

LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO; OTRA DIFICULTAD MÁS AÑADIDA POR EL COVID-19

*Sentencia del TSJ del País Vasco 26 de enero de 2021
(ECLI:ES:TSJPV:2021:2)*

JULIA DORMIDO ABRIL*

SUPUESTO DE HECHO: Al tiempo de haber sido declarada la pandemia, se produce la paralización de la actividad de la empresa hasta el 14 de abril de 2020, motivada por las medidas gubernamentales para evitar la expansión del virus. La empresa había presentado solicitud de suspensión de los contratos de trabajo a través de un ERTE motivado por causas organizativas. Sin embargo, poco después, el 21 de abril, se le comunica al trabajador mediante carta de despido su cese, con efectos a partir del 6 de mayo, debido a que la parte empleadora tiene pérdidas desde hace años y, además, las tareas que desempeñaba el trabajador se han visto modificadas pasando a realizar otras funciones, las cuales, a su vez, han sido externalizadas o suprimidas. El Juzgado de lo Social, pese a que no ve suficientemente justificadas las causas organizativas, no encuentra una conexión directa entre la situación económica de la empresa y la crisis sanitaria motivada por el covid-19, por lo que considera que se trata de un despido procedente de carácter objetivo. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia entiende que existe tal nexo y que, además, se trata de uno de los supuestos de extinción del contrato que la normativa COVID pretende evitar que se produzca, razón por la cual termina calificando el despido como nulo.

RESUMEN: En el debate sobre la calificación de los despidos cuando no concurre justa causa o cuando, concurriendo, ésta no se halla en consonancia con la normativa vigente, dando lugar a que el despido pueda ser considerado como improcedente o declarado nulo por fraude de ley, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de enero de 2021, se posiciona a favor de esta última opción. En tal sentido, la Sala valora que la extinción del contrato de un trabajador, por encontrarse la empresa en una situación económica negativa, es una alternativa que se encuentra fuera del objeto del artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo. La doctrina y la jurisprudencia, al igual que cuando fue creada la institución del despido en fraude de ley, no es unánime. Así, tanto la mayor parte de los autores como de los jueces y tribunales que han conocido de

* Titulada Superior de Apoyo a la Investigación.

tales supuestos hasta la fecha desde que se declaró el estado de alarma se posicionan a favor de la improcedencia; mientras que hay otro sector minoritario que aboga por la nulidad al establecer el precepto citado una clara limitación de la facultad empresarial de despido. En tal sentido, la legislación de urgencia no prohíbe taxativamente despedir, pero sí que limita tales extinciones a supuestos que no sean colectivos ni objetivos, lo que, en suma, ha llevado a los jueces y tribunales a tener que pronunciarse sobre tales actuaciones empresariales que son, precisamente, las que se buscaban evitar a través del paquete de medidas establecidas en la norma para proteger el empleo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL DESPIDO EN EL REAL DECRETO-LEY 9/2020
3. LA DIFÍCIL CALIFICACIÓN DEL DESPIDO
 - 3.1. Doctrina a favor de la improcedencia
 - 3.2. Argumentos favorables a la nulidad
4. CONSECUENCIAS DE LA DETERMINACIÓN DE UNA CALIFICACIÓN U OTRA
5. VALORACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como se ha venido aventurando desde el inicio de la pandemia hace ya más de un año, la economía española, al igual que la de la mayoría de los países, se ha resentido en términos similares a los ya vividos con la crisis económica del año 2008. El legislador, en este caso el de urgencia, ha querido salvar muchas situaciones con un paquete de medidas encaminadas a que las empresas puedan mantener su actividad, aunque en un porcentaje menor, y que los trabajadores conserven sus puestos para no incrementar el número de personas desempleadas. Dicho en otras palabras, se ha pretendido que las empresas optasen por la flexibilidad interna antes que por salidas más drásticas a los despidos o las extinciones de los contratos de trabajo¹. Sin embargo, a la vez que se han concedido ayudas o se han condonado determinadas obligaciones a las empresas beneficiarias, se les ha requerido que cumplan una serie de condiciones, de forma que el esfuerzo público generara beneficios sociales, entre ellos la salvaguarda del empleo².

¹ Así lo expresa Rojo Torrecilla, E.: “Covid 19 y despido sin causa. Sigue el debate sobre la nulidad o improcedencia, y ahora interviene, a favor de la primera, el TSJ del País Vasco. Una nota a la sentencia de 26 de enero de 2021”. En su Blog: “El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales”.

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/02/covid-19-y-despido-sin-causa-sigue-el.html>

² Cavas Martínez, F.: “Calificación de los ceses laborales por fuerza mayor y causas ETOP relacionadas con la COVID-19”. <https://www.net21.org/despido-por-covid-19/> En NET21. <https://www.net21.org/>

De todas las medias que han ido dictándose con motivo de la pandemia la que aquí se trae a colación es la que está enfocada en el mantenimiento de los puestos de trabajo y a hacer que las empresas pongan en práctica todas aquellas acciones posibles de flexibilización, como es la suspensión temporal de la relación laboral, antes que proceder a la extinción de los contratos. Se trata, sin duda, de buscar un equilibrio entre la garantía del derecho al trabajo, conforme a lo exigido por el art. 35 CE, y las acciones de ayuda y apoyo a las empresas en situación de crisis, respetando, en todo caso, lo dispuesto en el art. 38 CE cuando reconoce la libertad de empresa. Tal ejercicio de ponderación se halla en consonancia con el Derecho de la Unión Europea, el cual a través del art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales³ establece una protección del trabajador frente al despido injustificado, al igual que lo hiciera el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo⁴.

