

**IRENE MULERO GONZÁLEZ**

**DIRIGIDO POR EL PROF. JORDI MURIA LÓPEZ**

**EL DESPIDO EN TIEMPOS DE COVID  
DICTAMEN JURÍDICO**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO**



**UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI**

**TARRAGONA, 2021**



Este trabajo de fin de grado se ha desarrollado en la modalidad de dictamen jurídico.

## **1. RESUMEN**

El presente dictamen jurídico pretende dar respuesta a las preguntas planteadas defendiendo a la parte empresarial. Para contestar dichas cuestiones he acudido a distintas normas legislativas y a la jurisprudencia, tanto nacional como internacional.

El problema que se nos plantea es que la empresa ha despedido a su trabajadora a causa de una pérdida de confianza y debemos acreditar que no es por una incapacidad temporal / permanente.

El present dictamen jurídic pretén donar resposta a les preguntes plantejades defenen a la part empresarial. Per contestar aquestes qüestions he acudit a diferents normes legislatives i a la jurisprudència, tant nacional com internacional.

El problema que se'ns planteja es que l'empresa ha acomiadat a la seva treballadora a causa d'una pèrdua de confiança i hem d'acreditar que no es per una incapacitat temporal / permanent.

This legal opinion aims to answer the questions defending the business side. To answer these questions, I have resorted to different legislative norms and jurisprudence, both national and international.

The problem that arises us is that the company has dismissed its worker because of a loss of confidence, and we must prove that it is not due to a temporary / permanent disability.

### **PALABRAS CLAVE**

Despido, discriminación, incapacidad, improcedencia, nulidad, indemnización, dictamen jurídico

## ÍNDICE

1. RESUMEN .....	2
2. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA Y APLICADAS .....	4
3. OBJETO DEL DICTAMEN .....	6
2.1. ANTECEDENTES DE HECHO .....	6
3. FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	9
3.1. En relación con la forma, contenido del despido y procedimiento del despido. ....	9
3.1.1. Sobre los requisitos de forma y suficiencia de la carta de despido .....	9
3.1.2. Sobre la consideración de si se puede tratar de un despido arbitrario o sin justificación real en atención a la obligación contraída por España en su ratificación del convenio 158 OIT (art 4).....	11
3.2. En relación con las consecuencias del despido respecto de una posible causa de nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales.....	12
3.2.1. ¿Es posible que el despido pueda considerarse discriminatorio si se acreditara que la empresa ha despedido al trabajador como consecuencia de haber comunicado la trabajadora haber contraído el virus y ser la causa de su despido?.....	12
3.2.2. ¿Es posible que el despido pueda considerarse discriminatorio por haberse despedido a la trabajadora en atención a la larga duración de su proceso de incapacidad temporal y su temporal/definitiva discapacidad para el trabajo en algún grado? 15	
3.2.3. ¿Es posible que el despido pueda ser declarado nulo por ser un despido efectuado en fraude de ley (con causa aparente) y con manifiesto abuso de derecho, dado que la causa real del despido (pérdida de confianza) es inexistente y el motivo real es el haber contraído Covid y llevar un largo periodo de baja? .....	18
3.3. En relación con las consecuencias del despido respecto de una posible causa de improcedencia del despido por falta de justificación .....	22
3.3.1. ¿Consideras que el despido sin causa real, al no poder quedar acreditado, debe ser considerado directa y necesariamente un despido improcedente en atención al art. 55.4 LET sin que pueda ser considerado nulo? .....	22
3.3.2. ¿En caso de que consideres que el despido sea improcedente, crees que se puede condenar a la empresa a abonar una indemnización mayor a la prevista por el art. 56 LET, en atención al art. 8 del Convenio 158 OIT?.....	24
4. CONCLUSIONES .....	28
5. BIBLIOGRAFIA.....	29

## 2. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA Y APLICADAS

### A) NORMATIVA

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015, páginas 100224 a 100308 (85 págs.)
- Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. «BOE» núm. 155, de 29 de junio de 1985, páginas 20352 a 20354 (3 págs.)
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. «DOCE» núm. 303, de 2 de diciembre de 2000, páginas 16 a 22 (7 págs.)
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.

### B) JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social) del 12 de marzo de 2013 (recurso 58/2012)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social) de 12 de mayo de 2015 (recurso 1731/2014)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social) de 20 de abril de 2012 (recurso 1274/2011)
- Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona 348/2020 (nº 26), de 10 de julio de 2020
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª), de 1 de diciembre de 2016, asunto C395/15. Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L.
- Sentencia del Juzgado de lo Social de Mataró 39/2021, de 1 de febrero de 2020 (recurso 363/2020)
- Sentencia del Juzgado de lo Social de Murcia 231/2020 (sección 9), de 10 de diciembre de 2020 (recurso 275/2020)

- Sentencia del Tribunal Supremo 387/2020 (Sala Social) de 22 de mayo de 2020 (recurso 2684/2017)
- Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo de 2008.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2ª), de 11 de abril de 2013, asuntos C-335/11 y C. 337/11. Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskab y Skoube Werge contra Arbejdsgiverforening.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 4753/2014 (Sala Social) de 1 de julio de 2014 (recurso 956/2014)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social), de 29 de enero de 2001 (recurso 1566/2000)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Social), de 5 de mayo de 2015 (recurso 2659/2013)
- Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona 170/2020 (sección 26), de 31 de julio de 2020 (recurso 384/2020)
- Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona 348/2020 (sección 26), de 10 de julio de 2020
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 4708/2019, de 21 de junio de 2020
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 2273/2021 (Sala Social) de 23 de abril de 2021 (recurso 5233/2020)

### **3. OBJETO DEL DICTAMEN**

#### **2.1. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - La Sra. Eva Martin, trabaja para la empresa TRADEX SL, como comercial, con una antigüedad desde 10.06.2019 y un salario de 36.562,50€. No ostenta condición de legal representante de trabajadores.

