



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA
CATALUNYA
SALA SOCIAL

**NIG : 08019 - 34 - 4 - 2020 - 0004037
CR**

Recurso de Suplicación: 3825/2020

**ILMO. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO
ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ
ILMO. SR. IGNACIO M^a PALOS PEÑARROYA
ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS
ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER
ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL
ILMO. SR. ADOLFO MATÍAS COLINO REY
ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS
ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ
ILMO. SR. EMILIO GARCÍA OLLÉS
ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO
ILMO. SR. FELIX AZÓN VILAS
ILMO. SR. JOAN AGUSTÍ MARAGALL
ILMA. SRA. NÚRIA BONO ROMERA
ILMA. SRA. AMPARO ILLÁN TEBA
ILMO. SR. SALVADOR SALAS ALMIRALL
ILMO. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ
ILMA. SRA. M^a MACARENA MARTÍNEZ MIRANDA
ILMA. SRA. MARIA PILAR MARTIN ABELLA
ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

En Barcelona a 31 de marzo de 2021

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 1851/2021

En el recurso de suplicación interpuesto por XXXXXX frente a la Sentencia del Juzgado Social 26 Barcelona de fecha 10 de julio de 2020 dictada en el procedimiento Demandas nº 348/2020 y siendo recurridos BD BARCELONA 1972, S.L., FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) y MINISTERIO FISCAL, ha





actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Luis Revilla Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 10 de julio de 2020 que contenía el siguiente Fallo:

"Que **estimando en parte la demanda** origen de las presentes actuaciones, promovida por **D. XXXXXXXX**, contra la empresa **BD Barcelona 1972 S.L.**, y el **Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)**, con intervención del **Ministerio Fiscal**, sobre **despido (con reclamación de cantidad acumulada)**,

ACUERDO:

1º Declaro IMPROCEDENTE el despido sufrido por el demandante el 14 de abril de 2020, condenando a la empresa **BD Barcelona 1972 S.L.** a estar y pasar por tal declaración y a que readmita al demandante en su mismo puesto de trabajo y en iguales condiciones a las que regían la relación laboral con anterioridad al despido, con abono de los salarios de tramitación, a razón de 52,60 euros brutos diarios; o, a su opción, que deberá ejercitar en el improrrogable plazo de cinco días, a que abone al actor una indemnización en cuantía de 4.628,80 euros.

2º Condeno a la empresa **BD Barcelona 1972 S.L.** a pagar al actor 457,14 euros brutos, más sus intereses moratorios, al tipo del 10% anual.

3º Condeno al **Fogasa** a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, de conformidad con sus obligaciones legales. "

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

"**1º.** El demandante, D. XXXXXXXX, mayor de edad, con DNI nº XXXXXXXX, trabajaba por cuenta de la empresa BD Barcelona 1972 S.L. (CIF nº XXXXXXXX), dedicada al comercio del mueble, con domicilio en la ciudad de Barcelona, con una antigüedad de 28 de agosto de 2017, categoría profesional de chofer (grupo IV), jornada a tiempo completo, y salario mensual de 1.600 euros brutos, incluida la parte proporcional de pagas extras.

2º. Por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de Covid 19.

3º. El día 14 de abril de 2020 la empresa demandada comunicó al demandante su despido disciplinario con efectos al mismo día, mediante carta que se da aquí por íntegramente reproducida (documento adjuntado a la demanda), por una supuesta disminución del rendimiento.

4º. El demandante no ostenta, ni ha ostentado, la condición de representante unitario o sindical de los trabajadores. "





TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado, impugnó la parte demandada BD Barcelona 1972, S.L, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El trabajador formuló demanda en la que ejercitó acción en la que postulaba que se declarase nulo o subsidiariamente improcedente el despido que bajo forma de causa disciplinaria, por una supuesta disminución del rendimiento, actuó sobre el mismo su empleadora demandada, con efectos de 14/04/2020. Acogió, por otra parte en integridad, la acción acumulada en la que se postulaba la liquidación de la relación laboral.

La sentencia dictada por el juzgado de lo social desestimó la pretensión principal de la acción acumulada en demanda en la que se postulaba la calificación jurídica de nulidad del despido y acogió la subsidiaria, declarándolo improcedente.

Como corolario de la declaración de improcedencia establece las consecuencias implementadas por el legislador para la misma sin incluir entre ellas la peticionada expresamente por el trabajador actuante de abono de intereses moratorios ex artículo 1108 del CC en referencia a la indemnización legal por despido improcedente.

Contra la anterior resolución y con exclusivo motivo de censura jurídica se alza en suplicación el trabajador para sostener, como motivo principal, que el despido merece la adjetivación que ya sostuvo en demanda, de nulidad y no simple improcedencia, y, como motivo subsidiario vinculado a la falta de éxito del motivo principal, que la indemnización legal por despido que se fija en la sentencia, para el supuesto de que la empresa opte por la extinción, ha de devengar, y han de reconocerse, intereses moratorios.

La empresa que se aquietó a la declaración de improcedencia, tras aceptar que la carta que comunicó la decisión del despido disciplinario por bajo rendimiento no completaba la formalidad constitutiva mínima, ha impugnado el recurso así configurado.

SEGUNDO.- Como premisas de las que habremos de partir para dar solución al candente conflicto al que hemos de dar respuesta, tenemos lo siguiente:

La resultancia fáctica de la sentencia, no controvertida en el recurso, informa que el demandante trabajaba como chofer para la demandada, dedicada al comercio de muebles, desde del 28/08/2017, con salario de 1.600 euros al mes y que en fecha 14/04/2020, con iguales efectos, le fue comunicado, según expresión de la propia sentencia: “su despido disciplinario con efectos al mismo día, mediante carta que se da aquí por íntegramente reproducida, por una supuesta disminución de rendimiento”.

En la carta de despido, se tipifica como falta muy grave de indisciplina y de desobediencia en el trabajo y disminución continuada y voluntaria en el rendimiento





del trabajo, lo que se imputa concretamente al trabajador actor: “usted no realiza sus funciones conforme a los objetivos y los estándares habituales, haciendo en ocasiones dejadez de las mismas....la empresa ha podido constatar que en los últimos meses ha propiciado una ralentización de las tareas que la misma le ha asignado, quedando la mayoría de ellas inacabadas por su falta de implicación y responsabilidad....la empresa ha podido comprobar que usted no cumple con sus obligaciones laborales...existe una dejadez manifiesta en el desempeño de sus labores...usted trabaja de forma pasiva y negativa y no lleva a cabo las funciones e indicaciones encomendadas por la misma”.

La demanda primero y ahora el recurso, para defender la petición de calificar como nulo el despido, después de reseñar el momento histórico en que se produce, en el marco de la pandemia sanitaria COVID 19 y vigentes las regulaciones singulares de los RDL 8/2020 y 9/2020, afirma que la citada regulación especial ha establecido “la prohibición de despedir”.

Concreta con más detalle la calificación de nulidad con sustento en la que afirma infracción de los artículos 4, 7, 8 y 9.1 del Convenio 158 OIT, de los artículos 1 y 24 de la Carta Social Europea y de los artículos 24.1 y 35 de la CE y, en referencia al que se postula fraude de ley, invoca el artículo 6.4 del CC. También invoca, aunque no puede hacerlo como doctrina jurisprudencial, dado el rango del órgano emisor, la sentencia de esta Sala de 06/06/2019 (REC 395/19) y la del Juzgado de lo Social nº 1 de Terrassa, de 29/11/2019.

Sostiene, en definitiva, que todo despido sin causa o con causa ficticia, ha de ser sancionado con la declaración de nulidad, “aplicando la doctrina de la proscripción del fraude de ley y del abuso de derecho como principio informador de todo el ordenamiento jurídico”, en especial después de la derogación del denominado “despido expreso” por la Ley 3/2012.

Añade además que, literalmente: “los despidos disciplinarios sin causa, durante todo el periodo de estado de alarma, suponen una nueva categoría de despidos prohibidos o vedados por causa de utilidad pública y emergencia nacional que deben tener el mismo tratamiento que los discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales”.

La demandada acepta, por falta de causalidad y cumplimiento de la formalidad constitutiva, la declaración de improcedencia del despido pero se opone a la de nulidad porque, afirma, ninguno de los fundamentos que despliega el trabajador en defensa de tal pretensión permite y habilita tal conclusión. Tampoco la que deriva de la legislación especial COVID 19.

La sentencia concluyó como presupuesto de su final solución y respecto a la legislación ordinaria que, literalmente: “Estamos, evidente es aunque se le haya dado apariencia de despido disciplinario, ante un despido sin causa. La empresa ni siquiera ha tratado de acreditar la supuesta infracción del trabajador, no desplegando medio de prueba alguno con este objetivo, reconociendo en el juicio,





como no podía ser de otra manera, la improcedencia”.

A continuación para valorar la que se peticionaba declaración de nulidad y rechazarla, en lúcida reflexión, expresa: “en nuestro régimen jurídico 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 OIT, invocado en la demanda”, “pero la calificación del despido sin causa, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial...es la improcedencia y no la nulidad que queda reservada para los casos más graves, con vulneración de derechos fundamentales, o relaciones con situaciones susceptibles de especial protección, para evitar precisamente la vulneración de un derecho fundamental...previstos en el art. 55 ET”.

También literalmente: “ni el régimen general del fraude de ley, ni el del abuso de derecho recogidos en los art. 6.4 y 7.2 del CC...imponen la declaración de nulidad del correspondiente acto jurídico...” “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”.

Ahora para rechazar la calificación de nulidad incluso tras la vigencia de la normativa excepcional por causa del Covid 19, que sí considera de plena aplicación al caso, dice y concluye:

“No obstante todo lo hasta ahora apuntado, en el presente caso concurre una circunstancia muy especial. El despido se produce en plena crisis sanitaria y también económica, por la paralización de la actividad productiva, provocada por la pandemia de Covid 19, que justificó la declaración del estado de alarma. Estando ya vigente el art. 2 del RDL 9/2020 que dispone: “la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornadas previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 de 17 de marzo no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

No se comparten al respecto los argumentos de la empresa. La transcrita disposición se aplica también al despido ahora enjuiciado, aunque el mismo sea formalmente disciplinario, pues si, como antes hemos razonado, los hechos imputados son excesivamente genéricos y no tienen el mínimo respaldo probatorio, podemos presumir que la decisión empresarial no atiende a la conducta del trabajador, sino al contexto socioeconómico en que acaece en plena crisis por el Covid 19”.

Finalmente, y este es el punto que ha impuesto una fisura en la consideración de los integrantes del Pleno que hemos valorado la conclusión de la sentencia, se plantea cual haya de ser la calificación jurídica del despido y, después de constatar que la de nulidad no aparece de forma expresa ni en el citado artículo 2 ni en la exposición de motivos del RDL 8/2020 de 17 de marzo, y a falta de imposición jurisprudencial concluye que esta ha de ser la de improcedencia. Además porque tal se deduce de la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada preexistente en referencia a





los despido sin causa. Porque la declaración de nulidad queda reservada para los supuestos previstos en la ley, relacionados con vulneración de derechos fundamentales o despidos colectivos actuados con mala fe negocial. Y porque el artículo 2 del RLD 9/20 no introduce una prohibición de despido sino que se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o ETOP, derivadas de la crisis COVID 19, pueden justificar un ERTE pero no un despido, añadiendo a modo de conclusión que “un despido sin causa es improcedente, pero no nulo”.

