



Newsletter Laboral

GARRIGUES

Mayo 2021

Índice

1. Nulidad del despido colectivo y libertad de empresa

Federico Durán López

2. Flashes de actualidad

El Gobierno se marca como objetivo reformar el mercado laboral antes de 2022

Los ERTE se mantienen hasta el 31 de mayo de 2021 mientras continúan las conversaciones entre Gobierno y agentes sociales sobre prórrogas adicionales

Ya está disponible la herramienta de registro retributivo

La Inspección de Trabajo publica el Criterio Técnico nº 104/2021 sobre actuaciones en riesgos psicosociales

España traspone la nueva Directiva 'Posting' de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional

3. Sentencias

La doctrina judicial mayoritaria se decanta por que la “prohibición de despedir” conlleve únicamente la improcedencia

El incumplimiento de la obligación de prorratear las pagas extraordinarias permite a los trabajadores reclamar, de manera adicional, la cantidad ya abonada de forma prorrateada

El cambio en la fijación de los objetivos del bonus no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando se establece esa posibilidad en el pacto individual

El Tribunal Constitucional admite que el despido realizado con una prueba que ha vulnerado derechos fundamentales pueda ser improcedente

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid revoca una sentencia que obligaba a la readmisión en caso de improcedencia

1. Nulidad del despido colectivo y libertad de empresa

Federico Durán López

El incumplimiento de los procedimientos de despido colectivo puede ser sancionado de diversas maneras, pero, en la mayor parte de los casos, la ejecución de una sentencia de nulidad de un despido colectivo no podría hacerse sin violentar la libertad de empresa.

La “liberalización” de los despidos colectivos, con la supresión de la autorización administrativa previa para su ejecución, se llevó a cabo, en nuestro ordenamiento, siguiendo un inadecuado paralelismo con la regulación de los despidos individuales. El acento se pone, por el legislador —y en esa estela se sitúan, reforzando sus rasgos, la práctica administrativa y la doctrina judicial—, en las causas que pueden justificar legalmente el despido colectivo y en el control judicial del mismo. Causalidad y control, junto al resarcimiento económico (la indemnización de los despedidos), son elementos fundamentales en los que se basa la regulación de los despidos colectivos o económicos. Baste reparar en que el tratamiento que pueden dar las resoluciones judiciales a los despidos colectivos es, *mutatis mutandi*, el de los despidos individuales: el despido puede ser calificado judicialmente como ajustado a derecho (procedente), no ajustado a derecho (improcedente) o nulo.

Este planteamiento normativo está en el origen de la elevada litigiosidad en torno a los procesos de reestructuración empresarial y de los numerosos problemas que, al hilo del control judicial de los despidos, se vienen planteando. Si el control administrativo *a priori* se sustituyó por el control judicial *a posteriori*, ello se hizo sin tener en cuenta las particularidades que concurren en los supuestos de despidos colectivos. Si en el despido individual lo que está en juego es un incumplimiento contractual (o la concurrencia de circunstancias sobrevenidas particularmente onerosas para la continuación del vínculo contractual), en los despidos colectivos entran en juego otros factores, enteramente alejados de las vicisitudes del cumplimiento contractual, como son, sobre todo, la libertad de empresa, por una parte, y la defensa del empleo por otra.

En cuanto a la libertad de empresa, no puede decirse que el legislador haya sido muy sensible a sus exigencias. La normativa española, que en lo sustancial transpone la directiva europea (Directiva 98/59/CE), ignora que esta se centra, sin cuestionar la libertad de empresa, en garantizar, con ocasión del despido colectivo, el respeto de procedimientos de información y consulta de los trabajadores para afrontar los problemas del empleo, en particular mediante la adopción de medidas (sociales de acompañamiento) dirigidas a aminorar el alcance de los despidos o a paliar sus consecuencias. La regulación comunitaria, como ha sido recordado recientemente (Navarro Nieto, *Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo*), trata de establecer un procedimiento (participativo) a respetar para la ejecución de las decisiones empresariales, sin cuestionar la libertad de empresa y la facultad de decidir un despido colectivo que le es inherente (ya hace tiempo, el TJUE afirmó, en una sentencia de 1995, que “la Directiva tiene como finalidad exclusiva la armonización parcial de los procedimientos de despido colectivo, y no tiene por objeto restringir la libertad de las empresas para proceder a la organización de sus actividades y estructurar su departamento de personal de la forma que les parezca más en consonancia con sus necesidades”). Cuando el control judicial de las causas de despido colectivo no se limita, como sucede entre nosotros, a la comprobación del cumplimiento de los requisitos formales o procedimentales, sino que se extiende al enjuiciamiento de la adecuación, razonabilidad o proporcionalidad de las medidas adoptadas por el empresario, o a la subsistencia e intensidad de las causas alegadas para fundamentarlas, se está abriendo la puerta a un control judicial mucho más intenso de las decisiones empresariales, que puede llegar a limitar gravemente, o a anular, la libertad de empresa.