**SEGUNDO.** - Que, la Sra. Eva Martin el **4 de febrero de 2020**, viajó a Madrid por motivos laborales, contrayendo la enfermedad (Covid.19) durante su estancia en la capital. (Recordemos que dicha demarcación, por aquellas fechas, fue la que registró mayor número de afectados por el coronavirus)

**TERCERO.** - La Sra. Eva Martin, que viajó a Madrid mediante transporte público (ben Ave de larga distancia), permaneció en la capital desde las 9 de la mañana y hasta las 17.30 h que regresó a Tarragona. Al día siguiente, la trabajadora, se levantó indispuesta y con fiebre, situación que por la que acudió al CAP y, considerando el facultativo del Servicio Público de Salud que se trataba de un *“infección vírica no identificada”* le expidió la correspondiente baja médica con fecha **5 de febrero de 2020 y hasta el 7 de febrero** de 2020.

**CUARTO.** - Tras el alta médica, la actora siguió trabajando, con alguna dificultad, hasta los días **3 (martes) y 4 (miércoles) de marzo** que empeoró el cuadro clínico con fuertes tos seca, dolores de cabeza, situación que le llevó a acudir finalmente a urgencias el día **5 (viernes) de marzo**, con mucha tos y fiebre y siendo prescrita para que reposara varios días en casa.

**QUINTO.** - La Sra. Eva Martin, siguió trabajando varios días más hasta el día **10 de marzo de 2020 (martes)**, fecha en el que, tras empeorar su estado, con continuos ataques muy fuertes de tos, dolor de pulmones y dificultad para respirar, acude nuevamente a Urgencias de la Clínica Monegal donde le detectan sibilancias en el pecho diagnosticándole un proceso de *“bronquitis”* a juicio clínico. Finalmente, acude por la mañana del día siguiente al CAP, donde confirman fiebre y le diagnostican que se trata de una recaída del proceso vírico que arrastro desde el 5 de febrero, y le expiden nueva baja médica por recaída en fecha **11 de marzo de 2020**.

A partir de esa fecha, en fecha 20 de abril de 2020, es ingresada en el Hospital Joan XXIII de Tarragona, donde tras diversas pruebas médicas, los facultativos diagnosticaron, definitivamente, que el cuadro clínico es consecuencia del virus Covid.19 y comienza a ser tratada con “*Hidroxicloroquina*”.

**SEXTO.** - Dado el ir y por venir de toda su situación clínica y el retraso en ser diagnosticada del origen de la enfermedad, la actora presenta diversas secuelas consecuencias del virus Covid.19, tanto a nivel pulmonar como a nivel neurológico con pérdida de memoria, que cursan con una evolución tórpida que conllevará un proceso de baja médica de larga evolución, como refieren los partes de baja, con una duración estimada de la baja médica de 226 días, hasta su esperada, pero incierta, curación.

**SÉPTIMO.** - Que, la empresa, ha sido puntualmente informada desde un inicio de toda la situación, hasta el punto de que cuando la Sra. Eva Martin fue diagnosticada de forma definitiva por Covid.19, ésta lo puso en conocimiento del Director de la compañía, por si tenía que adoptar medidas de protección a la salud del resto de trabajadores, momento en el que en lugar de mostrarse sensible con la situación y sufrimiento que estaba padeciendo su empleada, se mostró molesta hasta el punto de no creerse la situación, y, no bastándole el parte de baja médico y su palabra, le requirió para que le entregara el informe médico escrito que justificaba la infección por Covid.19.

**OCTAVO.** - Por otro lado, la baja médica de la actora por Covid.19, es atípica, dentro de las bajas por dicha enfermedad, pues, lejos de cursar la enfermedad signos leves y de pronta recuperación, en el presente caso se está ante una afectación que está dejando serias secuelas en la salud de la actora y que pueden ser constitutivas de cierto grado de discapacidad una vez consolidadas.

**NOVENO.** - Que, en **fecha 22 de septiembre de 2020** mediante burofax, la Dirección de la empresa procedió a comunicar a la Sra. Eva Martin su despido disciplinario según se indica a continuación:

*“Muy Sra. Nuestra,*

*Ha venido en conocimiento de esta empresa la comisión por Vd. de una conducta que más abajo se describirá detalladamente, que le obliga a tomar una medida disciplinaria.*



*En efecto, ha quedado acreditado que ha realizado Vd. la siguiente conducta constituyendo la misma un incumplimiento contractual culpable.*

*La dirección de esta empresa ha tomado dicha decisión como consecuencia de la pérdida de confianza que hasta la fecha teníamos depositada en usted, por los hechos últimamente acaecidos.*

*La indicada conducta es constitutiva de un incumplimiento grave y culpable por su parte de las obligaciones que, presididas siempre por la buena fe, tiene para con esta empresa, de acuerdo con lo que prevé el art. 54.2.d del Estatuto de los Trabajadores”*

### **3. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **3.1. En relación con la forma, contenido del despido y procedimiento del despido.**

##### **3.1.1. Sobre los requisitos de forma y suficiencia de la carta de despido**

Art 55 del ET

*“1. El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.”*

De acuerdo con el artículo anterior, la carta que se le envía a la Sra. Martín mediante burofax cumple los requisitos formales, puesto que la carta esta hecha de forma escrita y en cuanto a la fecha, a pesar de que no aparezca se entiende que tendrá efectos en la fecha de recepción, que en este caso es el 22 de septiembre de 2020.

Referente a la suficiencia de la carta de despido, la jurisprudencia establece lo siguiente; en la STS 58/2012 del 12 de marzo de 2013, *“la exigencia del art. 55 del Estatuto de los Trabajadores "ha sido reiteradamente interpretada por la Sala en el sentido que sintetiza la Sentencia de 3 octubre 1988 , a tenor de la cual «aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos -los incumplimientos que motivan el despido-, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa”*

En el presente caso los motivos y hechos que se dan en la carta de despido son *“ha quedado acreditado que ha realizado usted la siguiente conducta constituyendo la misma un incumplimiento contractual culpable. La dirección de esta empresa ha tomado dicha decisión como consecuencia de la perdida de confianza que hasta la fecha teníamos depositada en usted, por los hechos últimamente acaecidos”*. En base a la sentencia anteriormente mencionada no explica los hechos de manera clara e inequívoca, pues no explica que sucesos han llevado a la empresa a tomar esta decisión y esto podría dar lugar a que Eva no se pueda defender ante los tribunales si lo quisiera impugnar.