TERCERO.- Si son estos los términos del recurso de las posiciones de las partes, exigencia de ortodoxia procesal impone en primer lugar dar solución a la pretensión de que la calificación jurídica sea la de despido nulo con fundamento en la que se dice infracción de infracción de los artículos 4, 7, 8 y 9.1 del Convenio 158 OIT, de los artículos 1 y 24 de la Carta Social Europea y de los artículos 24.1 y 35 de la CE, así como y en referencia al que se postula fraude de ley, el artículo 6.4 del CC y las sentencias de esta Sala de 06/06/2019 (REC 395/19) y del Juzgado de lo Social nº 1 de Terrassa, de 29/11/2019.

Es decir, el análisis de la regulación estructural y ordinaria, previa y subsistente con la especial COVID, y como esta se despliega para la calificación jurídica del despido cuando este no tiene causa y es teatralización de simple desistimiento unilateral del empleador.

Aunque aquí la conclusión del antecedente Pleno de la Sala no fue uniforme y se produjo voto particular, finalmente se conformó criterio y solución que ahora el Pleno quiere mantener en aras de la seguridad jurídica.

Así en nuestra sentencia de 21/07/2020, dictada en recurso 4708/2019, hemos concluido que el despido sin causa, el despido fraudulento, determina la improcedencia del despido y no su nulidad, porque esta está exclusivamente vinculada a motivos tasados sin que la sostenida conclusión se haya visto afectada por la derogación del denominado “despido exprés”.

Que no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por la no calificación de nulidad porque la legislación española cumple con la reparación alternativa del artículo 4 del Convenio 158 de la OIT y porque las normas internacionales expresamente contemplan la indemnización como consecuencia del incumplimiento del principio de causalidad del despido. Y que tampoco se vulneran los artículos 24 y 35 de la CE.

Recordemos someramente lo que en aquella sentencia decíamos para rechazar de plano el petitum del recurso que pretende encontrar amparo en la regulación legal y doctrina citada. Concretamente podemos leer en la didáctica sentencia:

“Se trata, pues, en el presente caso de decidir si el despido objetivo del trabajador recurrente efectuado por la empresa sin alegación de causa alguna ha de ser declarado nulo, con condena a la readmisión obligatoria en su mismo puesto y condiciones de trabajo, o si, por el contrario ha de ser declarado improcedente, como ha hecho la sentencia recurrida (...). El trabajador recurrente entiende que se





ha violado el art. 53.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, el Convenio 158 de la OIT en su art. 4, así como determinada jurisprudencia del tribunal Supremo del 2010 y 2011, que cita. En relación con ello, señala que puede existir vulneración del art. 24.1 CE como motivo de nulidad del despido.

Se trata de nuevo en definitiva de la antigua cuestión de los despidos individuales en fraude de ley por inexistencia de causa o por causa falsa, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo declaró nulos hasta el año 1993, jurisprudencia que como es sabido abandonó ante la nueva ley de Procedimiento Laboral de 1990, que establecía concretamente las causas de nulidad del despido. A ello se añaden las nuevas circunstancias legislativas y jurisprudenciales ocurridas desde entonces, como la derogación de los denominados despidos exprés, y determinadas normas y jurisprudencia europeas, además del principio de la tutela judicial efectiva.

Para un mejor análisis del tema analizaremos separadamente primero la legislación y jurisprudencia nacionales, incluida la doctrina constitucional pertinente, para con posterioridad analizar si la legislación internacional general (Convenio nº 158 OIT) y europea (Carta Social Europea, Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea), además de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos respecto de la impugnación de despidos sin alegación de causa (STEDH 10.7.12, KMC c/ Hungría), obligan a matizar aquélla. Se trata de determinar en definitiva el sentido de la legislación y jurisprudencia nacionales, para precisar finalmente si son contradichas por el derecho internacional, que eventualmente obligue a inaplicarlas.

(...) Legislación interna: Estatuto de los Trabajadores y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

Como es sabido el art. 55.5 ET, referido al despido improcedente, dispone que "será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador". Sigue diciendo el texto que "será también nulo el despido en los siguientes supuestos: ..." , detallando exhaustivamente en tres apartados determinados casos de nulidad relacionados con la maternidad (por cuidado de hijo en mejor expresión legislativa) y permisos conexos con ella.

Lo mismo vale para el despido objetivo, conforme al art. 53.5 ET, según el que "la calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva (objetiva) producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, ..." mientras que el art. 53.4 dispone que "cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos: "..", con un listado idéntico al que ya se ha reiterado para el despido improcedente.

La ley procesal, por su parte, ratifica lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores en sus arts 108 y 122 para el despido disciplinario y el despido objetivo,





respectivamente. El art. 108, sobre "calificación del despido por la sentencia" dispone que "1. En el fallo de la sentencia, el juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo. Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente. 2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: "..", detallando los mismos supuestos que el ET.

Finalmente, por su parte el art. 122.3, sobre "calificación de la extinción del contrato", por despido objetivo, dispone que "3. La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [sobre los requisitos formales del despido objetivo, consistentes en escrito con indicación de causa, puesta a disposición de la indemnización etc]". Mientras que en el apartado 2 detalla los supuestos en que "la decisión extintiva será nula", relacionando de forma exhaustiva idénticos casos que en la norma sustantiva.

Estas normas, en tanto normas especiales, prevalecen sobre las normas generales del título preliminar del Código Civil sobre fraude de ley y abuso de derecho. En todo caso el art. 6.3 del Código Civil dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, "salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", lo que en el presente caso ocurre respecto de la calificación como improcedente y no nulo de los despidos a que nos referimos. Por otro lado, según el art. 7.2 "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". Y en todo caso, conforme al art. 4.3 estas disposiciones "se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes", en el caso de laguna de ley, incluido el supuesto de fraude de ley, cuando lo que no ocurre en el presente caso en que existe una regulación específica.

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. De manera que la empresa no podrá intentar discutir ningún eventual incumplimiento contractual del trabajador, o ninguna circunstancia objetiva, conforme al art. 105.2 LRJS, -en relación con el art. 120 para el despido objetivo-, según el que para justificar el





despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido.

No existe tampoco respecto de estas normas la posibilidad de una interpretación constitucional de la ley, de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención de causa conlleva la nulidad. La interpretación constitucional exige que la norma sea susceptible de diversos sentidos, por ser oscura y poder ser adaptada al texto constitucional. Pero cuando la norma es clara y hasta contundente en su sentido, no cabe desconocerla si no es tras una sentencia constitucional que la expulse del ordenamiento jurídico. Así la STC 185/2014 de 4/11/2014 señala que "Conforme a una doctrina reiterada de este Tribunal, que resume la STC 189/2013, de 7 de noviembre, FJ 4, "el criterio de la interpretación conforme se puede encontrar ya en Sentencias tan tempranas como la STC 4/1981, de 2 de febrero, o la STC 122/1983, de 16 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico 6 ya decíamos que "siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal". Este criterio, que constituye ya doctrina consolidada, se desarrolla igualmente en la STC 93/1984, cuyo FJ 5 señala que "es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación". En similar sentido, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 89/2004, de 25 de mayo FJ 8, o 133/2006, de 27 de abril, FJ 14". No obstante, la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad de la norma cuestionada como del contenido del mandato incorporado en la norma examinada. Como también se apunta en la STC 189/2013, FJ 4, "se erige en parámetro hermenéutico el que la interpretación conforme se pueda deducir "de modo natural y no forzado" del tenor literal del precepto, sin afectación de la seguridad jurídica (por todas, SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 4; 74/2000, de 16 de marzo, FJ 3; o 56/2004, de 21 de septiembre, FJ 8)".

(...) Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con el despido fraudulento

Este listado de supuestos de nulidad, aumentado con el tiempo, es lo que llevó a la jurisprudencia a modificar en su día la anterior jurisprudencia sobre el despido en fraude de ley.

Así señaló la STS 2 noviembre 1993 que "la línea jurisprudencial que se invoca con relación a la citada figura, sentada con anterioridad y para hechos anteriores a la vigencia del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, quedó siempre constreñida a despido fraudulentamente realizado; experimentó evolución restrictiva, como manifiestan, entre otras, las SS. 11-4-1990, 16 de mayo y 5 de junio del mismo año y 18-6-1991, en las que se declara que la nulidad radical por despido fraudulento constituye figura excepcional y extrema, en tanto que no contemplada





por el Estatuto de los Trabajadores, por lo que para calificar como tal al despido era necesario que la decisión empresarial correspondiente se hubiera producido no sólo de manera antijurídica -pues las que generan nulidad o improcedencia también afectan a despidos realizados con vulneración de la ley-, sino además con dosis de arbitrariedad especialmente intensa, atentatoria de los más elementales principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, buscando inadecuado amparo en normas que autorizan despido causal para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico, cual es obtener una declaración de improcedencia para despido carente de causa, por ser dolorosamente inventada la que se aduce.

Ya esta Sala, precisamente en la sentencia que ineficazmente ha sido invocada para el debate de la contradicción -la de 30-11-1991 -, apuntaba que la línea jurisprudencial expuesta y la de admisión, por tanto, del despido radicalmente nulo por fraudulento, podría no ser conciliable con la nueva disciplina establecida por el art. 108 del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral. Y así es en efecto; el citado artículo enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo, sin que en alguno de éstos quepa incluir la referida figura, la cual, por tanto, carece actualmente de refrendo o apoyo legal".

Siguieron a ésta, entre otras las SSTs 19/1/1994, 15/12/1994, 21/2/1994, 15/12/1994, 14/3/1994, 15/12/1994, 30/1/1995, 28/2/1995, 2/6/1995, 23/5/1996, 10/7/1996, 23/7/1996, 30/12/1997, 22/1/2008 .

En esta línea la STS 29/9/2014 y la de 5/5/2015 recuerdan que "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.

De acuerdo con esta doctrina, 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 línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2- 11-1993 (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos entrecomillados, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997). "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 -concluye STS 29-2- 2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo".

Entre las últimas, la STS 28/11/2017 señala que "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.

De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990, 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 línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos entrecomillados, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997). "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 - concluye STS 29-1-2001 (citada)- la calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo".

No puede olvidarse finalmente la serie de SSTS 5 de febrero de 2014, 17 de febrero de 2014, dos sentencias, 18 de febrero de 2014 (dos), 19 febrero 2014, 15 de abril de 2014, 16 de abril de 2014 (dos), 20 de mayo de 2014, 24 de junio de 2014, 25 de junio de 2014, 12 de septiembre de 2014, 21 de octubre de 2014, 10 de diciembre de 2014, 11 de diciembre de 2014, que mantienen expresamente la vigencia de la referida doctrina, en un tema referido a la nulidad de los despidos colectivos por fraude de ley por evitación de la subrogación, y a la que más adelante nos referiremos especialmente.