Se trata, por otra parte, de medidas excepcionales pensadas para un periodo de tiempo relativamente breve que, en principio, iba a finalizar el próximo 31 de mayo de 2021 tras las sucesivas prórrogas pactadas con los interlocutores sociales, pero que seguramente se extenderán más y tendrán una repercusión más amplia, tanto en la economía en general como en el sistema de relaciones laborales⁵.

2. LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL DESPIDO EN LA NORMA

Desde que se declarase el estado de alarma, se ha ido configurando una legislación *ad hoc*, en cierta medida paralela a la ya vigente, que ha ido delimitando derechos y deberes de los trabajadores y de las empresas, así como creando instituciones y figuras para dar respuesta a la mayor parte de los conflictos y situaciones que puedan surgir como consecuencia de la crisis sanitaria⁶. Así, durante el último año se ha hecho uso en muchas ocasiones del art. 86 CE, habilitador del recurso al Real Decreto-ley, con una importante incidencia en las relaciones laborales, dado que, además de por el hecho de que estas normas de urgencia se hayan sucedido con una reiteración y periodicidad elevada, mediante esta tipología normativa se han abordado medidas de apoyo a empresas y trabajadores para

³ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DOCE núm. 364, de 18 de diciembre de 2000.

⁴ Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985.

⁵ Art. 3.2 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo. BOE núm. 23, de 27/01/2021.

⁶ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. BOE núm. 67, de 14/03/2020.

procurar la continuidad de aquellas y el mantenimiento del empleo de estos. Tal hecho no implica un desplazamiento definitivo del Derecho del Trabajo que podría denominarse como ordinario, sino simplemente que las circunstancias sociales y económicas derivadas del COVID-19 necesitan de un acomodo particular en el ordenamiento jurídico⁷.

El objetivo claro de las disposiciones de urgencia no es otro que evitar que se produzca una destrucción masiva del empleo, intentado evitar, a través de la suspensión de las relaciones laborales, el recurso empresarial a las extinciones de los contratos, particularmente cuando se trata de un despido sin causa⁸. Así lo han interpretado los diferentes órganos judiciales y lo han plasmado en las resoluciones judiciales que se han ido dictando, de las que es ejemplo la resolución judicial objeto de comentario, concretamente la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco, de 26 de enero de 2020, así como otra de la misma sala, de fecha de 23 de febrero⁹.

Materialización de lo que se viene diciendo es el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, el cual lo que promueve es que no se produzcan despidos injustificados o sin causa, o mejor, basados exclusivamente en las consecuencias de la emergencia sanitaria¹⁰. No obstante, y por esta razón se ha utilizado el término promover más

⁷ Cruz Villalón, J.: “Técnicas jurídicas en la regulación de las medidas laborales y de Seguridad Social ante la crisis sanitaria por el coronavirus”. Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos, nº 1. Universidad de Cádiz, 2020. Pp. 11- 41. DOI: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202002.014>. En dicho artículo el autor señala que la causa que provoca la paralización del sector económico es la crisis sanitaria, dado que el motor de la actuación de los poderes públicos debe girar en torno a la tutela del derecho a la salud para la que la normativa laboral no tiene una respuesta y es por ello por lo que se ha precisado de una regulación *ex profeso*.

⁸ Al respecto, véase, Roales Paniagua, E: “Despido objetivo durante el estado de alarma por covid-19: de nuevo sobre la nulidad o improcedencia de los despidos efectuados en fraude de ley”. En Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 235, 2020. Pp. 207-217. En la sentencia que comenta la autora se pone de relieve como la Magistrada aprecia que se produce un despido sin causa.

⁹ STSJ del País Vasco, de 23 de febrero de 2021. Nº rec. 57/2021. Fundamento de Derecho 3º.

¹⁰ Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. BOE núm. 86, de 28/03/2020.

En lo que hace al Real Decreto-Ley 9/2020, convendría señalar que recientemente se ha producido la convalidación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, que derogaba el artículo 2 de la primera (BOE núm. 88, de 13/04/2021) a través de la Resolución de 18 de febrero de 2021, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (BOE núm. 47, de 24/02/2021).

Por tanto, desde el 14 de abril de 2021 se aplicará la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del

que imponer, el art. 2 articula su pretensión de forma indirecta, limitándose a señalar que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (en adelante, las ETOP) no tienen la consideración de justificativas de la extinción del contrato, dado que estas situaciones han sido abordadas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020 con una finalidad diferente¹¹.

Dicho en otras palabras, el legislador de urgencia, tratando de dar preeminencia a la flexibilidad interna frente a la extinción del contrato de trabajo, en los dos últimos preceptos mencionados promueve que se produzca la suspensión del contrato o la reducción de la jornada si se trata de las siguientes causas consideradas, en todo caso, de fuerza mayor: *“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”*.