Podemos observar esta otra sentencia STS 1731/2014 de 12 de mayo de 2015 donde viene a decir lo mismo que la anterior pero con la característica que asimila la palabra “causa”

de un despido objetivo y “hecho” de un despido disciplinario; “*Los requisitos que haya de expresar la comunicación escrita al trabajador y la expresión de la "causa" <<"indudablemente han de ser los mismos que se exigen para el despido disciplinario debiéndose entender que la expresión «causa» en este precepto utilizada es equivalente a «hechos» a los que se refiere el art. 55, una y otra determinantes, en definitiva, de la garantía que la Ley otorga al trabajador para que si impugna el despido lo haga con conocimiento de los «hechos» que se le imputan a fin de preparar su defensa como reiteradamente ha mantenido esta Sala, lo que obliga a exigir que el contenido de la carta o comunicación sea inequívoco, es decir, suficientemente claro y expresivo, para evitar toda duda o incertidumbre en cuanto a las imputaciones de la empresa* [...] “*exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa [...] cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador*”

Ahora bien, en otra sentencia, concretamente la STS 1274/2011 de 20 de abril de 2012 establece que: “*La suficiencia de la carta de despido tiene la finalidad de garantizar las posibilidades de defensa del trabajador y, por tanto, dependerá de una gran variedad de circunstancias concretas (como el tipo de imputación que se hace al trabajador despedido) la posición de éste en la organización del trabajo y la posibilidad de poderle reprochar determinados aspectos de su conducta, así como el grado de conocimiento que el actor pueda alcanzar acerca de la conducta que se le reprocha, con independencia de una mayor o menor concreción de la carta de despido -lo que, normalmente, nos remitirá a problemas procesales de proposición y práctica de pruebas- etc.). Todo ello determina que la doctrina de esta Sala sea muy mayoritaria en el sentido de inclinarse por el criterio de la suficiencia informativa referida al caso concreto, y no por el criterio de la exhaustividad informativa*”.

Es importante destacar el último criterio que señala la sentencia. En la carta de despido hay que explicar los motivos por los cuales la empresa ha tomado esa decisión, y como bien dice la primera sentencia hay que hacerlo de manera clara, inequívoca y suficiente,

pero también debemos tener en cuenta el criterio de suficiencia normativa, es decir que no es necesario explicarlo de manera exhaustiva, basta con que la persona despedida pueda saber que es lo que ha hecho para poderse defender ante los tribunales de justicia y así evitar su indefensión.

La consecuencia de hacer una carta de despido con hechos o causas insuficientes y sin la fecha en la que causara efectos es la improcedencia con su correspondiente indemnización o la readmisión.

### **3.1.2. Sobre la consideración de si se puede tratar de un despido arbitrario o sin justificación real en atención a la obligación contraída por España en su ratificación del convenio 158 OIT (art 4)**

*Art 4 Convenio 158 OIT:*

*“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.”*

En base a este artículo, si podemos decir que se trata de un despido arbitrario o sin justificación real, puesto que la empresa la despide diciendo que han perdido la confianza en ella, pero sin justificárselo en ningún hecho, simplemente lo mencionan y por tanto y bajo mi punto de vista eso hace que sea un despido sin justificación real prohibido en el artículo 4.

En la SJSoc Barcelona 348/2020, de 10 de julio de 2020 señala lo siguiente; *“Ciertamente, como sostiene la parte actora, que en nuestro régimen jurídico laboral la extinción del contrato de trabajo debe responder a una justa y tasada causa, no admitiéndose el simple desistimiento empresarial, salvo en algunas relaciones laborales especiales. Se da cumplimiento con ello a las previsiones del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Pero no menos cierto es, como defiende la empresa, que la calificación de un despido sin causa, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial, incluso aplicable a los despidos no comunicados por escrito, verbales o incluso tácitos, es la improcedencia. Y no la nulidad, [...]”*

Por tanto, el hecho de despedir disciplinariamente a Eva sin ninguna causa justificada hace que se incumpla el artículo 4 del convenio 158 de la OIT, pero eso no hace que sea un despido nulo (esto lo explico más adelante).

### **3.2. En relación con las consecuencias del despido respecto de una posible causa de nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales**

Antes de responder los siguientes puntos debemos remitirnos a la directiva 2000/78/CE donde se establece el concepto de “discriminación” y la diferencia entre directa e indirecta:

*a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;*

*b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas*

Hecha esta aclaración pasare a analizar las cuestiones planteadas.

#### **3.2.1. ¿Es posible que el despido pueda considerarse discriminatorio si se acreditara que la empresa ha despedido al trabajador como consecuencia de haber comunicado la trabajadora haber contraído el virus y ser la causa de su despido?**

*De acuerdo con la STJUE de 1 de diciembre de 2016, ass. C-395/15; “Según dicho juzgado, de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional resulta que un despido basado en la enfermedad o en la situación de incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo no se considera discriminatorio, con la consecuencia de que dicho despido no puede considerarse nulo con arreglo al artículo 108, apartado 2, de la Ley 36/2011.”*

En primer lugar y en base a la sentencia mencionada señala que una incapacidad temporal derivada de un accidente de trabajo no puede considerarse discriminatorio y por tanto su

nulidad, pero en el presente caso es muy difícil demostrar que Eva ha cogido el Covid-19 por su viaje a Madrid, puesto que hasta el momento es un virus que no se puede saber en que momento se contrae. De todas maneras, no puede considerarse discriminatorio y su consecuente nulidad porque no se encuentra en los motivos del artículo 108.2 LRJS (esto lo veremos más ampliado en las preguntas que vienen a continuación).