Por ello, como pone claramente de manifiesto la reciente tendencia de la doctrina judicial (en sentencias emblemáticas de nulidad de despidos colectivos), se ha buscado el condicionamiento

de las decisiones empresariales y el reforzamiento de su control judicial. La protección del empleo, la defensa de los intereses sociales afectados por los procesos de reestructuración empresarial, se ha puesto en mano de los jueces, olvidando que “el juez social no es la mejor solución en la gestión del empleo” (Navarro Nieto).

En su manifestación extrema, ello ha llevado a configurar en ocasiones la intervención administrativa, y judicial, en los procedimientos de despidos colectivos, como dirigida a evitar, a ultranza, la ejecución de los despidos y la adopción de las medidas previstas de reestructuración empresarial. Y ese no es un planteamiento razonable ni acorde con la normativa europea. Esta tiene siempre presente que los despidos colectivos o económicos se fundamentan en la libertad de empresa y que no se trata de negar dicha libertad sino de condicionar su ejercicio a través de procedimientos participativos para prestar adecuada atención a los intereses sociales (políticas de empleo y de reindustrialización) e individuales (acciones formativas, recolocación, compensaciones económicas). La óptica que ha prevalecido entre nosotros (y que también ha condicionado la actitud sindical que, en muchas ocasiones, no tiene otro planteamiento negociador que el de oponerse a cualquier despido) ha provocado, entre otras cosas, que el elemento central de los procesos de despidos colectivos haya sido el de las indemnizaciones. La discusión en torno a la cuantía de las mismas, ha dejado en la oscuridad los procesos de recolocación, las políticas formativas para facilitar el retorno al mercado de trabajo y otras medidas de acompañamiento social.

Si a todo ello se une la inadecuada regulación de la calificación judicial de los despidos y sus consecuencias, es fácil llegar a la conclusión de que todo el tratamiento jurídico de los despidos colectivos debería ser revisado. En particular, la figura de la nulidad del despido debería desaparecer en el caso de los despidos colectivos. No solo por las extralimitaciones judiciales que permite (se ha llegado a fundamentar la nulidad del despido en la ausencia de buena fe de la empresa, por cuanto siempre tuvo la intención de despedir; pero alma de cántaro, si la empresa no tuviera intención de despedir ¿para qué iba a plantear un despido colectivo?), sino, sobre todo, por las situaciones que provoca. El incumplimiento de los procedimientos de despido colectivo puede ser sancionado de diversas maneras, pero, en la mayor parte de los casos, la ejecución de una sentencia de nulidad de un despido colectivo no podría hacerse sin violentar la libertad de empresa.

En ese sentido, es muy interesante el auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, 23/21, de 5 de marzo de 2021. Se plantea el auto si una sentencia de nulidad de un despido colectivo es susceptible de ser ejecutada en sus propios términos, a lo que responde teniendo en cuenta el derecho a la libre empresa (artículo 38 de la Constitución Española), la libertad de establecimiento en el ámbito comunitario (artículo 49 del TFUE), y el que la reanudación de la actividad productiva y laboral “es una decisión organizativa que compete exclusivamente” a la empresa, en ejercicio del “derecho a la libertad de empresa constitucionalmente reconocida”. Por todo ello, considera el auto que estaríamos en presencia de una “obligación de hacer personalísimo”, esto es, “una obligación de hacer que no es susceptible de ser realizada por un tercero a expensas del ejecutado”, por lo que su negativa “a reponer a los trabajadores en sus anteriores condiciones de trabajo debe equipararse a la imposibilidad legal de readmisión”. Dependiendo la reapertura de las instalaciones productivas “de una decisión que ha de adoptar la ejecutada en el libre ejercicio de su libertad de empresa y de establecimiento, no siendo susceptible de ser suplida por actividad alguna del órgano jurisdiccional, hemos de concluir que existe una imposibilidad legal de readmisión en sus propios términos”, lo que lleva a la Sala a la aplicación del artículo 286 de la LRJS, declarando extinguida la relación laboral de los trabajadores, con el abono de una indemnización adicional de 15 días por año de prestación de servicios (con el tope de 12 mensualidades).

