación entre los dos tipos de ERTes que pueden adoptarse. De hecho, el Criterio interpretativo de la Dirección General –DGE-SGON-811bis CRA, de 19 de marzo- señala expresamente que todos los expedientes debidos a fuerza mayor temporal deberán contar con el compromiso de mantener el empleo, mientras que guarda silencio respecto a los basados en causas objetivas. Además, el RD-ley 9/2020 precisó que la duración máxima de los expedientes por fuerza mayor será la del estado de alarma y sus posibles prórrogas (DA 1ª), lo que dio lugar a interpretaciones restrictivas del compromiso de empleo, al entender que la norma no lo preveía respecto de los ERTes por otras causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o de producción), se limitaría sólo a los ERTes por fuerza mayor en los que se solicitase la exención de cuotas. No obstante, parece intuirse que el legislador gubernativo omitió esa referencia explícita a los expedientes por causas objetivas porque era plenamente consciente del más que posible encadenamiento de estas medidas extraordinarias con ERTes ordinarios, una vez que se reactive la economía, ya no basados en fuerza mayor –pues el COVID-19 habrá cedido en su influencia-, pero sí en causas objetivas lícitas y –por desgracia- reales.

En realidad, el RD-ley 11/2020 aclaró en su exposición de motivos la finalidad perseguida por el legislador de urgencia sobre la salvaguarda del empleo existente durante seis meses “desde la finalización de las medidas de reducción de jornada o suspensión de los contratos basados en COVID-19”, sin distinguir que sea por fuerza mayor o por causas empresariales, computándose desde que se reanude la actividad, aunque en ese momento inicial se vean abocadas a acudir de nuevo a un ERTE ordinario por causas empresariales.

A mayor abundamiento, la DA 14ª RD-ley 11/2020 del ha matizado más esa exigencia al afirmar, en términos generales, que ese compromiso –se referirá, en particular a los sectores de artes escénicas, musicales, cinematográficas y audiovisuales- “se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en

particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo o una relación directa con eventos o espectáculos concretos", como a los que se dirige concretamente. Y, la misma disposición normativa, en consonancia con la exposición de motivos, recuerdan que este compromiso no se incumple cuando el contrato se extinga por despido disciplinario procedente, dimisión, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora; por su parte, en el caso de los contratos temporales, tampoco se incumple el requisito sobre el mantenimiento del empleo cuando el contrato se extinga por la expiración del tiempo convenido o la realización del contrato por obra o servicio determinado o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

b) Por último, la otra incógnita se refiere a la determinación de las consecuencias del incumplimiento del compromiso de empleo. Desde un inicio, por analogía con el RD-ley 16/2014, que preveía una cláusula similar para la activación del empleo, se ha interpretado que las empresas incumplidoras deberían reintegrar el importe de las cotizaciones cuyo pago resultó exonerado, además de hacer frente a los intereses de demora y demás consecuencias derivadas de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, RD legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS).

Como en las cuestiones tratadas con anterioridad, el propio legislador gubernativo, en la regulación posterior ha perfilado esta materia sancionatoria, que requiere de tipicidad para su aplicación. Primero, el RD-ley 9/2020 introduce modificaciones en los arts. 23 y 43 de la LISOS, además de una regulación concreta en su la DA 2ª, para especificar el régimen sancionador y el reintegro de prestaciones indebidas, incluyendo la deducción de los salarios no pagados por el empresario, así como las sanciones correspondientes. Segundo, y más determinante, es la DF 9ª del RD-ley 15/2020, que modificando esa DA 2ª de la norma anterior, introduce la responsabilidad empresarial directa en la devolución de las prestaciones indebidamente generadas. También resulta fundamental el reconocimiento explícito del derecho del trabajador a percibir su salario, deduciendo las cantidades que haya podido percibir en concepto de desempleo. En este mismo orden de cosas, los plazos de la actuación de la Inspección de Trabajo para revisar y, en su caso, sancionar los incumplimientos se suspenden, dotándole así de más capacidad de control sobre los recursos públicos.

**6.** Como conclusión, parece clara que la intención del legislador respecto de la indemnización derivada de un despido prohibido, según el art.2 RD-ley 9/2020, deberá ascender a 33 días por año trabajado, frente a los 20 días por año trabajado que estipula la norma ordinaria para del despido por causas objetivas o a los 12 días para las extinciones de los contratos temporales. Se trata de una postura



acertada y correcta que presiona e incide en la capacidad de gestión empresarial, sobre todo porque irá acompañada de la sanción administrativa correspondiente y la devolución de las cuotas a la Seguridad Social, además de los salarios pertinentes que reclamará el trabajador.

Es cierto que, de entrada, parece lógico que la calificación fuese la nulidad, pero se trata de una regulación demasiado general –con ausencia de tipicidad- y cuyo amparo en el derecho fundamental a la salud de todas las personas, excede de la interpretación de la norma laboral, en sentido estricto. Parece que lo deseable, tal vez se volviese irrealizable y a través de esta redacción normativa se ha alcanzado el deseado consenso con los interlocutores sociales –son quiénes las vana a aplicar- en la promulgación de estas normas laborales de urgencia.

En cualquier caso, puede afirmarse que la conflictividad en los tribunales derivada de estas previsiones limitativas del despido por COVID-19 y sus consecuencias, está asegurada ante la variada casuística a la que debe hacer frente, si bien no debe olvidarse que su finalidad principal es garantizar el interés general ante una situación de crisis sanitaria excepcionalísima y sus nefastas consecuencias sociales.