Dado que la baja médica por Covid-19 es atípica, han salido varias sentencias en las cuales declaran que, si el despido del trabajador se hiciese dos días después de que este causara la baja por incapacidad temporal a causa del coronavirus, el despido sería considerado nulo. Esta condición es porque se entiende que una persona que ha contraído el virus, que como hemos dicho, al principio de la pandemia era algo atípico, y la despiden a los dos días de causar la baja ofendería a su honor y dignidad, por tanto, si se podría tratar decir que es discriminatorio.

Esto lo podemos ver en la SJSoc Mataró 39/2021, de 1 de febrero de 2021; D. Hilario causa baja por IT, derivada de una infección por Covid-19 el día 25 de marzo de 2020 y el día 27 de marzo del mismo año, es decir dos días después, la empresa demandada lo da de baja en la SS. *“Entendiéndose a juicio de esta juzgadora que no se ha despedido al trabajador por el mero hecho de encontrarse en situación de IT [...] el verdadero motivo del despido es el hecho que el actor, que prestaba servicios como peón especialista, era sospechoso de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa. Y esta circunstancia se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo. [...] Siendo indiferente que la enfermedad sea duradera o no, o que tenga cura o no. Lo relevante es el temor estigmatizante que genera en los demás al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio. Y en el presente caso hay suficiente prueba para estimar que la empresa acordó el despido del actor, no porque estuviera de baja médica, sino porque era sospechosa de haberse contagiado de Covid y podía ser percibida por terceras personas como foco de riesgo de contagios. Por todo ello, cabe concluir que el despido del actor se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador e infringiendo la prohibición de discriminación y que el despido ha supuesto una “barrera” al impedir su recuperación y con ella “la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones de los demás trabajadores””.*

En la SJSoc Murcia 231/2020 de 10 de diciembre de 2020, viene a decir lo mismo. Blanca, la trabajadora de una carnicería, el día 19 de abril de 2020 avisa a la empresa de que tiene los síntomas del coronavirus y decide llamar al médico ese mismo día y este le da la baja por IT por posible contagio. La empresa demandada, le envía la carta de despido disciplinario el día 20 de abril de 2020, un día después de comunicar que tenía los síntomas. La sentencia nos viene a decir lo mismo que la anterior: *“No se ha despedido a la trabajadora por el mero hecho de encontrarse en situación de IT, ni por la mayor o menor duración del periodo de cuarentena o por la baja rentabilidad que pueda suponer para la empresa. El verdadero motivo del despido es el hecho que la trabajadora, que prestaba servicios de atención al público, era sospechosa de portar una enfermedad infecciosa y altamente contagiosa. Y esta circunstancia se puede equiparar a la de enfermedad estigmatizante, es decir, enfermedad que produce en terceras personas actitudes de rechazo, reparo o miedo. [...] Es indiferente que la enfermedad sea duradera o no, o que tenga cura o no. Lo relevante es el temor estigmatizante que genera en los demás, al menos durante el tiempo en que hay riesgo de contagio. Y en el presente caso hay prueba suficiente para estimar que la empresa acordó el despido de la trabajadora, no porque estuviera de baja, sino porque era sospechosa de haberse contagiado de coronavirus y podía ser percibida por terceras personas como un foco de riesgo de contagios. [...] Por lo tanto, concluimos que se ha acordado el despido con vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora e infringiendo la prohibición de discriminación. Procede estimar la demanda de nulidad de despido”*

En las anteriores sentencias se entiende que la baja causada por la infección o posible infección de Covid-19 y el despido a los dos días, tiene un efecto estigmatizante o denigrante. Ahora bien, no nos encontramos ante este hecho puesto que Eva Martín causó la baja el día 20 de marzo de 2020 y no es hasta el 22 de septiembre de 2020, 6 meses después, que la empresa decide despedirla.

### **3.2.2. ¿Es posible que el despido pueda considerarse discriminatorio por haberse despedido a la trabajadora en atención a la larga duración de su proceso de incapacidad temporal y su temporal/definitiva discapacidad para el trabajo en algún grado?**

En esta cuestión tenemos dos puntos distintos el primero es si se puede considerar discriminatorio por la larga duración de la baja y el segundo es si se puede considerar discriminatorio en cuanto a la discapacidad.

En primer lugar y en cuanto a la larga duración de la baja, en las definiciones aportadas al principio de este punto no establece nada acerca de la duración de la incapacidad temporal. Para ello debemos remitirnos al caso Daouidi, la anterior sentencia mencionada. El juzgador remitente pregunta lo siguiente “*¿Debe ser interpretada la prohibición general de discriminación [...] la decisión empresarial de despedir a un trabajador [...] por el solo hecho de estar en una situación de incapacidad temporal – de duración incierta – a causa de un accidente laboral?*” y el Tribunal de Justicia respondió; “*una discapacidad debe entenderse como una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que le impida la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores*”.

Por lo tanto, es importante el requisito de “a largo plazo” para poder determinar que el despido sea discriminatorio en base al concepto de discapacidad dado por dicha directiva. La convención de la ONU no define el concepto de “duradera” y según reiterada jurisprudencia debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, esto significa, que corresponde al juzgador competente comprobar si la limitación de la capacidad de la interesada, en este caso es Eva, tiene el carácter de duradero, y tal y como dice la mencionada sentencia esta apreciación siempre será de carácter factico, es decir, que está basado en los hechos y no en lo imaginario.

Hay varios indicios que permiten considerar que una limitación es “duradera”; uno de ellos es cuando la persona interesada no tenga bien delimitado una finalización a corto plazo y el otro es que la incapacidad temporal pueda prolongarse significativamente.

Por lo tanto, respondiendo a la cuestión planteada, el despido se podrá considerar discriminatorio y por tanto nulo, siempre y cuando el juzgador competente así lo considere. Otra cuestión importante que se debe tener en cuenta es que el carácter



“duradero”, en este caso de la enfermedad, se tendrá que analizar con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio, en el caso de Eva desde que le entregan la carta de despido.