De esta manera ha de concluirse que la ley califica de improcedente el despido en que no se cumplen los respectivos requisitos de forma, mientras que la jurisprudencia, como no puede ser de otro modo, aplica constantemente esta





calificación.

En este sentido ya la sentencia de esta Sala 7077/2004 de 15 octubre declaró que "debe matizarse que la nulidad radical del despido perdió su sentido tras la promulgación de la nueva Ley de Procedimiento Laboral y la jurisprudencia puso de manifiesto que las causas de nulidad del despido eran las enumeradas en el citado artículo 108.2 y ninguna otra, entendiéndose incluso que el fraude de Ley tampoco constituía razón para calificar como nulo un despido. Más aún ha sido el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores restrictivo en la redacción dada por la Ley 11/94 así como el nuevo artículo 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no ya respecto a la nulidad radical, que el Texto Procesal de 1990 vació de contenido y razón de ser, sino respecto a la nulidad simple. Esta última solamente se puede apreciar cuando la decisión empresarial sea discriminatoria o vulnere derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador".

Supuesta evolución legislativa en relación por la derogación del llamado despido exprés

En nada afecta a este hecho el que se haya derogado el denominado despido exprés, que no existía cuando tal doctrina fue instaurada ni en la mayor parte del tiempo en que ha regido, y que nada tiene que ver tampoco en su mantenimiento actual. Si con el hecho de tal derogación quisiera mantenerse que ahora, pero no antes, el despido llamado fraudulento ha de calificarse como nulo y ya no como improcedente, se topa con el hecho incontestable de que las normas sustantivas y procesales que determinan la calificación del despido como nulo y como improcedente son idénticas, prescindiendo por completo de esta derogación, que solo afecta al despido exprés, pero no al despido con defectos formales en la comunicación, cuyas normas reguladoras se han citado más arriba, y que dicen ahora si acaso con más contundencia y especificación lo que ya dijeron en la LPL 1990, cuando el Tribunal Supremo modificó su doctrina por haberse modificado la ley.

(...) Puede alegarse como una supuesta evolución jurisprudencial que justifique la nulidad de los despidos discutidos una serie de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre fraude de ley en relación a subrogación de determinados Consorcios andaluces.

El 124.2 LRJS indica que la demanda impugnatoria del despido colectivo podrá impugnarse -entre otros motivos- cuando "la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso del derecho". Y el 124.11. LRJS (sobre despidos colectivos) dispone que "la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la





reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta ley".

Por su parte, el art . 122.3 LRJS, sobre "calificación de la extinción del contrato", por despido objetivo, dispone que "la decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [sobre los requisitos formales del despido objetivo, consistentes en escrito con indicación de causa, puesta a disposición de la indemnización etc]". Mientras que en el apartado 2 detalla los supuestos en que "la decisión extintiva será nula", relacionando de forma exhaustiva idénticos casos que en la norma sustantiva.

De esta manera no es posible sostener que la regulación del despido colectivo obliga a declarar la nulidad de los despidos objetivos con defecto de forma. Si bien es cierto que la diferencia entre ambos despidos radica sustancialmente en razones cuantitativas, la regulación de la nulidad es completamente diferente. La razón está en el carácter colectivo de los primeros despidos, que exige una negociación con la representación de los trabajadores, con la documentación correspondiente para asegurar la existencia de la causa, de modo que la ausencia de tales requisitos -de los que puede depender el despido o no de un gran número de trabajadores- lleva a la declaración legal de nulidad. Y al contrario, el art. 123.3 LRJS dispone expresamente para el despido objetivo que "la decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores" [sobre los requisitos formales del despido objetivo], de manera que la diferencia en el tratamiento legal de los defectos discutidos entre ambos tipos de despidos es palmaria.

No obstante ello, el Tribunal Supremo ha analizado la diferente redacción dada por el art. 124 LRJS a la impugnación de los despidos colectivos (por fraude de ley, entre otros casos) y los supuestos de declaración de nulidad en diversos supuestos de subrogación de Consorcios andaluces, que se alegaba impedida por actitud fraudulenta, y ha concluido que "lo cierto es que la redacción del apartado 11 del mismo precepto -en que se tratan los posibles pronunciamientos de la sentencia- únicamente predica de forma expresa la declaración de nulidad respecto de los defectos procedimentales o de aportación documental que expresamente señala [falta del periodo de consultas; ausencia de la documentación obligada; inobservancia del procedimiento; inexistencia de autorización judicial en caso de concurso], "así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas", sin mencionar al cuestionado "fraude", para concluir que "esta ausencia en el elenco de causas de una y otra declaración no es más que un simple vacío legal, que lógicamente habrá de suplirse con la previsión contenida en el art. 6.4 del Código, a cuyo tenor los actos realizados al amparo del texto de una norma que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico "se considerarán en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir". (STS 19/2/2014)

Por lo que declara la nulidad, pero ello sin perjuicio de que "d) tampoco es obstáculo (para ello) nuestra usual doctrina en torno a que tras la entrada en vigor del TR





LPL/1990, la figura -creación jurisprudencial- de nulidad del despido por fraude de ley es inexistente [SSTS 02/11/93 -rcud 3689/92-; 15/12/94 (-rcud 985/94-; 30/01/95 -rcud 1592/94-; 02/06/95 -rcud 3083/94-; y 23/05/96 -rcud 2369/95-], habida cuenta de que en el presente caso no estamos en presencia de un fraudulento despido individual, sino que enjuicamos la validez de una decisión extintiva adoptada en expediente de despido colectivo, con la que se ha pretendido eludir toda la normativa autonómica que prescribía la obligada asunción del personal por parte del SAE, y que esta decisión de proyección colectiva tiene su propia regulación y consecuencias -particularmente las ligadas a un posible fraude -trascienden a un plano superior de intereses generales, revistiendo mucha mayor gravedad que las propias de un cese individual" (SSTS 5 de febrero de 2014, 17 de febrero de 2014, dos sentencias, 18 de febrero de 2014 (dos), 19 febrero 2014, 15 de abril de 2014, 16 de abril de 2014 (dos), 20 de mayo de 2014, 24 de junio de 2014, 25 de junio de 2014, 12 de septiembre de 2014, 21 de octubre de 2014, 10 de diciembre de 2014, 11 de diciembre de 2014).

De manera que toda esta serie de sentencias recalca la pervivencia de la doctrina que pretende el recurso que sea desconocida, por la diferencia existente entre los despidos colectivos y los individuales, cuyas diferencias se recalcan.

(...) Nótese que la razón que subyace en todos los supuestos de defectos en la comunicación del despido es el de la indefensión causada al trabajador, que ante la inconcreción de los hechos o de su ausencia no puede impugnar adecuadamente su despido por desconocimiento de su causa. Precisamente por esto, la ley, sin más requisitos, dispone la calificación del despido como improcedente, y en consecuencia impone la condena alternativa a la readmisión o a la indemnización con la máxima indemnización legal, con opción que puede ser para la empresa o para el trabajador en el caso de representantes de los trabajadores o sindicales.

Ha de resaltarse pues que esta condena automática y obligada que se obtiene, sin más fundamento que la inconcreción o la ausencia de expresión de causa, es idéntica a la que podría obtener en el caso de que se hubiera expresado correctamente la misma y el trabajador hubiera podido impugnar el despido, sin indefensión por ello. En este supuesto ordinario, si tras la alegación y prueba de los hechos fundantes del despido la empresa no logra acreditar la realidad y entidad de la causa, la sentencia deberá ser la de improcedencia, con la misma condena alternativa y opciones a que nos hemos referido. Y ello tanto en los supuestos de inconcreción de la causa, conforme a innumerables sentencias del Tribunal Supremo, como en los de falta de alegación de la causa o de causa falsa, como también en los casos de despido verbal o de despido tácito. En todos los supuestos de falta de cumplimiento de los requisitos de forma legalmente impuestos, consistentes sustancialmente en la alegación suficiente de la causa del despido, el despido es improcedente. Es cierto que en caso de cumplimiento de los requisitos de forma legales el trabajador tendrá a disposición con la carta la indemnización de 20 días por año -no la máxima de 33 días con la proporción de 45 días en su caso correspondiente-. Pero a la inversa, la empresa en tal caso de incumplimiento no podrá de ningún modo intentar acreditar la concurrencia de la causa, lo que sí





obviamente puede ocurrir en el caso de cumplimiento, con la eventual declaración de procedencia del despido.

Nótese que una solución contraria, como la pretendida, en el sentido de que el despido se calificara como nulo y no como improcedente, debería aplicarse no solo a los despidos escritos sin alegación de causa, sino con mayor razón, si cabe, en los supuestos de despido verbal, y con aun mayor razón en los de despido tácito, en los que el incumplimiento de los expresados requisitos y el consiguiente desconocimiento de la razón de su despido por el trabajador es mayor, tanto en los supuestos de despido objetivo como disciplinario.

Además, ha de señalarse que de cumplirse con la forma del despido, que aquí falta, la indemnización puesta a disposición del trabajador sería únicamente la de 20 días por año de antigüedad, y no la de 33 días desde 2012 y la correspondiente anterior a razón de 45 días por año, conforme a la norma. De manera que para obtener esta última indemnización de 33 días y en su caso 45, el trabajador debería seguir un proceso por despido sobre el fondo del asunto, de resultado incierto. La ley española ante el defecto de forma de la carta impone la condena automática a la máxima indemnización, sin consideración alguna al fondo del asunto.

(...) Violación de derechos fundamentales, escondida en todos los despidos, prescindiendo de alegación de causa

Es obvio, por otra parte, que la falta de expresión suficiente de las razones del despido puede esconder una vulneración de derechos fundamentales, y que por tanto en estos casos el despido deberá ser declarado nulo y no improcedente. También es notorio que ello puede ocurrir en los supuestos de expresión suficiente de la causa, ya que junto a ella puede esconderse una violación de derechos fundamentales. Efectivamente, el empleador puede aprovechar cualquier eventual incumplimiento y detallarlo en la carta, para aparentar justificar un despido cuya causa real esté en una violación de derecho fundamental. En definitiva, en todos los despidos, prescindiendo de si se alega o no concreta causa, puede subyacer una vulneración de derechos fundamentales.

Por ello el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina, conforme a la que el trabajador si cree que ha sido despedido realmente por una razón que vulnere un derecho fundamental, y no por la razón indicada en la carta, puede alegar en su demanda indicios de la misma, que si se acreditan producirán la inversión de la carga de la prueba y por tanto la exigencia de que sea la empresa quien pruebe que el despido se ha producido sin relación alguna con la violación de derecho fundamental. Si tal prueba no se realiza, el despido se deberá calificar de nulo y no de improcedente (STC 111/2003, de 16 de junio, STC 72/2004, de 5 de mayo, por todas). Sin perjuicio de que en los casos de falta de concreción de la causa o de falta de alegación de la misma, el despido esté ya calificado desde el principio como improcedente, sin que la eventual prueba de la empresa de que el despido es ajeno a la violación del derecho fundamental sirva para subsanar el defecto de la carta. Es fundamental señalar que esta posibilidad de que bajo la apariencia de la carta o de falta de ella esté subyacente una violación de derecho fundamental no queda afectada por el hecho de que la empresa no alegue causa alguna, porque el





trabajador conoce por las circunstancias del desarrollo de su relación laboral las eventuales violaciones de derecho de que ha sido objeto y en su caso los indicios de las mismas, y puede alegarlas sin límites en su demanda. Esta posibilidad de alegación de violación de derecho fundamental no parece facilitada por el hecho de que la carta determine una causa para el despido, en la medida en que la violación del derecho siempre aparecerá como escondida y no se expresará nunca en la carta, tanto si hay expresión de causa suficiente como si no la hay.