Para aclarar la cuestión, convendría señalar que la forma en la que han de interpretarse los dos preceptos que se acaban de traer a colación ha de hacerse de la siguiente manera. En primer lugar, se activa a través del Real Decreto-Ley 8/2020 la posibilidad de que las empresas procedan a suspender los contratos de trabajo de sus empleados, de forma que transitoria, y que, mientras se observa cómo evoluciona la crisis sanitaria, no se destruya empleo de forma acelerada y masiva. En esta línea, se pone a disposición de las empresas que experimenten pérdidas motivadas por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción la posibilidad de acogerse a los expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTes). En segundo, al activarse dicha medida de flexibilidad interna, se advierte a través del art. 2 del RDL 9/2020 a las empresas que se hayan acogido o que puedan acogerse a los ERTes que tienen prohibido despedir. Añadiendo a esta prohibición la última de las medidas, contenida en la Disposición Adicional Sexta del RDL 8/2020, también en la línea de prohibir la extinción de la relación laboral, aunque no será objeto de estudio en este comentario, como es la obligación

COVID-19. La reciente publicación de la citada ley no viene a modificar lo ya previsto en relación con las medidas extraordinarios para la protección del empleo, las cuales se han mantenido intactas tras la convalidación, incluso en lo que a la prórroga de los ERTes respecta. En otras palabras, en adelante, las impugnaciones de los despidos que se vayan a realizar por parte de los trabajadores se harán alegando el art. 2 de la Ley 3/2021 en lugar del art. 2 del ya derogado Real Decreto-ley 9/2020.

¹¹ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. BOE núm. 73, de 18/03/2020.

de mantener en activo durante un plazo mínimo de seis meses a los trabajadores salientes de un ERTE¹². Ésta última es la conocida como la cláusula de salvaguarda del empleo que, en la misma línea que el precepto en torno al que pivota el presente comentario, utiliza un término que da lugar a confusión con respecto al imperativo de no despedir a los trabajadores que se hayan reincorporado del ERTE, dado que recurre a la palabra compromiso, cuando, en realidad, se trata igualmente de una prohibición que de no cumplirse tendrá las correspondientes consecuencias¹³.

Ahora bien, falta por delimitar qué es lo que ha de entenderse por una situación de fuerza mayor y qué es lo que se consideran para el legislador de urgencia las causas ETOP. En relación con la primera de las cuestiones, se entiende por fuerza mayor, según el Diccionario Panhispánico de la Real Academia Española, una circunstancia imprevisible e inevitable que altera las condiciones de una obligación. Esta tipología ha venido estando tradicionalmente asociada a acontecimientos ajenos a la voluntad humana, es decir, derivados de causas de la naturaleza, ya se trate de situaciones catastróficas o no. En el contexto en el que se desarrolla el presente comentario, se entiende que la fuerza mayor está presente en los supuestos que se han mencionado unos párrafos más arriba y que son, en suma, los del art. 22.1 RDL 8/2020¹⁴.

De forma más extensa lo ha venido a explicar la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 15/2020 que identifica la fuerza mayor como “un concepto de creación legal y concreción administrativa, directa e irremediamente vinculado en exclusiva a la situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria sin precedentes a la que se enfrentan nuestro país y todo el planeta”, que además

¹² Véase en tal sentido el tenor literal: “*Disposición adicional sexta. Salvaguarda del empleo. 1. Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla. 2. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes.*”

¹³ Dicho “compromiso” se establece a través de la norma de forma directa entre el Estado y las empresas que se acogen a dicha medida de flexibilidad interna y que consiste en la condonación de las cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores a cambio de que, cuando se reincorporen a sus puestos de trabajo, se les mantenga en activo durante seis meses, debiendo ingresar la parte incumplidora el importe de tales beneficios a la Tesorería General de la Seguridad Social, así como los intereses que, por el procedimiento sancionador y de conformidad con el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se les imponga. Se destaca en tal sentido, Cruz Villalón, J.: “El deber de mantenimiento del empleo para los trabajadores en ERTE bonificados: una regulación de compleja interpretación”. En el Blog del Profesor: “Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad”. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/el-deber-de-mantenimiento-del-empleo.html>

¹⁴ Cavas Martínez, F.: “Los expedientes de regulación temporal de empleo por COVID-19: Una apuesta institucional para la preservación del empleo en tiempos de pandemia”. Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social (REJLSS), N.º. 1, 2020 (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre la COVID-19), págs. 103-145.

se encuentra asociada a circunstancias cambiantes¹⁵. Resulta interesante cómo la propia norma clasifica dicha fuerza mayor como total o parcial, teniendo esta segunda consideración cuando no afecta a toda la plantilla, concurriendo solo “en la parte de actividad o en la parte de la plantilla no afectada por dicho carácter esencial”. De esta forma, el ERTE se puede extender solo a los trabajadores que no desempeñan labores consideradas servicios. En todo caso, se trata de causas objetivas, o lo que es lo mismo, económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando éstas vengan derivadas del COVID-19, que hacen necesario un reajuste de la plantilla, ya sea a través de las suspensiones de los contratos o mediante reducciones de horario, utilizando para ello el procedimiento previsto en los arts. 47 y 41 ET, respectivamente, teniendo en cuenta los umbrales establecidos en las disposiciones vigentes¹⁶.