En segundo lugar y en cuanto a la discapacidad, podemos encontrar esta otra STS 387/2020 de 22 de mayo de 2020 que dice lo siguiente *“Pues bien, para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante. Y llegados a este punto los únicos datos de que se dispone son los de la existencia de dos periodos de incapacidad temporal en los que incurrió en los tres meses anteriores al despido, sin que conste las circunstancias o causas de las bajas. Se hace extremadamente difícil deducir de ello que en, efecto, nos encontremos ante una situación de "dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores", por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor. [...] Para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita”*

Según esta sentencia, para poder decir que un despido sea discriminatorio y por tanto nulo nos tenemos que encontrar ante una discapacidad que la persona tenga una deficiencia física, mental intelectual o sensorial y que le impida participar de forma plena y efectiva en la sociedad. En el caso de Eva debemos esperar que tipo de secuelas y a qué nivel para poder decidir si tiene las mismas capacidades que los demás, pues como bien sabemos el coronavirus ha sido una enfermedad muy dispar según a la persona que ha atacado teniendo en cuenta su estado físico, edad, etc.

Debo hacer un inciso con el “Caso Ring” y “Caso Denmark” (STJUE de 11 de abril de 2013, ass C-335/11 y C. 337/11) Por una parte, la Sra. Ring estuvo de baja varias veces por unos dolores permanentes en la zona lumbar hasta que finalmente fue despedida y meses mas tarde fue contratada como recepcionista a media jornada. Por la otra parte la Sra. Skoube Werge tuvo un accidente de trafico por el cual tuvo que estar de baja por enfermedad a tiempo parcial, pero pasados unos meses el medico le dijo que tenia que

pasar a una situación de baja total por enfermedad. Un tiempo mas tarde la empresa le comunico su despido y meses mas tarde le dieron una incapacidad laboral del 65% aunque era capaz de trabar ocho horas semanales a un ritmo lento.

En los apartados 56, 57, 58 y 59 se señala lo siguiente;

*“debe señalarse asimismo que la enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo», puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo.*

*No obstante, procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo.*

*Además, es preciso señalar que, conforme al artículo 5 de dicha Directiva, los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores.*

*Por tanto, en los asuntos principales, incumbe al juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para los empleadores.”*

Con esto quiero decir que, si finalmente se confirma que Eva tiene una discapacidad, la empresa podría haber dado alguna alternativa prevista en el vigésimo considerando con las “pautas de trabajo” y, por ejemplo, haberle ofrecido la oportunidad de hacer teletrabajo. Ahora bien, si esto supone un perjuicio o un menoscabo para la empresa no estará obligada a ofrecerle tales alternativas, tal y como dice el artículo 5 o el decimoséptimo considerando. Recordemos que Eva trabaja en la empresa como comercial y como tal tiene que ir de un lugar a otro para poder lidiar con los clientes.

Naturalmente, si es positiva en Covid-19 esto no lo podría hacer y podría constituir una carga excesiva para la empresa.

**3.2.3. ¿Es posible que el despido pueda ser declarado nulo por ser un despido efectuado en fraude de ley (con causa aparente) y con manifiesto abuso de derecho, dado que la causa real del despido (pérdida de confianza) es inexistente y el motivo real es el haber contraído Covid y llevar un largo periodo de baja?**

Para poder responder esta pregunta primero debemos concretar que es un despido efectuado en fraude de ley o un despido fraudulento. Cuando hablamos de éstos se hace referencia al despido que toma como base una causa aparente para cubrir otra causa que se presume real.

Otra cosa importante es diferenciar entre un fraude de ley y el abuso de derecho. El fraude de ley esta redactado en el artículo 6.4 del CC *“Los actos realizados al amparo del texto de una norma jurídica que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”* Un ejemplo de esto sería con los matrimonios de conveniencia, quieren disfrazar un matrimonio ficticio para que un cónyuge tenga la nacionalidad. La consecuencia de esto es que se tendrá que aplicar la norma que se haya tratado de eludir, en el mismo ejemplo sería que la persona deba cumplir con X requisitos para poder conseguir la nacionalidad y no mediante un matrimonio falso. Relacionado con el fraude de ley esta el abuso de derecho que esta redactado en el artículo 7.2 del CC: *“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.* Un ejemplo de esto podría ser que en una comunidad de vecinos hacen unas obras ilegales y al cabo de un tiempo uno de los vecinos solo denuncia a otro para perjudicar su propio interés y no para un beneficio de toda la comunidad.

Pues bien, con todo esto procederemos a responder a la pregunta formulada.

En primer lugar encontramos esta sentencia, que establece que desde el 1994 la doctrina del tribunal supremo ha dicho que la figura de la nulidad por despido fraudulento ha desaparecido esto lo señala la STSJ 4753/2014 de 1 de julio de 2014 *“desde la STS de 19 de enero de 1994, entre otra, una reiterada y constante jurisprudencia del TS concluye que, desde la LPL de 1990, ha desaparecido de nuestro Derecho positivo la figura del despido nulo por fraude de ley, o el despido nulo por inexistencia de causa o por causa ficticia. [...] Respeto a la aplicación del Convenio de la OIT, también se ha advertido que el mismo precepto no vincula a la declaración de nulidad como consecuencia de la vulneración de los requisitos de causalidad, que si tiene que estar presente en el ordenamiento jurídico. Y también que se tiene que advertir que el artículo 1 especifica que deberán darse efecto a las normas del presente convenio por medio de la legislación nacional.”*

Otra sentencia importante (STS 1566/2000, de 29 de enero de 2001) es la siguiente dice *“la calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable a un despido en el que no se acredita la causa invocada por el empresario, sea ésta disciplinaria o de otra naturaleza, cuando no se está en ninguno de los supuestos del artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral”*. Ahora bien, también establece lo siguiente: *“el denominado despido fraudulento de creación jurisprudencial no resulta ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido. Esta doctrina es aplicable también a los supuestos en los que, como en el presente caso, se establece el motivo real del despido, pero éste no tiene la protección del ordenamiento, porque 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”*