Como vemos, todo se resuelve en un encarecimiento de las decisiones empresariales y la protección del empleo vuelve a limitarse al aspecto indemnizatorio. Lo que justifica la revisión de la normativa de despidos colectivos, y sobre todo de la figura de la nulidad de los mismos.

2. Flashes de actualidad

El Gobierno se marca como objetivo reformar el mercado laboral antes de 2022

El Ejecutivo pretende negociar con los agentes sociales las reformas del mercado laboral durante el año 2021. En concreto, abordará cuestiones como la negociación colectiva, la subcontratación, la flexibilidad interna, la reforma en los modelos de contratación y las políticas activas de empleo.

Dentro de los [objetivos](#) del Gobierno, se encuentra la utilización de los fondos europeos para implantar un “nuevo mecanismo permanente de estabilidad en el empleo y apoyo a los procesos de transición” para sectores afectados por una alta estacionalidad o bien que sufran una caída significativa de la demanda, de carácter cíclico o estructural.

Los ERTE se mantienen hasta el 31 de mayo de 2021 mientras continúan las conversaciones entre Gobierno y agentes sociales sobre prórrogas adicionales

Desde la Dirección General de Trabajo se ha confirmado que los ERTE por fuerza mayor están prorrogados hasta el 31 de mayo de 2021, tal y como se establece en el artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2021 (con independencia de la finalización del estado de alarma el día 9 de mayo de 2021).

Asimismo, el Gobierno y los agentes sociales continúan las negociaciones sobre una prórroga adicional de los ERTE más allá del 31 de mayo de 2021. Como en anteriores ocasiones, la propuesta del Gobierno es continuar con el esquema actual, manteniendo en vigor las medidas adoptadas hasta la fecha como la “salvaguarda de empleo” y la mal llamada “prohibición de despedir”.

Ya está disponible la herramienta de registro retributivo

En la página web del Instituto de las Mujeres se ha publicado la herramienta de registro retributivo elaborada de manera conjunta por el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad, que ha sido también acordada con los agentes sociales, tal y como informábamos en nuestra [alerta](#) del pasado 15 de abril.

Esta [herramienta](#) establece el formato que podrá tener el registro retributivo que deben elaborar todas las empresas en cumplimiento de lo establecido en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 902/2020 de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Junto con la herramienta se incorpora una guía de uso y un ejemplo ilustrativo.

Se trata, en cualquier caso, de un modelo voluntario para tratar de facilitar el cumplimiento de la obligación legal.

La Inspección de Trabajo publica el Criterio Técnico nº 104/2021 sobre actuaciones en riesgos psicosociales

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) [publicó](#) el pasado 14 de abril de 2021 el Criterio Técnico sobre actuaciones en materia de riesgos psicosociales.

El criterio técnico se estructura sobre las tres actuaciones inspectoras más frecuentes en la materia: (i) actuaciones de control de la gestión preventiva de los riesgos psicosociales; (ii) actuaciones motivadas por denuncias de los trabajadores por exposición a estos riesgos; y (iii) actuaciones sobre daños a la salud y accidentes de trabajo motivados por dicha exposición.

A través del citado criterio, la ITSS tiene como objetivo actualizar los criterios para aplicar de forma homogénea la normativa vigente en materia de riesgos psicosociales.

España traspone la nueva Directiva 'Posting' de desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional

El BOE publicó, el pasado 27 de abril, el Real Decreto-ley 7/2021 que, entre otras cuestiones, modifica diversos aspectos de la Ley 45/1999 sobre el desplazamiento transnacional de trabajadores, tal y como señalábamos en [esta alerta](#) del 28 de abril.

Como novedad más destacada, la nueva regulación establece que cuando la duración efectiva de un desplazamiento sea superior a doce meses, las empresas deberán garantizar (con independencia de la legislación aplicable al contrato de trabajo), las condiciones de trabajo previstas por la legislación española con excepción de (i) procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de extinción del contrato de trabajo, con inclusión de las cláusulas de no competencia; y (ii) los regímenes complementarios de jubilación.

Asimismo, se modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, así como el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, para garantizar la igualdad de remuneración y de trato entre los trabajadores desplazados cedidos por empresas de trabajo temporal y los trabajadores de la empresa usuaria en el Estado de acogida.