Así pues, la norma lo que ha hecho es establecer los límites de lo que puede ser considerada como una extinción regular del contrato de trabajo, aceptando que la empresa pueda dar por finalizada la relación laboral que la vincula con sus trabajadores por cualquiera de los motivos que, de ordinario, se encuentran regulados en el ET como puede ser un despido disciplinario basado en el incumplimiento grave y culpable del trabajador, así como porque llegue a su término el contrato de obra y servicio establecido entre las partes¹⁷. Por tanto, lo que se viene es a blindar la imposibilidad de que un trabajador pueda ser despedido por causa de la pandemia y de sus efectos, tal y como recalca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de febrero de 2020, donde la Sala, trae a colación el art. 3 del Código Civil cuando establece que “*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”, luego a través de dicho precepto se vería reforzada la intención con la que la norma de urgencia fue creada.

¹⁵ Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. BOE núm. 112, de 22/04/2020.

¹⁶ En relación con tales medidas, el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 119, de 29/04/2020), derogado por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (BOE núm. 250, de 19 de septiembre de 2020).

¹⁷ Sobre el particular, Cruz Villalón, J.: “El despido injustificado por Covid” publicado en su blog “Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad”. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/01/el-despido-injustificado-por-covid-la.html>, donde se recuerda lo establecido en la Disp. Final 1ª del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, en la que se citan de forma expresa aquellas situaciones que sí cuentan con justificación entre las que se encuentran, entre otras, las ya mencionadas (BOE núm. 134, de 13/05/2020).

3. LA DIFÍCIL CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

Teniendo en cuenta que el legislador de urgencia ha tratado de frenar la extinción masiva de los contratos de trabajo, existe un importante debate técnico jurídico en torno a la calificación de los despidos producidos como consecuencia de la pandemia. Las resoluciones judiciales en la materia, aunque aún no hayan dado lugar a un pronunciamiento del Tribunal Supremo, son muchas y variadas, abarcando soluciones que van desde la procedencia¹⁸ a la nulidad, en algunos casos imponiendo una indemnización a la parte empleadora¹⁹ e, incluso, en otros, aduciendo la vulneración del contenido esencial de la libertad de empresa²⁰.

3.1. Doctrina a favor de la improcedencia

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de enero de 2021, en la que la Sala aprecia la nulidad del despido deriva del recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao, de 6 de octubre de 2020²¹, en la que el magistrado considera que no hay nexo causal entre “la situación de excepción generada por la pandemia y la decisión extintiva” que llevó a la empresa a finalizar la relación laboral con el trabajador, al haberse presentado prueba en contrario mediante la que se apreciaban pérdidas económicas en trimestres anteriores. Por tanto, la citada resolución lo que viene a dictaminar es que el despido, objetivo, se ha producido de conformidad con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, resulta de interés como en ésta se pone de manifiesto que la propia empresa no acredita que el motivo que da origen a la extinción no esté relacionado con la pandemia, dado que la empresa lo que aduce es que concurren causas organizativas, aunque tal circunstancia no queda suficientemente acreditada, lo que deriva en la convicción de que el motor de tal decisión son cuestiones económicas y no otras.

¹⁸ SJS de Gijón, de 25 de noviembre 2020 (rec. 223/2020), SJS de Logroño, de 11 de diciembre 2020 (Rec. 282/2020) y SJS de Barcelona, de 5 de febrero 2021 (núm. 59/2021).

¹⁹ SJS de Barcelona, de 31 de julio 2020 (núm. 170/2020) y de 31 de julio 2020 (núm. 174/2020), imponiendo indemnizaciones, respectivamente, de 60.000 y 49.000 euros.

²⁰ Cruz Villalón, C.: “El despido injustificado...”, comentando la SJS de Barcelona de 15 de diciembre de 2020 (nº 283/2020) con la que discrepa, dado que ésta venía a señalar que calificar los despidos de otra forma diferente a la improcedencia, tal y como actualmente, se encuentra regulada la nulidad en nuestra legislación ordinaria, podría atentar contra la libertad de empresa constitucionalmente garantizada en el artículo 38 CE, así como en el artículo 3.3 del Tratado de la Unión, en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio 158 de la OIT y que por ello el Juez debería plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Comenta el autor que, en su caso, podría plantearse un recurso de inconstitucionalidad, pero que, en todo caso, éste no procedería al no ser incompatible la impugnación del despido con las facultades empresariales.

²¹ SJS de Bilbao de 6 de octubre de 2020, núm. 183/2020.

Como es sabido, la justificación de la extinción de la relación de trabajo es el elemento decisivo para determinar la calificación que se le ha de otorgar a ésta. De manera que la parte empleadora estará plenamente legitimada para hacerlo si concurren las causas legalmente establecidas, de forma que se tratará de un despido procedente; en cambio, si estas causas no concurren, o lo hacen de forma insuficiente, de ordinario la calificación será la de improcedente. En el caso concreto de los ceses que han tenido lugar con ocasión de la pandemia y a consecuencia de sus efectos pero en contra de la prohibición legal arriba descrita, una buena parte de la doctrina, y también de los juzgados de lo social y de las salas de los tribunales superiores de justicia que ya han tenido ocasión de conocer de tales despidos han venido a calificarlos como improcedentes, ha rechazado de plano que pueda darse la nulidad de los mismos, dado que, a su juicio, tal calificación está reservada a supuestos tasados de despido, siendo además doctrina consolidada²².