Por lo tanto, el despido hecho en fraude de ley ya no se puede considerar nulo, puesto que solo lo podríamos calificar como un despido improcedente. Lo podemos observar en otra sentencia STS 2469/2015, de 5 de mayo de 2015 *“Pero es que, además, el principal problema que el recurrente plantea, esto es, el de la calificación del despido nulo por fraude de ley o abuso de derecho, como reconoce y admite el dictamen del Ministerio Fiscal, ha de entenderse resuelto por la doctrina unificada de esta Sala cuando, en palabras del propio Ministerio Público, “no encuentra causa de nulidad en el llamado despido fraudulento”. “Y así es, en efecto. En todas estas resoluciones se ha llegado invariablemente a la conclusión de que en aquellos supuestos, como los allí enjuiciados,*

*en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores -ET- ("faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes", que alcancen o superen determinados niveles), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo. A su vez, esta jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad enlaza expresamente (STS 29-2-2001) con una línea jurisprudencial anterior, según la cual la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo -el llamado "despido fraudulento"- no justifica por sí misma la calificación de nulidad"*

Con todo esto y atendiendo al artículo 4 del convenio 158 OIT el despido de la Sra. Eva no puede ser declarado nulo porque este efectuado en fraude de ley, aunque el artículo 4 establezca que no se podrá poner fin a la relación de trabajo de un trabajador si no hay una causa real, primero porque este artículo, y los demás del convenio, deben interpretarse teniendo en cuenta el artículo 1 que dice lo siguiente: *"Deberá darse efecto a las disposiciones del presente convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional"*. Es decir, que si la doctrina y jurisprudencia española han reiterado en varias ocasiones que un despido fraudulento no se puede considerar nulo puesto que no está en el artículo 108.2 LRJS donde se establecen las causas de forma taxativa y cerrada para poder considerar un despido nulo, y en este caso no está comprendido.

Además, el artículo 4 establece que no se podrá despedir a una persona sin una causa real, pero en ningún momento dice que la consecuencia de un despido en fraude de ley será la nulidad.

Como he mencionado anteriormente, la consecuencia de esto es, en el caso de fraude de ley, aplicar la norma que se hubiera tratado de defraudar y además la empresa deberá readmitir a la trabajadora o bien optar por una indemnización.

### **3.2.4. ¿Consideras que se podría demandar una indemnización por la vulneración de derechos fundamentales de forma paralela con la declaración de nulidad del despido?**

Cuando un despido se declara nulo el juez debe pronunciarse respecto de la indemnización, que variara en función del daño moral que se haya provocado a la parte demandante, vinculada a la vulneración del derecho fundamental. Esta indemnización es compatible con las demás establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, por ejemplo. Esto lo podemos encontrar en el artículo 183 de la LRJS.

En cuanto a la no vulneración de los derechos fundamentales podemos encontrar varias sentencias; SJSoc Barcelona 170/2020, de 31 de julio de 2020: *“El derecho al trabajo, reconocido en el art. 35 de la CE no tiene rango de fundamental, al ubicarse en la sección 2ª (de los derechos y los deberes de los ciudadanos), del capítulo 2º (derechos y libertades) del título I (de los derechos y deberes fundamentales); y no en la 1ª (de los derechos fundamentales y las libertades públicas). Y en ningún caso puede considerarse que el simple hecho del despido, por muy desagradable que sea, y por mucho impacto subjetivo que provoque en el trabajador, vulnere el derecho a la integridad moral del art. 15 de la CE. Tampoco puede considerarse que la carta de despido, por muy genérica que sea, quebrante el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador demandante, reconocido en el art. 24 de la Constitución española”*. STC 68/2008, de 26 de mayo: *“en cuanto a la pretensión de nulidad del despido, con cita de la STS de 29 de enero de 2001, razona el juzgador que la enfermedad desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo hace que el mantenimiento del contrato no se considere rentable para la empresa, no puede considerarse un factor discriminatorio con la perspectiva del art 14 CE [...]”*. Y la STS 1566/2000 de 29 de enero de 2001 dice; *“Pero la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta”*

Por lo tanto, para poder acceder a este tipo de indemnización es un requisito fundamental que el despido se haya declarado nulo y por tanto haya atentado contra los derechos

fundamentales y libertades públicas del trabajador. En este caso, no está vulnerando ningún derecho fundamental, porque como hemos dicho anteriormente no hay discriminación puesto que en el supuesto que nos encontramos no está tipificado en el artículo 108.2 LRJS y además no la han despedido dos días después de comunicar que ha contraído la enfermedad.

### **3.3. En relación con las consecuencias del despido respecto de una posible causa de improcedencia del despido por falta de justificación**

#### **3.3.1. ¿Consideras que el despido sin causa real, al no poder quedar acreditado, debe ser considerado directa y necesariamente un despido improcedente en atención al art. 55.4 LET sin que pueda ser considerado nulo?**

El artículo 55.4 del ET establece lo siguiente: *“el despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara lo establecido en el apartado primero”*.

Encontramos la SJSoc Barcelona 348/2020, de 10 de julio de 2020 en la cual D. Nicanor presento una demanda porque le habían despedido el 14 de abril de 2020 por una supuesta falta disciplinaria de bajo rendimiento y él alegó fraude de ley y abuso de derecho tratándose de un despido sin causa aparente y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva y en incumplimiento de la prohibición legal de despidos por las causas derivadas de la crisis sanitaria provocada por el Covid-19 redactadas en el artículo 2 del real decreto-ley 9/2020 a lo que la citada sentencia se pronunció: *“como sostiene la parte actora, que en nuestro régimen jurídico laboral la extinción del contrato de trabajo debe responder a una justa y tasada causa, no admitiéndose el simple desistimiento empresarial [...] de cumplimiento con ello a las previsiones del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), invocado en la demanda. Pero la calificación de un despido sin causa, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial, incluso aplicable a los despidos no comunicados por escrito, verbales o incluso tácitos, es la improcedencia. Y no la nulidad, que queda reservada para los casos más graves, con vulneración de derechos fundamentales, o relacionados con situaciones susceptibles de especial protección [...] Y ni el régimen general del fraude de ley, ni el del abuso de derecho, recogidos en los art. 6.4 y 7.2 del Código Civil (CC), respectivamente, imponen la declaración de nulidad del correspondiente acto jurídico. [...] La nulidad sólo se*