En definitiva, queremos subrayar con todo esto que en nuestro derecho la ilegalidad de la carta de despido es sancionada con una consecuencia que es idéntica a la que el trabajador podría obtener con una carta que expresara causa suficiente. Incluso en el presente caso se le ha puesto a disposición la indemnización, conforme al hecho probado 2º, por lo que no existe la violación que en otros supuestos puede existir. Y al revés, en la medida en que queda relevado de la necesidad de oponerse al despido intentando acreditar la irrealidad o la falta de entidad de los hechos alegados, con la consiguiente posibilidad real de que el despido sea calificado como procedente, si no lo consigue, se le garantiza el éxito de su pretensión, lo que nunca podrá ocurrir en el caso de comunicación legal. No se pretende indicar que la alegación de causa no es importante para el proceso si se trata de oponerse al despido. Sino de señalar que la consecuencia que nuestro derecho anuda a la falta de expresión de la causa no daña al trabajador, si se compara con lo que podría obtenerse en caso de expresión concreta de aquélla.

Cosa diferente sería si la ley anudara al despido ilegal la consecuencia de la readmisión, lo que no es el caso, más que en los supuestos en que en listado exhaustivo se establece la nulidad.

(...) Inexistente violación de la tutela judicial efectiva en la regulación nacional del despido sin alegación de causa concreta

Pasando al ámbito constitucional, se alega sin argumentarlo violación de la tutela judicial efectiva. Podría entenderse como posibilidad que la violación de un derecho fundamental, y por tanto la necesidad de declaración de nulidad, conforme al Estatuto de los Trabajadores y la ley reguladora de la Jurisdicción Social, se ha producido por la violación de la tutela judicial efectiva en tanto que derecho fundamental, al no haberse especificado la causa del despido por la empresa, y la sentencia no haber declarado en consecuencia la nulidad. Según esta posición, violaría a la tutela judicial efectiva el que en tales casos no se declarara la nulidad del despido.

Ha de recordarse que el art. 122.3 LRJS sobre "calificación de la extinción del contrato", por despido objetivo, dispone que "3. La decisión extintiva se calificará de improcedente cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [sobre los requisitos formales del despido objetivo, consistentes en escrito con indicación de causa, puesta a disposición de la indemnización etc]".





Mientras que en el apartado 2 detalla los supuestos en que "la decisión extintiva será nula", relacionando de forma exhaustiva idénticos casos que en la norma sustantiva para los despidos disciplinarios y nulos. La norma, con la jurisprudencia, excluye el defecto de forma de la carta de los supuestos de violación de derecho fundamental. Dicho de otro modo, es la propia ley la que impone la calificación de improcedencia, con el abono de la máxima indemnización legalmente posible, excluyendo por ello que dicha regulación constituya una violación de derecho fundamental.

Obviamente, el que una norma predique de sí misma, aunque sea implícitamente, el atenimiento a la Constitución, no excluye la posibilidad de que en realidad la viole. Pero para que se concluya que esta violación existe y por tanto la norma se inaplique será necesario el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad y una sentencia favorable del Tribunal Constitucional. Entre tanto, conforme a la doctrina constitucional, habrá que presumir la constitucionalidad de la norma, que deberá ser aplicada. En suma, no es la actuación de la empresa en tanto que violadora de la ley, sino la ley misma la que impone la calificación de los despidos discutidos como improcedentes, y no nulos. Por lo que no cabe entender que exista una violación de la tutela judicial.

Al revés, la violación de la tutela judicial efectiva se produce cuando deja de aplicarse una norma que no ha sido declarada inconstitucional.

(...) Ha de recordarse, por otro lado, que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una doble vertiente, una procesal referida a la actuación del órgano jurisdiccional respecto, en general, de la posibilidad de la audiencia bilateral y la práctica de la prueba sin indefensión, y otra respecto de la aplicación de la norma por la resolución que da fin al procedimiento, que deberá evitar la arbitrariedad o irracionalidad.

(...) Difícilmente puede atribuirse al Juzgado una violación de este tipo cuando se ha limitado a aplicar la calificación que las normas sustantivas y procesales efectúan del despido con infracción de forma en la carta. La aplicación efectuada por el Juzgado no es "manifiestamente arbitraria, claramente errónea" o "manifiestamente irrazonable o arbitraria", en la medida en que aplica las normas referidas en su sentido propio, interpretado conforme a los criterios del título preliminar del Código Civil, y según la interpretación efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los términos más arriba recordados. Ya se ha señalado que en este caso no es posible una interpretación constitucional de la ley, que evite la cuestión de inconstitucionalidad, para hacer decir a las normas sustantivas y procesales citadas al principio que la calificación del despido en el caso discutido debería ser la nulidad. Ello implicaría una tergiversación de la ley y no una interpretación suya. De manera que solo cambiándola, por el procedimiento legislativo correspondiente, o por su expulsión del ordenamiento por el Tribunal Constitucional podría aplicarse en el sentido pretendido.

Si se quiere atribuir la violación a la actitud de la empresa, no corregida por el Juzgado, ha de recordarse que la actitud de la empresa es ciertamente ilegal, en tanto contraviene las normas sobre la causalidad del despido y su expresión en la carta. Pero el Juzgado ha corregido tal actitud ilegal en los términos establecidos por





la norma, al imponer de entrada y sin necesidad de ulterior consideración la improcedencia del despido, en los mismos términos en que el despido debería ser calificado si hubiera contenido una expresión clara de los motivos, y éstos no hubieran sido tenido como suficientes por la sentencia. En definitiva, la sentencia recurrida ha corregido la ilegalidad en los términos establecidos por la ley, sin perjuicio para el trabajador respecto de lo que hubiera podido reconocer de haber podido entrar a conocer del fondo del asunto. De nuevo, si la ley aplicada por el Juzgado es la que se entiende inconstitucional, -y todo apunta a que en realidad esto es lo que se entiende- dada la imposibilidad de interpretarla de otro modo, debería ser recurrida ante el Tribunal Constitucional tras la proposición de la correspondiente cuestión. Porque es la ley y la jurisprudencia que la interpreta, y no una interpretación arbitraria del juzgado, la raíz de la calificación realizada del despido.

(...) Despido ad nutum, frente a despido causal indemnizado en caso de violación

Para finalizar este apartado de interpretación constitucional, hemos de recordar las STC 22/81 y 192/03 según las que "tanto exigencias constitucionales, como compromisos internacionales, hacen que rijan entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma. Ello no quiere decir que, como poder empresarial, la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa y que, por ello, su regulación no haya de tener en cuenta también las exigencias derivadas del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero lo que resulta claro es que no puede deducirse de esa libertad de empresa ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad ad nutum de despido".

Es completamente cierto que las exigencias de la carta de despido derivan del carácter causal del despido, en la medida en que el contrato solo puede extinguirse sin la concurrencia de una justa causa. Tal formulación, derivada de normas internacionales, como veremos, puede llevar a la idea de que el contrato solo puede finalizar con justa causa, y que sin ella ha de mantenerse, por tanto, mediante la declaración de nulidad del despido si esta justa causa no se alega, o quizás si no concurre. Pero la realidad es que tal interpretación, podríamos denominar fuerte, de los textos no es la que sigue nuestro ordenamiento ni la práctica totalidad de los ordenamientos europeos, precisamente porque las normas de derecho internacional general y europeo que establecen la causalidad del despido permiten la fijación de una indemnización, en caso de que no se establezca por la ley nacional la nulidad. Ello ocurre con todas las normas internacionales.

Incidentalmente ha de indicarse que el despido "ad nutum", que la sentencia constitucional citada prohíbe, no es precisamente el vigente en el derecho español, pues despido ad nutum significa despido sin compensación alguna, efectuado por el empresario por su propia voluntad. En el derecho español, en todo caso, además de la exigencia general de causa, rige el despido indemnizado en el supuesto de que aquél no se ajuste a la ley.

La postura contraria viene a entender que la única forma de reparar la falta de causa





del despido es la nulidad, desconociendo con ello las normas de derecho internacional, que a su juicio aparentemente abonan tal posición, cuando todas recogen la posibilidad de acudir a una indemnización como forma de reparación de la ilegalidad.

(...) Derecho Internacional general: Convenio 158 de la OIT

En el ámbito del derecho internacional, que dividimos entre el internacional general y el europeo, entiende el recurrente que su despido debe de ser reparado con la declaración de nulidad, conforme al art. 4 del Convenio 158 de la OIT, en lo que respecta al derecho internacional general. Indica este artículo que "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". Sienta con ello que el despido es causal, sea por causa disciplinaria o por razones objetivas. No obstante, la consecuencia del incumplimiento de esta causalidad la establece el art. 10 del Convenio, según el que "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". De este modo el art. 10 establece dos modos de reparación del incumplimiento de la causalidad del despido, el primero ordenar o proponer la readmisión, y el segundo, en el caso de que ello no fuera posible en virtud de la legislación nacional, "ordenar el pago de una indemnización adecuada", u otra reparación apropiada. La legislación española cumple con la reparación alternativa, de ordenar el pago de una indemnización adecuada, y lo hace, como es notorio, de forma automática, con la mera acreditación de que se ha producido un despido y que éste no ha expresado causa.

La Carta Social Europea

En cuanto a los preceptos de derecho internacional europeo que pudieran fundar la pretensión efectuada, cabe señalar el artículo 24 de la Carta Social Europea que dispone que "todos los trabajadores tienen derecho a que no se termine su empleo sin razones válidas para dicha terminación relacionadas con su capacidad o conducta o con base necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio".

Pero la carta añade en el apartado b) del mismo art. 24: "para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada". De este modo la Carta Social europea adopta una solución semejante al del Convenio 158





de la OIT, si bien incluso con una reacción de intensidad menor que la de éste, pues en caso de incumplimiento de la prescripción de causalidad la reacción es directamente el de la imposición de "una indemnización adecuada", si bien ciertamente entre la "otra reparación apropiada" cabe entender incluida la nulidad.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Finalmente, en cuanto al derecho europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone lo siguiente: Artículo 30.- Protección en caso de despido injustificado: "todo trabajador tiene derecho a la protección contra el despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y las leyes y prácticas nacionales. Con miras a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de protección de los trabajadores en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a. el derecho de todos los trabajadores a no que se ponga fin a su empleo sin razones válidas para dicha terminación relacionadas con su capacidad o conducta o sobre la base de los requisitos operativos de la empresa, establecimiento o servicio; b. el derecho de los trabajadores cuyo empleo se rescinda sin una razón válida para una compensación adecuada u otra reparación apropiada".