La teoría de la nulidad por fraude de ley se había configurado en base al requerimiento de “la utilización de una determinada norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico o prohibido por ley”, así como en el “ánimo de defraudar”. Una buena parte de los autores a la hora de abordar el estudio de la casuística surgida en torno al despido han venido a indicar que, en realidad, no hay una prohibición expresa en la norma de despedir, por lo que aquella figura traída ahora a colación podría no tener cabida²³. La falta de concreción por parte del legislador de urgencia es la causa por la que se ha vuelto a abrir el debate jurídico en torno a una figura, la del despido nulo por fraude de ley, que ya en su momento fue creada por la jurisprudencia y avalada por un importante sector de la doctrina, pero que tuvo poco recorrido porque tal y como aquella la creó, la eliminó. No obstante, es una institución a la que con frecuencia se evoca, ya que a través de aquella se condenan las actuaciones empresariales tendentes a utilizar de manera fraudulenta las disposiciones vigentes, dando lugar a un acto resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, tal y como establece el artículo 6.4 del Código Civil que es eje en torno al cual pivota esta teoría del Tribunal Supremo.

Como se asevera, se trata de un viejo debate que ya en el año 2015 se suscitó de nuevo a través de la Sentencia del Tribunal supremo de 5 de mayo de 2015 (nº rec. 2659/2013), la cual se pronuncia sobre un despido disciplinario con base en el artículo 54.2, d) del Estatuto de los Trabajadores que no estaba suficientemente justificado por la empresa que, incluso, había llegado a reconocer

²² En relación con lo expuesto, una reciente Sentencia, la SJS de Arrecife de 24 de marzo de 202, núm. 325/2020. En dicha resolución el Magistrado considera que en el artículo 2 RDL 9/2020 “no nos encontramos ante un despido prohibido sino injustificado” y para ello recuerda la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo “(STS de 30/12/1997)”.

²³ Véase en tal sentido, Cruz Villalón, J.: “El despido injustificado por Covid”, op. Cit.

la improcedencia y había puesto a disposición del trabajador una indemnización²⁴. En suma, el motivo de fondo que subyace es el que propugna el artículo 6.4 del Código Civil y que en este caso concreto se manifestó a través de un despido “expres” disciplinario, en el que la doctrina, como ahora, no terminaba de ponerse de acuerdo, dado que la consideración que a la mayoría le merecía era la de la improcedencia simplemente²⁵. El otro sector doctrinal que mantuvo la nulidad por fraude de ley lo argumentaba con la clara pretensión de la empresa de eludir la normativa referente a la estabilidad en el empleo, tal y como ocurre actualmente²⁶.

En las sentencias recientes, el fundamento que mayoritariamente se utiliza para rechazar que el despido pueda ser considerado como nulo se encuentra en el art. 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que, en consonancia con el art. 55.5 ET establecen un *numerus clausus* de supuestos en los que posiblemente se induzca a tal calificación, los cuales se sintetizan en los que están relacionados con la lesión de un derecho fundamental, incluido lógicamente el de igualdad regulado por el art. 14 CE; pero sin que se haga referencia es estas normas, tanto sustantivas como procesales, a la posibilidad de otorgarles tal consideración a aquellas extinciones que se realicen en contra de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico sobre materias que vayan más allá de las materias resumidas²⁷. La lectura de las disposiciones vigentes debe de hacerse de manera sistemática de manera que, si la norma tiene un objetivo y una finalidad clara, toda actuación que se produzca en contra de ésta deberá ser entendida como nula, partiendo de la base de que, si no existe una justificación o si ésta queda excluida de forma expresa del precepto legal, el despido será, cuando menos, improcedente. No obstante lo expuesto, con esto no se pretende decir que no se pueda producir la terminación de la relación de trabajo bajo ningún concepto porque nos encontremos ante un estado de alarma, dado que esa no parece ser la intención del legislador de urgencia, pero sí que se exige que cuando tal hecho vaya a producirse se haga cumpliéndose con las exigencias legales.

²⁴ Así lo expresa la Sala en los Fundamentos de Derecho primero: “la empresa reconoció la improcedencia del despido y haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 56.2 ET, sin perjuicio de mantener la veracidad de las imputaciones realizadas y con el fin de evitar gastos de procedimiento, le ofreció la cantidad total de 173.459,27 euros...”.

²⁵ Beltrán Heredia, I: “Despido nulo en fraude de ley: una tesis de difícil encaje en el marco normativo vigente (a propósito de la STS 5-5-15)”. Entrada en su Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”. <https://ignasibeltran.com/2015/07/07/despido-nulo-en-fraude-de-ley-una-tesis-de-dificil-encaje-en-el-marco-normativo-vigente-a-proposito-de-la-sts-5-5-15/>

²⁶ Todolí Signes, A.: “Acerca del despido nulo por fraude de ley”. En *Jurisprudencia social a debate*. Ed. Tirant lo Blanch, 2015. Pp. 63-74. En tal sentido, el autor considera que no es ni tan siquiera necesario que el despido nulo por fraude de ley tenga que ser incorporado ni a la norma sustantiva ni a la procesal, dado que dicha figura ya está contemplada en el artículo 6.4 del Código Civil, el cual es de completa aplicación.

²⁷ A su vez, sobre tal afirmación a favor de la improcedencia, SJS de Barcelona de 31 de julio de 2020 (nº rec. 486/2020) y SJS de Pamplona de 21 de diciembre de 2020 (nº rec. 637/2020).