*contempla para los actos jurídicos contrarios a normas imperativas y/o prohibitivas, en el art. 6.3 del CC; y sólo cuando en aquellas normas no se haya previsto un efecto distinto. [...] Y tampoco puede considerarse que la carta de despido, por muy genérica que sea, quebrante el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador demandante, reconocido en el art. 24 de la Constitución española (CE). [...] Este juzgador considera, en tanto en cuanto no exista doctrina jurisprudencial unificada, que los despidos que tengan lugar contrariando el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 deben ser declarados improcedentes, y no nulos, por las siguientes razones:*

- 1. Por no existir obstáculo que permita predicar la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los despidos sin causa.*
- 2. Porque la declaración de nulidad debería reservarse para los casos más graves, expresamente previstos en la ley, especialmente relacionados con los derechos fundamentales.*
- 3. Porque el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 no introduce una prohibición. Se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el Covid 19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) de los previstos en el Real Decreto Ley 8/2020 " no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido". Y un despido sin causa es improcedente; pero no nulo."*

El despido que le hicieron a D. Nicanor era sin una causa real, porque la supuesta falta disciplinaria de bajo rendimiento era ficticia, la empresa lo quería despedir sin una causa real y como bien dice la sentencia un despido sin causa es improcedente pero no nulo. Por lo tanto, ante Eva Martín estaríamos en el mismo supuesto, la despiden por una supuesta falta de confianza y en caso de que eso no sea la causa real, en base a la jurisprudencia mencionada, no puede ser considerado un despido nulo, sino improcedente.

STSJ de Cataluña 4708/2019 de 21 de junio de 2020 *“La nulidad del despido se impone pues de forma inequívoca y sin lugar a interpretación alguna cuando existe violación de derechos fundamentales, y en las materias conexas listadas de forma exhaustiva, conforme a los artículos citados. En los casos en que no se cumplan los respectivos requisitos de forma, para evitar la indefensión del trabajador, el despido se calificará de forma automática y obligatoria como improcedente, con el abono de la máxima*



*indemnización legal. [...] a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, no modificado en este punto en el texto refundido de 1995 ni en la vigente LRJS, el art. 108.2 ésta última disposición ‘enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo’, y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese”*

Esta sentencia dice que el despido se calificara de forma automática y obligatoria como improcedente, siempre y cuando no haya algún motivo enumerado en el artículo 108.2 LRJS. Así pues, cuando haya un despido sin una causa real debe ser considerado directa y necesariamente un despido improcedente y no nulo, puesto que el despido hecho en fraude de ley no está contemplado en el artículo 108.2.

**3.3.2. ¿En caso de que consideres que el despido sea improcedente, crees que se puede condenar a la empresa a abonar una indemnización mayor a la prevista por el art. 56 LET, en atención al art. 8 del Convenio 158 OIT?**

*El artículo 56.1 del ET establece lo siguiente: “Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.*

*El artículo 8 del Convenio 158 OIT establece lo siguiente; “1. El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro. 2. Si una autoridad competente ha autorizado la terminación, la aplicación del párrafo 1 del presente artículo podrá variar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales. 3. Podrá considerarse que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación*

*de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación.”*

El artículo 10 del Convenio 158 OIT establece lo siguiente: *“Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.”*

Con anterioridad al año 2012 la indemnización era de 45 días por año trabajado hasta un máximo de 42 mensualidades, pero del 2012 en adelante, es decir, el caso que nos encontramos sería 33 días por año trabajado hasta un máximo de 24 mensualidades. Como bien dice el artículo 56.1 LET el empresario puede optar entre la readmisión del trabajador o bien el pago de una indemnización. Ahora bien, esta indemnización deberá ser disuasoria, es decir que debe suponer como un “castigo” para el empresario y como una “enseñanza” para las demás empresas. Esto se hace así, porque si no muchas empresas podrían despedir a sus trabajadores sin una causa justa, el despido sería improcedente y le tendrían, no lo readmitirían y además le tendrían que pagar una pequeña cantidad. Todo esto lo podemos ver en distintas sentencias.

La primera de ellas es la STS 384/2020 de 7 de julio de 2020; *“En definitiva, el Convenio nº 158 de la OIT establece el principio de causalidad en el despido. Y exige que en caso de un despido sin causa (en nuestro ordenamiento calificado como improcedente) las consecuencias del mismo, que pueden consistir en la readmisión, pero también en una indemnización, sean suficientemente disuasorias para la empresa. Efecto disuasorio que dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, incluido, por supuesto, el tamaño de la empresa, y que puede no ser respetado en caso de indemnizaciones tasadas, como las de nuestro ordenamiento. Por lo hasta ahora razonado fácil resulta llegar a la conclusión de que la aplicación estricta del art. 56 del ET, con una indemnización muy reducida, de 4.219,22 euros, en relación al salario del demandante 6.666,67 euros mensuales, es contraria al Convenio nº 158 de la OIT, por no tener un efecto disuasorio para la empresa, dando carta de naturaleza, como causa de extinción de la relación laboral, a la simple voluntad de la empleadora. El control de convencionalidad permite*

*inaplicar en este caso el régimen ordinario del art. 56 del ET, y fijar una indemnización que sea verdaderamente disuasoria para la empresa, y que compense suficientemente al trabajador por la pérdida de su ocupación. [...] se estima oportuno conceder una indemnización, para el caso de opción empresarial por la extinción indemnizada, equivalente al salario de 9 meses, que en el caso del demandante asciende a 60.000 euros.” La segunda SJSoc Barcelona 174/2020 de 31 de julio de 2020 que establece lo siguiente: “en definitiva el convenio nº 158 de la OIT establece el principio de causalidad en el despido. Y exige que en caso de un despido sin causa (en nuestro ordenamiento calificado como improcedente) las consecuencias del mismo, que pueden consistir en la readmisión, pero también en una indemnización, sean suficientemente disuasorias para la empresa. [...] la aplicación estricta del art. 56 del ET, con una indemnización muy reducida, de 1.958,77 euros, en relación con el salario de la demandante 5.416,17 euros mensuales, es contraria al Convenio nº 158 de la OIT, por no tener un efecto disuasorio para la empresa, dando carta de naturaleza, como causa de extinción de la relación laboral, a la simple voluntad de la empleadora (el desistimiento). El control de convencionalidad permite inaplicar en este caso el régimen ordinario del art. 56 del ET y fijar una indemnización que sea verdaderamente disuasoria para la empresa, y que compense suficientemente al trabajador por la pérdida de su ocupación. [...] En atención a estas circunstancias, tanto relativas al proceder empresarial como al perjuicio sufrido por el trabajador, se estima oportuno conceder una indemnización, para el caso de opción empresarial por la extinción indemnizada, equivalente a un salario de 9 meses, que en el caso de la demandante asciende a 48.745,53 euros”.*