De este texto, en la misma línea de los otros dos anteriores, resulta que el incumplimiento de la causalidad en el despido es resarcido con una compensación adecuada. La consecuencia de todo ello es que en el derecho Internacional, General y Europeo, si bien es unánime la declaración del carácter causal del despido, también lo es el que no se exige en ningún caso la nulidad como única reparación posible, de modo que ésta únicamente se cita expresamente en el Convenio OIT, y ciertamente ni siquiera se hace en los Convenios europeos".

(...) La conclusión que debe sacarse de este análisis de las normas y jurisprudencia internacionales, es que de ellas no se deduce en modo alguno que la legislación española que declara improcedente el despido realizado sin alegación de causa, con la indemnización correspondiente, contradiga tales normas internacionales, en la medida esta indemnización está prevista expresamente por ellas como consecuencia del incumplimiento del principio de causalidad del despido, y en que la jurisprudencia referida en modo alguno es aplicable a la legislación española, que no viola el principio al acceso al proceso".

CUARTO.- Lo hasta ahora expuesto sirve para rechazar, con el total sustento del Pleno, el general alegato de que el despido se declare nulo con fundamento en el estudio del marco legislativo ordinario y desconectado de la singular, especial y extraordinaria legislación COVID 19. Pero es precisamente con presupuesto en la legislación especial, a la que luego nos referiremos, que renace, (en una manifestación más de la incertidumbre que la incompleta técnica legislativa ha impuesto al debate doctrinal, e incluso al dictado de resoluciones judiciales de diverso signo y sentido), la distinta sensibilidad del Pleno de esta Sala, que ahora no ha llegado a una solución unánime pero que sí ha conformado una conclusión mayoritaria que, seguidamente, expondremos.





El despido tiene efectividad práctica el 14/04/2020, cuando ya está vigente la normativa excepcional, en concreto el artículo 2 del RDL 9/2020 y ahora hemos de resolver, como se pretende en el recurso, determinar si el precepto resulta de aplicación para la calificación jurídica del despido y, mas concretamente, si su incidencia ha de imponer la declaración de nulidad.

Expondremos la regulación especial, tal y como ha sido dada por el legislador, para obtener guía de la exégesis que se nos demanda.

En primer lugar el RDL 8/2020, de 17 de marzo, “de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19”, que en su apartado tercero dice:

“Las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTEs) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo”, para añadir que “a la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos”.

Luego el RDL 9/2020, de 27 de marzo de 2020 por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, dice en su preámbulo:

“El pasado 14 de marzo, el Consejo de Ministros acordó declarar el estado de alarma, en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con motivo de la crisis sanitaria originada por la pandemia del COVID-19.

Posteriormente, con fecha 17 de marzo, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, con el fin de arbitrar un conjunto de medidas que permitieran paliar, en cierta medida, la crisis sanitaria, económica y social generada por la pandemia del COVID-19.

Entre las medidas contempladas en este real decreto-ley, se recogía la flexibilización de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTE), tanto por causa de fuerza mayor, como en el supuesto de los derivados de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, con el fin de intentar paliar los efectos devastadores que esta crisis sanitaria está produciendo en el mercado laboral.

No obstante, el notable estancamiento que está registrando nuestro mercado laboral, unido al importante volumen de ERTE presentados, desde la declaración del estado de alarma, ponen de relieve la necesidad de arbitrar nuevas medidas e instrumentos que contribuyan a paliar los efectos de esta crisis sanitaria sobre las personas trabajadoras de nuestro país.





De esta forma, la situación extraordinaria y urgente por la que actualmente atravesamos requiere la adopción de nuevas medidas que respondan de manera adecuada a las necesidades que se derivan de las consecuencias cambiantes de esta crisis sanitaria, que suponen una alteración grave y sin precedentes de nuestra vida diaria y que está teniendo un impacto devastador sobre el mercado laboral, generando una gran incertidumbre en un amplio colectivo de personas trabajadoras, que están viendo afectados sus puestos de trabajo, a raíz de la suspensión de un importante volumen de actividades, como consecuencia de la declaración del estado de alarma.

La disposición adicional 6ª del RDL 8/2020, establece en beneficio de las empresas exoneración de cotización sujetando la misma “al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”, “se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes.”.

Especialmente, el muy trascendente artículo 2 del RDL 9/2020, objeto central de nuestro estudio, bajo el título “Medidas extraordinarias para la protección del empleo”, disciplina, literalmente:

“La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.”.

Los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, a los que se ha remitido el artículo anterior definen las situaciones amparadas por las medidas de suspensión de contracte o reducción de jornada en los siguientes términos:

“Artículo 22. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor.

1. Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.”.

“Artículo 23. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de





suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.

1. En los supuestos que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, se aplicarán las siguientes especialidades, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes.....”.

El Pleno, haciendo tuitivo esfuerzo integrador del recurso, que se muestra mas sobrio, ha entendido que lo que denuncia es que el artículo 2 del RDL 9/2020 supone, (en el excepcional marco en el que nace al mundo jurídico y para no defraudar su teleología, su finalidad y la voluntad del legislador cuando lo da al mundo jurídico), que el esfuerzo socio económico realizado en aras de la pervivencia y estabilidad del empleo, se traduzca en la necesidad de la declaración de nulidad de los despidos que se realicen en contravención del precepto que impone la necesidad previa de acudir a las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

Se dice que el precepto impone que los contratos deben ser objeto de la suspensión y que no se faculta para despedir por causas objetivas relacionadas con la pandemia.

Se añade que no es admisible la defraudación de la norma establecida para una realidad concreta, como es la que se ha contemplado en los RRDDL 8 y 9/2020. Que esta regulación especial se constituye como regulación imperativa que no puede ser burlada ni defraudada por cauce torticero.

Y que si así se hace se incurre en fraude de ley al que nuestro ordenamiento anuda necesariamente como consecuencia la nulidad ex tunc para así expulsarlo del mundo jurídico.

Finalmente se concluye, aplicando técnica civilista, que, como disciplina el artículo 6.3 del Título Preliminar del CC los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho y sólo la declaración de nulidad del despido que se realiza contraviniendo la regulación legal se acomoda a la excepcionalidad de las normas imperativas o que impongan prohibición, como las que ahora estudiamos.

QUINTO.- Dando ya respuesta a la cuestión el criterio mayoritario del Pleno ha acordado rechazar el motivo del recurso y concluir que, en el marco y coyuntura en que se adoptó el despido, el mismo fue correctamente calificado como improcedente por la sentencia recurrida.

En armónica solución a la que han llegado ante idéntico conflicto las sentencias del TSJ de Andalucía, sede Sevilla, en su sentencia de 19/11/2020 (REC. 1795/2019) o del TSJ de Madrid, en su sentencia de 25/11/2020 (REC. 590/2020).





Es cierto, y así lo aceptamos, que la regulación e implementación de medidas adoptadas en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19 es excepcional y, en principio, tienen vocación de temporalidad para intentar solventar odiosa consecuencia para la estabilidad en el empleo.

Pero precisamente la oportunidad en la respuesta y la contemporaneidad e inmediatez al problema que trata de solventar ha determinado torpe redactado auténtico.

Así, aunque habría sido mas que deseable, y también posible con mínimo esfuerzo del legislador, el artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 de 27 de marzo finalmente es oscuro y guarda silencio sobre si el incumplimiento de la prohibición en él expresada, ha de implicar la declaración de improcedencia o nulidad de la extinción del contrato de trabajo acordada por el empleador en el ámbito de la pandemia.

Sólo establece que "la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real decreto ley 8/2020 de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido".

El precepto estudiado lo que pretende es impedir que la empresa extinga válidamente un contrato por causas objetivas relacionadas con esa situación que podrían haber motivado la suspensión del contrato o la reducción de jornada a través de los mecanismos de flexibilidad interna dispuestos en la normativa excepcional COVID-19, concretamente los ERTES por fuerza mayor y causas ETOP en los términos de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, al que el precepto estudiado se remite. Pero no puede colegirse, sin soporte expreso auténtico, la declaración de que la extinción es constitutiva de despido nulo porque el dador de la norma bien pudo anudar tal consecuencia de forma expresa y no lo hizo.

Si el legislador excepcional hubiera querido aparejar al incumplimiento de la prohibición la declaración de nulidad del despido lo habría hecho, mas aún cuando ha tenido muchas y sucesivas ocasiones de aclarar esta cuestión a lo largo de las numerosas disposiciones aprobadas desde que se declaró el estado de alarma por RD 463/2020 de 14 de marzo. Así, la vigencia del artículo 2 del RDL 9/2020 ha sido prorrogada sucesivamente, la última vez por el RDL 2/2021, de 26 de enero, cuando además ya estaba vivamente planteado este debate al menos en la doctrina científica que, por cierto, mayoritariamente ha entendido que la voluntad de legislador de emergencia no ha sido cambiar el criterio respecto a la calificación jurídica del despido.

E independientemente de lo que de lege ferenda podamos considerar adecuado no podemos erigirnos en legislador y, mediante interpretación extensiva y creadora, concluir lo que de lege data no se colige.

Nos encontramos ante una normativa extraordinaria que trata de regular una coyuntura excepcional cuya finalidad es el mantenimiento del empleo impidiendo a la





empresa, que no acude a los mecanismos de flexibilidad interna expresamente dispuestos y reforzados en la normativa excepcional, como son los ERTES, servirse de un despido objetivo que, en circunstancia ordinaria, sería calificado procedente por circunstancia de causalidad.

En el supuesto que nos ocupa es conforme en las partes que la empleadora demandada no puso fin a la relación laboral con el trabajador con fundamento en causa hábil y legítima, con lo que el despido no podía nunca ser declarado procedente. También es conteste que la extinción esta materialmente vinculada a objetiva circunstancia derivada de la crisis COVID, (así lo concluye de forma expresa y asentada el magistrado sentenciador) con lo que la extinción lo es con contravención de la prohibición expresa que disciplina el artículo 2 del Real decreto ley 9/2020. Partir de ese presupuesto implica asumir en este caso la relación entre la extinción del contrato del actor el 14/04/2020 y la situación generada por la pandemia.

Pero el que esto sea así, el que el despido se realizase con contravención de lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 9/2020, no determina la nulidad del despido.

El precepto no introduce una verdadera prohibición de despedir sino mas bien una limitación en relación a las causas que pueden justificar la procedencia de un despido en esta coyuntura "no se podrán entender como justificativas (como causa fundante en expresión auténtica del legislador cuando regula el despido objetivo) de la extinción". Con ello la duda hermenéutica, cuando concurren causas objetivas vinculadas a la crisis sanitaria, se sitúa entre la declaración de improcedencia por no poder, en la excepcionalidad, utilizar las mismas para la hábil y lícita extinción. O la de procedencia del despido, en función de si existe o no causa para el despido. Y no entre la declaración de nulidad o improcedencia porque sobre esto nada dice el dador de la norma.

Si no se prevé por la norma excepcional una expresa prohibición de despedir, no es aplicable el artículo 6.3 del CC que sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas. Y sobre esto no podemos sino reproducir lo que ya dijimos en el Pleno antecedente que es de plena aplicación a este alegato.

Por su parte el artículo 6.4 CC dispone que los actos realizados al amparo del texto de una norma 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 hubiera tratado de eludir.