Así lo entiende también una buena parte de la doctrina, partiendo del hecho de una defectuosa técnica legislativa al no concretar la normativa COVID qué supuestos son los que deben ser considerados como una prohibición expresa de despedir, dado que, al no especificarse, tales despidos solo podrían considerarse actos ilícitos y, como tales, la calificación que procedería sería la de la improcedencia²⁸. En tal sentido, para que pudiera darse otra calificación diferente al despido sería necesario que se atentase contra los derechos fundamentales del trabajador a través de alguno de los supuestos tasados contenidos en el art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores. Al margen de que la nulidad del despido se impondría mal cuando exista un motivo que lo justifique suficientemente, como sucedería si se trata de un despido colectivo que, pese a que según el art. 2 RDL 9/2020 no estaría permitido, respetase las exigencias de los arts. 51.2 o 51.7 ET, mediante la acreditación de la concurrencia de las causas legales, lo que obligaría a calificar como ajustada a derecho la decisión extintiva de la empresa, al igual que ocurre si la extinción tiene la consideración de individual o plural²⁹.

Por último, hay que indicar que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, ha resuelto a través de su Sentencia de 31 de marzo de 2021, calificando los despidos como improcedentes, si bien no lo ha hecho por unanimidad, dado que de los siete magistrados que la componen, tres han emitido voto particular³⁰. En dicha resolución se concluye la problemática que se ha descrito deriva del hecho de que el RDL 9/2020 no ha incorporado de forma expresa la prohibición de despedir; lo que no puede dar lugar a interpretar las extinciones que contrarían la previsión de la norma como nulas, dado que ni se trata de derechos fundamentales ni se manifiesta una mala fe por parte de la empresa. Por tanto, se viene a confirmar lo que ya dijera las sentencias del Juzgado de lo Social de Barcelona, de 10 de julio de 2020, así como la del TSJ de Andalucía, de 19 de noviembre de 2020, sobre la base de que lo que pretende la norma de emergencia es limitar las causas que pueden justificar la procedencia del despido, de forma que solamente cabe aplicar a los mismos la alternativa entre procedencia o improcedencia, según esas causas existan o se entienda inexistentes en los términos de la propia legislación de urgencia. Dicho sintéticamente, lo que la norma de emergencia establece no es una prohibición de despedir en determinadas circunstancias, sino que en esas concretas situaciones no existe causa para despedir; por lo que decidido el despido, carecerá de causa, siendo en consecuencia improcedente y no nulo.³¹

²⁸ A favor de dicha consideración, los profesores Cruz Villalón, J.: “Despidos injustificados por covid” y Beltrán Heredia, I.: “Extinción y Covid-19”, Op. Cit.

²⁹ Esto es lo que vino a ocurrir con la Sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao de 6 de octubre de 2020, recurrida ante el TSJ el País Vasco, que vino a considerar el despido como procedente, en la que la parte demandada había invocado una extinción objetiva basada en los artículos 51.1 y 52, c) del Estatuto de los Trabajadores.

³⁰ N° Rec. 3825/2020.

³¹ N° Rec. 348/2020 y N° Rec. 1795/2019, respectivamente.

En consonancia con lo defendido por tales resoluciones se han mostrado algunos autores, quienes se afanan en resaltar la diferencia que existe entre los apartados 3 y 4 del art. 6 del Código Civil, subrayando que el primero se relaciona con un acto contrario a una norma imperativa o prohibitiva, el cual será declarado nulo de pleno derecho, lo que viene a comportar que dicha actuación se entienda como no realizada y consecuentemente como si el despido no se hubiese efectuado, puesto que habrá que reintegrar al trabajador a su puesto de trabajo y se le habrá de abonar el salario dejado de percibir durante el tiempo que medie desde que se produjera la extinción. Se trata, sin duda, de una consecuencia que la empresa pretendía evitar al actuar de una manera contraria a la normativa de urgencia. Por su parte, el apartado cuatro del mismo precepto se ocupa de los actos en los que, pese a que se hayan podido producir al amparo de una norma el fin perseguido por los mismos sea un resultado que se encuentre prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, que es la situación que se pone de manifiesto a través de la Sentencia objeto del presente comentario.

Si bien, la prohibición en la norma es tan sutil que dificulta que se puede hablar de ella. De ahí que se abogue por el sentido finalista y que se recuerde lo expresado en el propio artículo 6.4 Cc en el que se condenan tales actos como ejecutados en fraude de ley, lo que no impide la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir³².

3.2. Argumentos favorables a la nulidad

El número de resoluciones judiciales que, a día de hoy, se han pronunciado sobre los despidos considerando que concurre la nulidad en ellos son mucho menores si las comparamos con los casos en los que se ha considerado que se trata de la improcedencia. En el primer caso, los jueces y tribunales han llegado a dicha conclusión fundamentando su argumentación sobre la base del mantenimiento del empleo como finalidad del legislador de urgencia, finalidad que se ve burlada si a la extinción se la califica como improcedente, dado que al poder decidir el empleador en todo caso si rompe la relación de trabajo de manera definitiva en lugar de reincorporar a la persona trabajadora, se estaría dejando sin efectos el precepto legal. Una argumentación que se desprende del hecho de que, al aceptar la improcedencia del despido, se convertiría al art. 2 del RDL 9/2020 en una mera declaración de intenciones sin mayor repercusión jurídica, tal y como afirmó el Juzgado de lo Social núm. 6 de Oviedo en su sentencia de 22 de octubre de 2020 (nº rec. 305/2020), llegando incluso a calificarse tal conclusión como una “quiebra