Como podemos observar, estos trabajadores cobraban más dinero mensualmente que la indemnización que les correspondería, en base a su antigüedad y salario según el artículo 56 LET, esto hace que sea una indemnización insuficiente de acuerdo con el artículo 10 del convenio 158 OIT, por tanto, se estaría incumpliendo dicha normativa, donde se establece que se podrá ordenar el pago de una indemnización adecuada, esto es una indemnización disuasoria.

Respondiendo a la pregunta formulada si se puede abonar una indemnización mayor a la prevista en el ET, siempre y cuando la indemnización que resulte de la aplicación del artículo 56 que es 33 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 24 mensualidades sea insuficiente y que haya un fraude de ley o abuso de derecho, así lo

explica la sentencia STSJ Catalunya 2273/2021, de 23 de abril de 2021 *“Ocurre que en determinados supuestos excepcionales la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no resultar "adecuada" y, por tanto, contraria al citado artículo 10 Convenio 158 OIT. En estas situaciones puntuales no resulta descartable a nuestro juicio que se superen los límites legales. Para que ello ocurra será necesaria 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. En estos escenarios -reiteramos que del todo excepcionales- la aplicación del artículo 10 del Convenio 158 OIT puede comportar que se precise superar los umbrales legales. Sin embargo, esta posibilidad inusual ha de adecuarse a límites objetivos, en tanto que en caso contrario se incurriría en posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas.”*

#### **4. CONCLUSIONES**

Finalmente, y a raíz del análisis hecho anteriormente, queda demostrado que el despido de Eva no puede ser declarado nulo porque este hecho en fraude de ley o porque este hecho sin una justificación real, ya que la nulidad se encuentra recogida de forma taxativa en el artículo 108.2 LRJS. Solo podría ser nulo en caso de que el juez observase que la baja de Eva pueda ser de larga duración o que el Covid-19 le deje tales secuelas que se puedan calificar como discapacitantes y así determinar que hay discriminación.

En cuanto a que el despido sea procedente tampoco podemos decir que lo sea porque, es evidente que en la carta de despido faltan los hechos que demuestren que han perdido la confianza en Eva y con lo cual se presume que la han despedido sin ningún tipo de motivo y por tanto es un despido arbitrario.

Con todo esto y al calificar el despido de “arbitrariedad” lo calificaremos como improcedente en base a la jurisprudencia vista anteriormente. Por supuesto, esto conlleva una indemnización prevista en el artículo 56 ET, pero se podría reclamar mas en base a lo previsto en los articulo 8 y 10 del Convenio 158 de la OIT, porque recordemos que debe haber una indemnización disuasoria.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- Preciado Doménech, C. H., Poyatos i Matas, G., & Segalés Fidalgo, J. (2020). *Derecho laboral y de seguridad social COVID-19: manual para juristas de trinchera* (1.ª ed.). Bomarzo.
- Beltrán, I. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/>
- vLex - Información jurídica inteligente. <https://vlex.es/>
- C.G.P.J - Poder Judicial. Consejo General del Poder Judicial. [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial)
- BOE.es - Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. [www.boe.es](http://www.boe.es).
- *Conceptos Jurídicos – Diccionario de términos jurídicos*. Conceptos Jurídicos. <https://www.conceptosjuridicos.com>
- *Noticias Jurídicas*. <https://noticias.juridicas.com>
- Rojo, E. *EL NUEVO Y CAMBIANTE MUNDO DEL TRABAJO. UNA MIRADA ABIERTA Y CRÍTICA A LAS NUEVAS REALIDADES LABORALES*. [www.eduardorojotorrecilla.es](http://www.eduardorojotorrecilla.es).
- Cruz, J. *Blog de Jesús Cruz Villalón Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad*. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/>.
- *Bufete de abogados. Bufete Buades*. [www.bufetebuades.com](http://www.bufetebuades.com).
- *Laboral Social*. [Laboral-social.com](http://laboral-social.com).
- R. D. J., Maritano. A. P., Gonzalvo - *Te ofrecemos las noticias jurídicas más relevantes del mundo jurídico*. Diario Jurídico. <https://www.diariojuridico.com>
- Borges, M. *Abogado y mediador civil. Manuel Borges Abogados*. <https://mborgesabogados.com/>
- *Laboralista.online - El lugar donde resolver tus dudas laborales*. <https://laboralista.online/>
- *Abogados, M. Melián Abogados* <https://mymabogados.com>
- *Wolters Kluwer*. [guiasjuridicas.wolterskluwer.es](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es)
- *International Labour Organization*. (s. f.). [www.ilo.org](http://www.ilo.org).
- *Mundo juridico*. [www.mundojuridico.info](http://www.mundojuridico.info)
- *Legal today. Por y para profesionales del derecho*. <https://www.legaltoday.com/>

- Europa Press, Blanc, L. M. R., Redacción Lefebvre, , Fernández, M. J. S. T. L. Y, Serramitjana, M. J. S., Mayo, E. G. *Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*. El Derecho. <https://elderecho.com>
- *Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo*. <https://digibuo.uniovi.es/dspace/>
- *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)
- *Tribunal Constitucional de España*. [hj.tribunalconstitucional.es](http://hj.tribunalconstitucional.es)