La consecuencia del fraude de ley no es la nulidad del acto extintivo sino que se aplique la consecuencia que, a través de la instrumentalización del fraude, se trata de evitar. En nuestro caso, que no existen, mas bien que no se pueden utilizar para la hábil extinción, causas "justificativas de la extinción".

Y la consecuencia que el instituto del fraude de ley impone como sanción a la prohibición del artículo 2 es que, como la extinción objetiva no puede estar amparada en causa legal, la falta de causalidad del despido, en nuestro





ordenamiento y a falta de revisión estructural o temporal y coetánea a la legislación especial COVID-19, el despido ha de declararse improcedente. También sobre esta cuestión nos extendimos en el Pleno al que hemos hecho referencia y del que hemos hecho generosa transcripción.

Por último y quizás es esta la circunstancia que no ha permitido al legislador establecer expresamente la declaración de nulidad de los despidos, tenemos que, estructuralizada la crisis sanitaria y las circunstancias socio económicas vinculadas, salvo supuestos de extinciones por causa disciplinaria, difícil va a ser encontrar despidos que no estén relacionados con la pandemia en los términos del citado artículo 2, (y prueba de ello es el supuesto que nos ocupa que se teatraliza como despido disciplinario pero que luego hemos calificado como objetivo y vinculado a la circunstancia excepcional COVID), con lo que la conclusión sería la generalización en el deber de readmisión obligatoria como modo de rechazar la conducta empresarial fraudulenta, cosa que, en muchos casos abocaría a empresas, que en otras condiciones serían viables afrontando las consecuencias de algunos despidos que pudiesen ser declarados improcedentes, a su desaparición en vía fáctica, con lo que finalmente se defraudaría la verdadera teleología del mantenimiento del empleo.

Es correcta la calificación del despido como improcedente y no nulo que contiene la sentencia recurrida y, por ello, debe ser confirmada cuando así concluyó.

SEXTO.- Finalmente, también en sede de censura jurídica, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, para el supuesto de que no obtuviese éxito el motivo principal que ya hemos rechazado, el recurso denuncia que la indemnización legal por despido que se fija en la sentencia, para el supuesto de que la empresa opte por la extinción, ha de devengar intereses moratorios ex 1108 del CC. Cita en apoyo del motivo el citado precepto y la sentencia del TS de 23/01/2013 (RECUD 1119/2012).

Sostiene, en síntesis, que al ser la indemnización legal por despido una deuda que se configura y nace al mundo jurídico en el mismo momento en que el despido se produce, el retraso que potencialmente pueda producirse entre el despido y el momento temporal en que se percibe de forma efectiva y material la indemnización, debe compensarse con el crédito moratorio.

No puede la Sala, sin embargo, compartir a la gruesa la conclusión. Sin perjuicio de la matización que luego expondremos.

La indemnización legal por despido no es deuda líquida, vencida y exigible desde el mismo momento en que el despido se produce. Es necesario para que nazca al mundo jurídico el derecho, como en el supuesto que nos ocupa, que pronunciamiento judicial firme declare el despido improcedente y que la empleadora condenada ejercite en tiempo y forma hábil la opción por la extinción. Sólo en este momento la indemnización es líquida y puede vindicarse su abono que siempre será posible porque la empleadora que opta por la extinción, para que esta sea válida, ha de proceder al abono o consignación de la misma.





Para el supuesto en que la extinción no se produzca de forma ortodoxa y hubiese sido necesario el trámite de un incidente de readmisión irregular tampoco habría lugar al percibo de intereses por mora porque, en este caso, el parámetro momento final a tomar en consideración para el cálculo de la indemnización sería el de la extinción y no el del despido. El quantum indemnizatorio se elevaría, la indemnización sería “deuda de valor” actualizada al momento de la extinción en trámite incidental y sólo desde entonces podría postularse su abono, con lo que la deuda no sería líquida y exigible hasta este momento y antes no se devengaron intereses moratorios.

Puede decirse y no sin razón que en el supuesto de que al final la empleadora opte por la extinción al momento del despido, (con la indemnización legal, por tanto, calculada a este momento), si el proceso en el que se ejecuta el pronunciamiento que declaró improcedente el despido se ha demorado en demasía, sí se han producido perjuicios que necesitan compensación a través del interés moratorio. Aceptamos que la indeseable situación de demora excesiva puede necesitar compensación pero disentimos en que lo haya de ser ex artículo 1108 del CC, sino mas bien a través de las acciones previstas para la reparación de los daños derivados del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Cuestión distinta, y aquí es dónde asentiremos al alegato de existencia de derecho al percibo del interés moratorio que se postula. Es precisamente el supuesto que contempla la sentencia que cita en apoyo del motivo, la sentencia del TS de 23/01/2013 (RECU 1119/2012), que se refiere a aquél en que la empleadora en la propia carta de despido ya reconoce la improcedencia del despido y el derecho al percibo de la indemnización por despido. Aquí la deuda es de cantidad líquida, vencida y exigible y, como crédito que ya ha ingresado al acervo de derechos del trabajador, devengará intereses hasta la total efectividad del mismo.

Pero este no es nuestro supuesto. El crédito no era líquido desde el momento del despido y no ha generado los intereses que se postularon con lo que es correcta, y debe confirmarse, la solución desestimatoria de la lúcida sentencia de instancia, rechazando con ello el motivo subsidiario.

Todo ello sin perjuicio, como bien apunta la sentencia recurrida, de los intereses procesales que puedan devengarse tras el dictado de la sentencia, de conformidad con el artículo 576 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso formulado por el trabajador actor don XXXXXXXX contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de





Barcelona, en autos sobre despido tramitados al número 348/2020, a instancia del trabajador contra la empresa BD BARCELONA 1972 S.L., y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en procedimiento en el que ha sido parte el MINISTERIO FISCAL y, en consecuencia, confirmamos la sentencia en sus enteros términos.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.





Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.









VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL MAGISTRADO ILM. SR. JOAN AGUSTÍ MARAGALL, en el recurso de SUPPLICACIÓN Nº 3825/20, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS/AS ILMs. Srs/as Andreu Enfedaque Marco, Presidente de la Sala, Francisco Javier Sanz Marcos, Miquel Angel Falguera Baró, Maria Macarena Martínez Miranda, Maria Pilar Martín Abella y Carlos Hugo Preciado Domènech.

De conformidad con lo establecido por el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de suplicación número 3825/2015, con absoluto respeto al criterio de la mayoría de la Sala, para dejar constancia de nuestra discrepancia respecto de la resolución final que, en nuestra opinión, debería haber sido estimatoria del recurso, tal como proponía la ponencia inicial, y, por consiguiente, declarar la nulidad del despido impugnado.

Nuestra divergencia en el presente recurso se refiere a los efectos en la declaración del despido vinculado con el artículo 2 del RD 9/2020, conforme al cual *“la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”*.

Desde nuestro punto de vista la referencia a la “justificación” de las causas puede comportar una lectura que anude la calificación de improcedencia con el fraude de ley, en relación a la conocida doctrina casacional de este tipo de extinciones antijurídicas. Sin embargo, en nuestra opinión la conexión en estos casos no se vincula con el fraude de ley (art. 6.4 CC) sino con un acto contrario a una norma imperativa o prohibitiva y sus efectos de nulidad de pleno derecho, en aplicación del artículo 6.3 CC.

Ciertamente no nos hallamos ante una norma prohibitiva; pero sí frente a una norma imperativa. Así se difiere claramente de la exposición de motivos de dicho artículo 2 RDL 9/2020, conforme al cual *“no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual”*.

La voluntad del legislador en nuestra opinión es clara: impedir que aquellos supuestos en los que concurren dificultades empresariales vinculadas con la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 den lugar en la medida de lo posible a despidos. La norma se inserta y se conecta con el ingente esfuerzo de gasto público efectuado





a lo largo de la pandemia en aspectos como las exoneraciones de cuotas y aportaciones empresariales al desempleo, prestaciones extraordinarias de la Seguridad Social y ayudas económicas. A cambio se reclama a los empleadores que se encuentren en dificultades por el descenso en su actividad por la crisis sanitaria que acudan a las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 (los ERTES) en lugar de a los despidos de los artículos 51 y 52 c) ET. En consecuencia la autonomía de la voluntad que en el actual modelo legal ostenta el empleador para acordar las medidas de reestructuración ante una situación económicas negativa o un exceso de plantilla (siempre que se cumplan los condicionantes legales) se ve condicionada a lo largo de este período excepcional por el mandato que se deriva del citado artículo 2 RDL 9/2020.

No se trata, en consecuencia, de ninguna prohibición de despido sino de una voluntad legislativa de canalizar las situaciones empresariales negativas derivadas de causas económicas, técnicas, organizativas, productivas y de fuerza mayor relacionadas con la pandemia a través esencialmente de los ERTES. Esa opción de “no prohibición” –a diferencia de otros ordenamientos comparados- tiene una evidente justificación, en tanto que–como la práctica de estos meses ha puesto en evidencia- desgraciadamente existirán supuestos en los que los efectos sociales y económicos de la pandemia pueden tener consecuencias tan negativas que impidan la pervivencia de toda o parte de la actividad anterior, en forma tal que el acceso a un ERTE resulte una medida paliativa insuficiente. No está de más recordar en este punto que las medidas de flexibilidad interna extraordinaria del artículo 22 RDL 8/2020 (motivos económicos, técnicos, organizativos y productivos) carecieron hasta el RDL 24/2020 de la exoneración de cuotas y de aportaciones empresariales al desempleo y que a partir del RDL 30/2020 dicho régimen de beneficios se han ido progresivamente reduciendo en muchas situaciones o, incluso, han desaparecido en otras. Es obvio que no puede exigirse a una empresa en las descritas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTES, en tanto que ello podría afectar en forma definitiva el mantenimiento –limitado- del empleo.

Es por ello que a nuestro juicio, el artículo 2 RDL 9/2020 no impide acudir a un despido del artículo 51 o 52 c) ET; lo que ocurre es que la empresa tendrá que acreditar en forma suficiente que las medidas de flexibilidad interna de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 son insuficientes para paliar su situación crítica. Y si así lo hace, cumpliendo con el resto de requisitos legales, la calificación del despido no podrá ser otra que la de justificación o procedencia. Por el contrario, si no se supera ese condicionante probatorio la calificación apropiada sería la nulidad. Y ello por aplicación directa del artículo 6.3 CC, al concurrir una norma imperativa extraordinaria de efectos temporalmente concretos limitativa de la disponibilidad condicionada de la legislación ordinaria y un acto contrario a la misma.

Disentimos, por tanto, de la tesis mayoritaria, en tanto que su argumentación se basa esencialmente en la aplicación de la figura del fraude de ley y la doctrina casacional sobre la calificación de los despidos en estos casos. Cabrá observar cómo la lógica de dicha tesis comportaría que si una empresa en una situación crítica como la antes descrita acude a un despido de los artículos 51 o 52 c) ET la calificación sería la de no ajustado a derecho o improcedencia, con la consecuencia de un incremento de las indemnizaciones, lo que agravaría su crisis. En la práctica





ello significaría una futura e inmediata afectación negativa al empleo, así como un incremento significativo del gasto público (en especial, por la responsabilidad del organismo de garantía salarial).