³² A favor de dicha corriente, Beltrán Heredia, I.: “STSJ Cataluña (Pleno) 31/3/21: la calificación del art. 2 RD Ley 9/2020 es la improcedencia”. En su Blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”. <https://ignasibeltran.com/2021/04/14/stsj-cataluna-pleno-31-3-21-la-calificacion-del-art-2-rdley-9-2020-es-la-improcedencia/>

de la propia norma”, como puede apreciarse en la ya citada Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de febrero de 2021. Teniendo en cuenta, además que el art. 2 del Real Decreto-Ley extiende la prohibición que contiene tanto a los despidos colectivos como a los individuales, dado que las medidas de flexibilidad del art. 22 RDL 8/2020 no hace tal distinción, tal y como se pone de manifiesto la Sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona de 28 de julio de 2020 (nº rec. 349/2020).

Coinciden los fundamentos de derecho de las resoluciones judiciales mencionadas en que una conducta por parte de la empresa que puede ser calificada de fraudulenta al carecer dicha decisión extintiva de una justa causa, así como por alegar motivos que, aunque se afirme que habían acontecido con anterioridad a la declaración del estado de alarma, en realidad no se aporta prueba suficiente que la avale. Por ello, consideran que, dado que el art. 2 del RDL 9/2020 encierra una prohibición de despedir por causas objetivas, la empresa estaría realizando un acto contrario a derecho, sosteniéndose tal argumentación en el art. 6.3 del Código Civil que en tal sentido establece 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 cierto es que otorgar la calificación de nulidad de la extinción de trabajo conlleva, en primer lugar, que el trabajador sea admitido en la empresa y que se le abonen los salarios dejados de percibir y, en segundo lugar, que sirva de ejemplo para las demás organizaciones que, encontrándose en una situación similar de fuerza mayor o en la que puedan concurrir cualquiera de las causas ETOP, procedan a aplicar los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 para que se decanten por la flexibilización de las condiciones de trabajo, en lugar de despedir a los trabajadores, ya sea de forma colectiva o individual³³.

A mayor abundamiento, tal consideración del despido como nulo en fraude de ley se puede ver reforzada por lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil que viene a señalar 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 hubiere tratado de eludir*”. En tal sentido, los jueces y tribunales que

³³ Resulta imprescindible llamar la atención sobre lo expuesto por la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, en su Sentencia de 23 de febrero de 2020 (nº rec. 57/2020), ya citada, diferencia la justificación de las alegaciones con relación a la causalidad que ha de operar para que no pueda ser considerado el despido como una simple consecuencia del covid-19, lo que conllevaría a que “sea un despido irregular”. Dicho en otras palabras, no bastaría alegar o aducir que se da una determinada circunstancia, sino que habría que probar que concurren las causas por las cuales se está procediendo a extinguir el contrato de trabajo, que es lo que, en suma, viene a ocurrir en el caso concreto en el que no llega a quedar suficientemente acreditados que los hechos que motivan el cese no queden fuera de la previsión del art. 2 RDL 9/2020.

han apreciado la nulidad han ido más allá y han entrado a exponer el motivo por el que el sistema de relaciones laborales cuenta en la actualidad con un conjunto de normas que actúan de forma paralela a la legislación ordinaria, normas en las que se aprecia como el legislador de urgencia ha venido a asumir el papel de los agentes sociales incluso al establecer un paquete de medidas que tienen una incidencia directa en las empresas, con la única finalidad de preservar el empleo y de no incrementar los índices de desempleo.

En una especie de juicio de ponderación, la Sala del Tribunal Superior del País Vasco asume cómo la libertad de empresa se ha visto limitada por la preeminencia de la flexibilidad interna y la prohibición de despedir y ello le sirve para justificar su decisión de considerar el fraude de ley en sus dos sentencias, la de 26 de enero y la de 23 de febrero. En concreto, en la Sentencia de 26 de enero el Tribunal Superior de Justicia pone de relieve que la empresa en cuestión ya contaba con pérdidas en el año anterior y que bien podría haberle servido de motivo para, con anterioridad a haber efectuado una reducción de la plantilla por causas económicas, proceder al despido. Si bien, en lugar de ello, y una vez que se declara el estado de alarma y se establece el paquete de medidas que se viene comentando, es cuando la parte empleadora decide extinguir el contrato de trabajo, habiendo, incluso, solicitado previamente un ERTE. Y aunque es cierto que dicha medida de flexibilidad se solicita por causas organizativas, en la primera instancia parece que éstas no quedan suficientemente acreditadas, desprendiéndose de las pruebas el motivo real que subyace, interpretando el TSJ que hay una clara intención de burlar las disposiciones vigentes³⁴.

Lo cierto es que el empeño de la norma por reforzar la protección de los trabajadores y por apoyar la continuidad en la actividad productiva y mantener el empleo, tal y como lo indica la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2020, junto con los objetivos del Real Decreto-Ley 9/2020 de proporcionar la necesaria flexibilidad para el ajuste temporal de las empresas, parece que no casan bien con la decisión unilateral del empresario de extinguir la relación de trabajo a través de un despido por causas objetivas, ya que es a éste y no a otro tipo al que la norma se refiere expresamente y el que intenta evitar, en todo caso. Idea que, en suma, es fácilmente entendible y que puede ser la consecuencia en la que deriven todas las prácticas empresariales relacionadas con el despido realizado en fraude de ley en el contexto de la crisis sanitaria³⁵.