3. Sentencias

La doctrina judicial mayoritaria se decanta por que la “prohibición de despedir” conlleve únicamente la improcedencia

La mayoría de los pronunciamientos judiciales han considerado que el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 conlleva que no se puedan considerar justificadas las causas vinculadas con el COVID-19 y, en consecuencia, se debe declarar la improcedencia del despido, pero no su nulidad. En este sentido, podemos destacar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de [25 de noviembre de 2020](#) y de [2 de febrero de 2021](#); del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de [24 de febrero de 2021](#) y [de 15 de enero de 2021](#); del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de [8 de febrero de 2021](#), o la reciente sentencia del Pleno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de marzo de 2021.

Por su parte, otras sentencias han concluido la nulidad de los despidos, entre otras, la de [23 de febrero de 2021](#), o la de 20 de abril de 2021 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que ha declarado la nulidad del despido, pero limitando la efectividad de la reincorporación y el devengo de salarios de tramitación hasta la fecha de finalización del contrato temporal (en prácticas) que tenía el trabajador.

El incumplimiento de la obligación de prorratear las pagas extraordinarias permite a los trabajadores reclamar, de manera adicional, la cantidad ya abonada de forma prorrateada

El Tribunal Supremo, en su [sentencia de 8 de febrero de 2021](#), ha declarado que si el convenio establece que las pagas extraordinarias no pueden abonarse de forma prorrateada, cabe entender que el importe abonado cada mes corresponde a conceptos distintos de las pagas extraordinarias, pese a que se pagaran bajo dicho concepto, pudiendo reclamarse la cantidad correspondiente a las mismas.

El cambio en la fijación de los objetivos del bonus no constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo cuando se establece esa posibilidad en el pacto individual

La Audiencia Nacional, en su [sentencia de 4 de marzo de 2021](#), examinó un caso en el que se establecía por contrato que la empresa tenía la competencia para el desarrollo y comunicación de los objetivos de la remuneración variable, sin supeditar su modificación a la negociación con los representantes sindicales. Los objetivos eran comunicados anualmente al inicio de cada ejercicio.

En ese caso, la Audiencia Nacional considera que no se ha producido una modificación sustancial teniendo en cuenta que el pacto individual contemplaba la posibilidad de modificar los objetivos y que la modificación no ha afectado a la dignidad de los trabajadores, sus derechos fundamentales ni se trata de objetivos inalcanzables.

El Tribunal Constitucional admite que el despido realizado con una prueba que ha vulnerado derechos fundamentales pueda ser improcedente

En una reciente [sentencia](#), el Tribunal Constitucional ha declarado válida la calificación realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que consideró que el despido realizado con base en una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales debía calificarse como improcedente y no nulo.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró que debe distinguirse entre el despido con violación de derechos fundamentales y el despido en el que ha habido una lesión de los derechos fundamentales en el proceso de obtención de la prueba de los hechos motivadores del despido, de tal forma que en el primer caso el despido debe declararse nulo y en el segundo caso improcedente. Pues bien, el Tribunal Constitucional considera que esta interpretación no es arbitraria ni irrazonable, señalando que ha sido la interpretación acogida por muchos tribunales a falta de un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid revoca una sentencia que obligaba a la readmisión en caso de improcedencia

En la sentencia de instancia, un juzgado de lo social de Madrid declaró la improcedencia de un despido, considerando que no se debían aplicar los efectos previstos en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (readmisión o abono de la indemnización), sino que el trabajador debía ser readmitido en la empresa de acuerdo a lo establecido en el Convenio 158 de la OIT y la Carta Social Europea.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sus sentencias de 17 de marzo y 23 de abril de 2021 declara que el artículo 10 del Convenio 158 no obliga a la readmisión del trabajador, de tal forma que el empresario, en caso de que el despido sea calificado como improcedente, tiene la opción de optar por la readmisión o abonar la indemnización legal correspondiente.

Más información:
Departamento Laboral

Síguenos:



GARRIGUES

Esta publicación contiene información de carácter general,
sin que constituya opinión profesional ni asesoramiento jurídico.

© **J&A Garrigues, S.L.P.**, quedan reservados todos los derechos. Se prohíbe la explotación,
reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, total y parcial, de esta obra,
sin autorización escrita de J&A Garrigues, S.L.P.

Hermosilla, 3
28001 Madrid España
T +34 91 514 52 00 - F +34 91 399 24 08

garrigues.com