Es cierto que, como indica la mayoría, el legislador no ha previsto los efectos de los despidos así producidos. Sin embargo, en nuestra opinión esa tesis se basa, de nuevo, en la lógica del artículo 6.4 CC. Si, como sostenemos, nos hallamos ante una norma imperativa la consecuencia no puede ser otra que la nulidad por mandato claro y terminante del artículo 6.3 CC en tanto que ni el RDL 9/2020, ni ninguna otra norma, prevé otro efecto. Cabe insistir en este punto que nos hallamos ante una norma extraordinaria y de duración determinada; una especie de “paréntesis” impuesto por el legislador a la normativa ordinaria. Y, por tanto, sólo resulta de aplicación en los actuales momentos de crisis sanitaria, de conformidad con el artículo 4.2 CC.

En nuestra opinión no era preciso que el precepto previera los efectos de su incumplimiento, en tanto que éstos ya se derivan de las reglas generales de la teoría general de los contratos. No estamos aquí ante una antijuridicidad “horizontal” o meramente contractual (como el fraude de ley o el abuso de derecho), sino ante una “vertical”; por tanto, ante el incumplimiento de una norma contingente. Y no es ésta una constatación baladí, en tanto que mientras que los artículos 6.4 y 7.2 CC no prevén en forma expresa la nulidad, sí lo hace el artículo 6.3 del mismo cuerpo legal. Es ésa una previsión perfectamente lógica por aplicación del artículo 9.1 CE (el sometimiento a la ley), en tanto que no son equiparables los excesos que se puedan cometer en el ámbito contractual dispositivo que el incumplimiento del ius cogens. Por eso en nuestra opinión si el empleador no justifica que las medidas contempladas en los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 son insuficientes para superar los efectos que la reducción o suspensión de la actividad vinculadas a la crisis sanitaria la calificación del despido no puede ser otra que la nulidad.

Y una reflexión similar es aplicable en aquellos casos en los que, como ocurre en el presente, la extinción contractual no se plasma por la vía de los artículos 51 y 52 c), sino a través de un despido disciplinario ficticio. Se podría pensar de entrada que una simulación de causa (inexistente) es un fraude de ley – como así es – y, por tanto, calificar el despido de improcedente en aplicación del criterio establecido en nuestra sentencia de Sala General de 21 de julio pasado. Ahora bien, esto comportaría confundir la antijuridicidad principal (art. 6.3) con la accesoria (art. 6.4) dando mayor eficacia a esta última. En estos casos no nos encontramos ante un despido sin causa, sino en una extinción por una causa contraria a una norma imperativa. De esta forma difícilmente se puede pretender la prevalencia de la antijuridicidad formal (el motivo ficticio alegado en la carta) con la sustantiva (acto contrario a un mandato legal). En caso contrario nos encontraríamos ante el evidente absurdo de que si una empresa acude a la vía del art. 51 o del art 52 C) ET aduciendo causas directamente relacionadas con la crisis sanitaria y no consiguiera acreditar la insuficiencia de la adopción de medidas de flexibilidad interna, la calificación sería –conforme a los criterios antes expuestos– la nulidad y, por el contrario, si opta por despedir disciplinariamente de forma fraudulenta la declaración sería la improcedencia.





Ahora bien, no se deriva de dicha constatación que todo despido disciplinario sin causa comporte la calificación de nulidad. Para ello será preciso que la parte actora acredite o indicie en forma mínimamente creíble que la causa del despido deriva de la crisis sanitaria. Y en el presente caso es claro que así es, en tanto que ésta ha sido la conclusión del juzgador del primer grado en base a una presunción judicial que no ha sido atacada en ningún momento por la demandada ni en la impugnación, acudiendo a un recurso.

Pero, además y en todo caso, como se recogía en la ponencia inicial y defendimos en el plenario, nuestra propuesta de calificación de nulidad -en respuesta a la específica denuncia de infracción normativa formulada al respecto en la demanda y en el recurso- se asienta también en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE en relación al derecho constitucional al trabajo ex art. 35 CE, a la luz de los mandatos del Convenio nº 158 OIT. En efecto, en el marco normativo excepcional de aplicación tal afectación constitucional resulta manifiesta, no sólo por la ocultación de la causa real del despido (con la indefensión o dificultad que ello genera en la impugnación judicial del despido), sino por cuanto pretende o provoca la privación al demandante del derecho constitucional a no ser despedido sin justa causa, derecho que –precisamente- es el objeto de la protección conferida por el art. 2 del RDL 9/2020.

Por consiguiente, a la declaración de nulidad se llega no solo en obligada aplicación del art 6.3 CC (por contravenir el despido el mandato imperativo e inexcusable en favor de las medidas de flexibilidad interna), sino que encuentra fundamento en la lesión al derecho a la tutela judicial efectiva (ex art. 24 CE) en relación al derecho al trabajo (art. 35 CE).

En Barcelona, a 31 de marzo de 2021.





VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO ILMO. SR. D. FELIPE SOLER FERRER A LA SENTENCIA DICTADA POR EL PLENO DE ESTA SALA EN EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 3825/20.





La sentencia mayoritaria entiende que el despido de autos, aunque se realizase con contravención de lo dispuesto por el art. 2 del RDL 9/2020, no por ello es nulo. Se argumenta al respecto que el precepto no introduce una verdadera prohibición de despedir sino más bien una limitación en relación a las causas que pueden justificar la procedencia de un despido en esta coyuntura "*no se podrán entender como justificativas (como causa fundante en expresión auténtica del legislador cuando regula el despido objetivo) de la extinción*". Con ello la duda hermenéutica, cuando concurren causas objetivas vinculadas a la crisis sanitaria, se sitúa entre la declaración de improcedencia, por no poder en la excepcionalidad utilizar las mismas para la hábil y lícita extinción, o la de procedencia del despido, en función de si existe o no causa para el despido. Y no entre la nulidad y la improcedencia porque esto afectará a las consecuencias que habrán de derivar de despido que no es procedente. Si no se prevé por la norma excepcional una expresa prohibición de despedir, no es aplicable el artículo 6.3 del CC que sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas. Y el artículo 6.4 CC dispone que los actos realizados al amparo del texto de una norma 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 hubiera tratado de eludir. La consecuencia del fraude de ley no es la nulidad del acto extintivo sino que se aplique la consecuencia que a través de la instrumentalización del fraude se trata de evitar, en nuestro caso, que no existen, más bien que no se pueden utilizar para la hábil extinción, causas "justificativas de la extinción". Y la consecuencia que el instituto del fraude de ley impone como sanción a la prohibición del artículo 2 es que, como la extinción objetiva no puede estar amparada en causa legal, la falta de causalidad del despido, en nuestro ordenamiento y a falta de revisión estructural o temporal y coetánea a la legislación especial COVID-19, el despido ha de declararse improcedente.

Estos son los argumentos básicos de la extensa y sólidamente argumentada sentencia mayoritaria, de la que respetuosamente discrepo por las siguientes razones:

1) Los despidos realizados en contra del mandato del art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 deben declararse nulos, porque esos despidos tienen una causa ilícita declarada como tal por la norma, lo que imposibilita que el acto del despido tenga validez y eficacia. Crea la norma una nueva –y excepcional– categoría de despidos prohibidos o vedados por causa de utilidad pública y emergencia nacional que deben tener el mismo tratamiento que los discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales

2) La lectura de la exposición de motivos del Real Decreto Ley deja bien claro que el legislador ha querido dar total preferencia a los mecanismos de flexibilidad interna frente a los de flexibilidad externa o extinción de los contratos de trabajo.

3) La intención del legislador no es otra que evitar una drástica reducción del empleo como consecuencia de la pandemia y por ello ha querido que las causas de los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, sino medidas temporales que son las que mejor responden a una situación coyuntural cómo es la de la pandemia.





4) La intención del legislador es clara y pese a las deficiencias de redacción del art. 2, considero que la norma lo que hace es prohibir el despido por estas causas. El legislador ha impuesto unas claras limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa que consagra el artículo 38 de la Constitución. De modo negativo dicho art. 2 del RDL 9/2020 está imponiendo al empresario un determinado comportamiento en pro del interés general de que no lleve a cabo despidos por las causas COVID. La violación de estas limitaciones resultaría sancionable con la nulidad del despido con arreglo artículo 6.3 del Código Civil por constituir un acto contrario a una norma imperativa.

5) Insisto en que desde mi punto de vista el tan citado art. 2 es una norma imperativa, una medida extraordinaria en un contexto singular en que es preciso salvaguardar a toda costa el empleo. La norma, aunque mal redactada y si bien sea de modo negativo, está exhortando, rogando, pidiendo al empresario que, por razones de interés general y utilidad pública, no despidiera por causas COVID.

6) De considerarse sin más el despido como improcedente se permitiría que el empresario orillara el mandato del art. 2 mediante simples indemnizaciones económicas, eludiendo claramente la finalidad de la norma que no es otra que el mantenimiento del empleo. La necesaria interpretación de la norma en sintonía con los objetivos perseguidos debe llevar a la nulidad del despido.

En virtud de lo que dejo expuesto considero que debió declararse en el caso la nulidad del despido objeto de los presentes autos, con los efectos inherentes a dicha declaración. Declarada sin embargo la improcedencia, me parece plenamente ajustada a Derecho la solución dada por la mayoría de la Sala a la petición secundaria de intereses moratorios de la indemnización legal por despido.

Finalmente, señalaré que no puedo suscribir el voto particular “mayoritario” porque no estoy de acuerdo con este párrafo:

“Es por ello que a nuestro juicio, el artículo 2 RDL 9/2020 no impide acudir a un despido del artículo 51 o 52 c) ET; lo que ocurre es que la empresa tendrá que acreditar en forma suficiente que las medidas de flexibilidad interna de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 son insuficientes para paliar su situación crítica. Y si así lo hace, cumpliendo con el resto de requisitos legales, la calificación del despido no podrá ser otra que la de justificación o procedencia. Por el contrario, si no se supera ese condicionante probatorio la calificación apropiada sería la nulidad. Y ello por aplicación directa del artículo 6.3 CC, al concurrir una norma imperativa extraordinaria de efectos temporalmente concretos limitativa de la disponibilidad condicionada de la legislación ordinaria y un acto contrario a la misma”.

Por cuanto se trata de una reflexión teórica que, aunque bien argumentada, nos introduce en un escenario ajeno a los hechos que se enjuician en el presente procedimiento, circunscritos a un despido formalmente disciplinario, en el que los hechos imputados son excesivamente genéricos y que no tienen el mínimo respaldo probatorio, y donde puede presumirse que la decisión empresarial no atiende a la conducta del trabajador, sino al contexto socioeconómico en que acaece en plena crisis por el Covid 19, de ahí que el despido se examine a la luz del art. 2 del RDL 9/2020.

En este sentido, nulidad por tanto del despido, debió pronunciarse la sentencia mayoritaria, respecto a la que formulo este voto particular, que deberá ser





unido a la resolución de que discrepo e incorporado al Libro de Sentencias de esta Sala y notificado a las partes tal como previenen los arts. 260 y 265 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En Barcelona a 31 de marzo de 2021.

Fdo. Felipe Soler Ferrer

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL MAGISTRADO ILMO. SR. FÉLIX AZÓN VILAS, EN EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN Nº 3825/20.

De conformidad con lo establecido por el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de suplicación número 3825/2015, con absoluto respeto al criterio de la mayoría de la Sala, para dejar constancia de mi discrepancia respecto de la resolución final que debería haber sido estimatoria del recurso, tal como proponía la ponencia inicial, y, por consiguiente, declarar la nulidad del despido impugnado. Quiero dejar constancia de que este voto coincide en lo esencial, incluso literalmente excepto en subsiguiente párrafo sexto y en los tres últimos a modo de resumen de la carga probatoria, con el





redactado por el Magistrado Joan AGUSTI MARAGALL, y al que se han adherido Andreu ENFEDAQUE MARCO, Francisco Javier SANZ MARCOS, Miquel Àngel FALGUERA BARÓ, María Macarena MARTÍNEZ MIRANDA, María Pilar MARTÍN ABELLA y Carlos Hugo PRECIADO DOMÈNECH; es obvio que en buena medida también comparto el voto particular del Magistrado Felipe SOLER FERRER.

La divergencia en el presente recurso se refiere a los efectos en la declaración del despido vinculado con el artículo 2 del RD 9/2020, conforme al cual *“la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”*.

Desde nuestro punto de vista la referencia a la “justificación” de las causas puede comportar una lectura que anude la calificación de improcedencia con el fraude de ley, en relación a la conocida doctrina casacional de este tipo de extinciones antijurídicas. Sin embargo, en nuestra opinión la conexión en estos casos no se vincula con el fraude de ley (art. 6.4 CC) sino con un acto contrario a una norma imperativa o prohibitiva y sus efectos de nulidad de pleno derecho, en aplicación del artículo 6.3 CC.

Ciertamente no nos hallamos ante una norma prohibitiva; pero sí frente a una norma imperativa. Así se difiere claramente de la exposición de motivos de dicho artículo 2 RDL 9/2020, conforme al cual *“no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual”*.

La voluntad del legislador en nuestra opinión es clara: impedir que aquellos supuestos en los que concurran dificultades empresariales vinculadas con la crisis sanitaria derivada de la COVID-19 den lugar en la medida de lo posible a despidos. La norma se inserta y se conecta con el ingente esfuerzo de gasto público efectuado a lo largo de la pandemia en aspectos como las exoneraciones de cuotas y aportaciones empresariales al desempleo, prestaciones extraordinarias de la Seguridad Social y ayudas económicas. A cambio se reclama a los empleadores que se encuentren en dificultades por el descenso en su actividad por la crisis sanitaria que acudan a las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 (los ERTES) en lugar de a los despidos de los artículos 51 y 52 c) ET. En consecuencia la autonomía de la voluntad que en el actual modelo legal ostenta el empleador para acordar las medidas de reestructuración ante una situación económicas negativa o un exceso de plantilla (siempre que se cumplan los condicionantes legales) se ve condicionada a lo largo de este período excepcional por el mandato que se deriva del citado artículo 2 RDL 9/2020.





No se trata, en consecuencia, de ninguna prohibición de despido sino de una voluntad legislativa de canalizar las situaciones empresariales negativas derivadas de causas económicas, técnicas, organizativas, productivas y de fuerza mayor relacionadas con la pandemia a través esencialmente de los ERTES. Esa opción de “no prohibición” -a diferencia de otros ordenamientos comparados- tiene una evidente justificación, en tanto que -como la práctica de estos meses ha puesto en evidencia- desgraciadamente existirán supuestos en los que los efectos sociales y económicos de la pandemia pueden tener efectos tan negativos que impidan la pervivencia de toda o parte de la actividad anterior, en forma tal que el acceso a un ERTE resulte una medida paliativa insuficiente.

Así es perfectamente posible que la situación que se estuviera atravesando antes de la crisis sanitaria ya fuera complicada y que las medidas públicas de suspensión o reducción de actividad comporten una situación aún peor; o también es posible que a raíz la pandemia aparezcan hechos nuevos que comporten claras dificultades de funcionamiento de la empresa (como es el caso de la pérdida de la contrata principal, que hemos indicado en nuestra sentencia de 11 de diciembre de 2020, Demanda 50/2020). En estos casos resulta evidente que acudir a un ERTE puede resultar insuficiente, sin que se pueda exigir a un empresario que continúe manteniendo inalterada su plantilla con los gastos que ello conlleva.

No está de más recordar en este punto que las medidas de flexibilidad interna extraordinaria del artículo 22 RDL 8/2020 (motivos económicos, técnicos, organizativos y productivos) carecieron hasta el RDL 24/2020 de la exoneración de cuotas y de aportaciones empresariales al desempleo y que a partir del RDL 30/2020 dicho régimen de beneficios se ha ido progresivamente reduciendo en muchas situaciones o, incluso, ha desaparecido. Es obvio que no puede exigirse a una empresa en las descritas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTES, en tanto que ello podría afectar en forma definitiva el mantenimiento –limitado- del empleo.

Es por ello que, a nuestro juicio, el artículo 2 RDL 9/2020 no impide acudir a un despido del artículo 51 o 52 c) ET; lo que ocurre es que la empresa tendrá que acreditar en forma suficiente que las medidas de flexibilidad interna de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 son insuficientes para paliar su situación crítica. Y si así lo hace, cumpliendo con el resto de requisitos legales, la calificación del despido no podrá ser otra que la de justificación o procedencia. Por el contrario, si no se supera ese condicionante probatorio la calificación apropiada sería la nulidad. Y ello por aplicación directa del artículo 6.3 CC, al concurrir una norma imperativa extraordinaria de efectos temporalmente concretos limitativa de la disponibilidad condicionada de la legislación ordinaria y un acto contrario a la misma.

Disentimos, por tanto, de la tesis mayoritaria, en tanto que su argumentación se basa esencialmente en la aplicación de la figura del fraude de ley y la doctrina casacional sobre la calificación de los despidos en estos casos. Cabrá observar cómo la lógica de dicha tesis comportaría que si una empresa en una situación crítica como la antes descrita acude a un despido de los artículos 51 o 52 c) ET la calificación sería la de no ajustado a derecho o improcedencia, con la consecuencia de un incremento de las indemnizaciones, lo que agravaría su crisis. En la práctica





ello significaría una futura e inmediata afectación negativa al empleo, así como un incremento significativo del gasto público (en especial, por la responsabilidad del organismo de garantía salarial).

Es cierto que, como indica la mayoría, el legislador no ha previsto los efectos de los despidos así producidos. Sin embargo, en nuestra opinión esa tesis se basa, de nuevo, en la lógica del artículo 6.4 CC. Si, como sostenemos, nos hallamos ante una norma imperativa la consecuencia no puede ser otra que la nulidad por mandato claro y terminante del artículo 6.3 ET en tanto que ni el RDL 9/2020, ni ninguna otra norma, prevé otro efecto. Cabe insistir en este punto que nos hallamos ante una norma extraordinaria y de duración determinada; una especie de “paréntesis” impuesto por el legislador a la normativa ordinaria. Y, por tanto, sólo resulta de aplicación en los actuales momentos de crisis sanitaria, de conformidad con el artículo 4.2 CC.

En nuestra opinión no era preciso que el precepto previera los efectos de su incumplimiento, en tanto que éstos ya se derivan de las reglas generales de eficacia de los contratos de la teoría general de los contratos. No estamos aquí ante una antijuridicidad “horizontal” o meramente contractual (como el fraude de ley o el abuso de derecho), sino ante una “vertical”; por tanto, ante el incumplimiento de una norma contingente. Y no es ésta una constatación baladí, en tanto que mientras que los artículos 6.4 y 7.2 CC no prevén en forma expresa la nulidad, sí lo hace el artículo 6.3 del mismo cuerpo legal. Es ésa una previsión perfectamente lógica por aplicación del artículo 9.1 CE (el sometimiento a la ley), en tanto que no son equiparables los excesos que se puedan cometer en el ámbito contractual dispositivo que el incumplimiento del ius cogens. Por eso en nuestra opinión si el empleador no justifica que las medidas contempladas en los artículos 22 y 23 RDL 8/2020 son insuficientes para superar los efectos que la reducción o suspensión de la actividad vinculadas a la crisis sanitaria la calificación del despido no puede ser otra que la nulidad.

Y una reflexión similar es aplicable en aquellos casos en los que, como ocurre en el presente, la extinción contractual no se plasma por la vía de los artículos 51 y 52 c), sino a través de un despido disciplinario ficticio. Se podría pensar de entrada que una simulación de causa (inexistente) es un fraude de ley -como así es- y, por tanto, calificar el despido de improcedente en aplicación del criterio establecido en nuestra sentencia de Sala General de 21-7-20. Ahora bien, esto comportaría confundir la antijuridicidad principal (art. 6.3) con la accesoria (art. 6.4) dando mayor eficacia a esta última. En estos casos no nos encontramos ante un despido sin causa, sino en una extinción por una causa contraria a una norma imperativa. De esta forma difícilmente se puede pretender la prevalencia de la antijuridicidad formal (el motivo ficticio alegado en la carta) con la sustantiva (acto contrario a un mandato legal). En caso contrario nos encontraríamos ante el evidente absurdo de que si una empresa acude a la vía del art. 51 o del art 52.c) ET aduciendo causas directamente relacionadas con la crisis sanitaria y no consiguiera acreditar la insuficiencia de la adopción de medidas de flexibilidad interna, la calificación sería –conforme a los criterios antes expuestos– la nulidad y, por el contrario, si opta por despedir disciplinariamente de forma fraudulenta la declaración sería la improcedencia.





Ahora bien, no se deriva de dicha constatación que todo despido disciplinario sin causa comporte la calificación de nulidad. Para ello será preciso que la parte actora acredite o indicie en forma mínimamente creíble que la causa del despido deriva de la crisis sanitaria. Y en el presente caso es claro que así es, en tanto que ésta ha sido la conclusión del juzgador del primer grado en base a una presunción judicial que no ha sido atacada en ningún momento por la demandada.

Para finalizar, en consonancia con lo expuesto y a modo de resumen de las consecuencias en materia de carga probatoria en los despidos relacionados con causas COVID (expresas u ocultas) estudiados, cabe señalar lo siguiente:

1º. Cuando una empresa en situación de ERTO por COVID quiera extinguir contratos porque hayan cambiado las circunstancias y no le resulta posible el mantenimiento del empleo, tendrá una doble carga: primero, deberá acreditar - respecto a la existencia de causa- que la situación se ha agravado o han aparecido nuevos condicionantes que impiden el mantenimiento de los compromisos o las medidas previas, y, en segundo lugar, será necesario acreditar que resulta imposible superar con un ERTE la situación generada por la crisis sanitaria.

2º. Cuando un trabajador alegue que su despido formalmente “disciplinario” no es tal, sino que enmascara una causa COVID, correrá con la carga de probar que la causa real del despido tiene un nexo directo con la crisis sanitaria y que, en consecuencia, la empresa debería haber acudido a la vía de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020.

En Barcelona, a 31 de marzo de 2021.

Fdo. Félix V. Azón Vilas

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