³⁴ Así lo relata Rojo Torrecilla quien parece mostrar una posición más proclive a la calificación de despido nulo en: “Covid 19 y despido sin causa...”, op. cit.

³⁵ En el mismo sentido, la SJS de Sabadell, de 6 de julio de 2020 (nº rec. 316/2020), en relación con el despido de una trabajadora de avanzada edad que, además, puede estar incluida dentro del colectivo de riesgo. En este supuesto, la empresa comunicó a la demandante la extinción del contrato de trabajo el 27 de marzo de 2020 cuando ya estaba vigente el Real Decreto-Ley 8/2020, en cuyo art. 22 se establece la preferencia por la flexibilidad interna y estaba a punto de

4. CONSECUENCIAS DE LA DETERMINACIÓN DE UNA CALIFICACIÓN U OTRA

Aunque pueda parecer una cuestión irrelevante, lo cierto es que el hecho de que el órgano judicial opte por una u otra calificación puede tener consecuencias diferentes. En tal sentido, el legislador permite que, si se trata de un despido improcedente, sea la parte empleadora la que decida si procede a la reincorporación del trabajador junto con el abono de los salarios dejados de percibir o si, por el contrario, sigue adelante con la rescisión del contrato de trabajo, con la correspondiente indemnización.

Esto último es lo que ocurrió, y así se pone de relieve en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 de enero de 2021 (nº rec. 429/2020) que, pese a que rechaza de plano la posibilidad de que el despido adquiera la consideración de nulo por fraude de ley, sí que se muestra a favor de que se condene a la parte empleadora al abono de una indemnización, puesto que no se ha respetado el sistema causal. La posibilidad de que sea la empresa la que decida qué camino tomar con respecto a si reincorpora o no a la persona a la que ha cesado cuando el despido es improcedente no refleja en realidad una repulsa contra tal hecho que es la intención que parecía tener la norma.

En consecuencia, y aunque no ha sido la tónica predominante entre los tribunales a la hora de calificar el despido de improcedente, sí que hay alguna que otra resolución que ha considerado que, en estos supuestos en los que parece que la parte empleadora actúa al margen de la normativa vigente y en los que, incluso, podría apreciarse una conducta fraudulenta, podría concederse una indemnización complementaria. La finalidad con la que se puede establecer el abono de una cantidad añadida a las obligadas sería la de disuadir a las empresas de la idea de despedir a sus empleados si es que se encuentran en una situación de dificultad económica, técnica, organizativa o de producción o, de forma más genérica, de fuerza mayor. Dicho en otros términos, se trataría de utilizar la indemnización *ad extra* como una especie de revulsivo o de llamada de atención a las empresas que pretendan realizar una actuación ilícita, por estar al margen de lo estipulado en el art. 2 RDL 9/2020.

Si bien, en relación con lo expuesto, ya la Organización Internacional de Trabajo en el Convenio número 158, en concreto en su art. 10, establece que si, en este caso el juzgador, “llega 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

publicarse y, por tanto, de aplicarse el Real Decreto-Ley 9/2020 con la prohibición de despedir ya comentada. Por ello, en la sentencia se pone de relieve que la parte empleadora conocía del sentido de las disposiciones aplicables y que se trataba de una extinción motivada por la declaración del estado de alarma, con lo que el juez de lo social acaba calificando el despido como nulo.

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”. El empleo de la palabra reparación por la OIT es lo que conduce a pensar que, efectivamente, se pueden resarcir los daños ocasionados al trabajador por la conducta fraudulenta.

Actualmente, lo que el art. 53.1, b) ET estipula es que la empresa ha de pagar al trabajador como indemnización por un despido objetivo lo equivalente a veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Mientras que, si se declara la improcedencia, dicha cantidad equivaldría a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, según lo dispuesto en el artículo 56.1 ET. En el caso de que el despido fuese finalmente considerado como nulo el pago que le corresponde hacer al empleador es el de los salarios dejados de percibir desde que se produjo la extinción hasta que se dicte la resolución. Por ende, no cabe duda que la nulidad sería podría tener un efecto más en consonancia con el Convenio de la OIT, así como con la revisión, aun no ratificada por España, de la Carta Social Europea en cuyo art. 24 también se indica que la imposición de una indemnización tendría un efecto disuasorio de toda medida extintiva que se pretenda llevar a cabo y que se realice sin causa o al margen de las disposiciones legales; indemnización que además “deberá ser suficientemente elevada”, tal y como ha venido a interpretar el Comité Europeo de Derechos Sociales³⁶. No obstante, como se ha dicho anteriormente, las sentencias que en tal sentido se han pronunciado son solo dos hasta la fecha, ambas del mismo Tribunal Superior de Justicia³⁷.

Por tanto, quizá habría que repensar en las repercusiones de tales prácticas en la indemnización con carácter general, ya que parece que es una cuestión de la que adolece nuestro sistema de relaciones laborales, sin necesidad de que estemos ante una crisis sanitaria. No obstante, como se haya dicho anteriormente, las sentencias que en tal sentido se han pronuncia son solo dos hasta la fecha, coincidiendo el Tribunal de instancia del que proceden.

5. VALORACIÓN FINAL

Sin duda, toda situación que sea consecuencia del COVID-19 se antoja compleja y confusa, da lugar a múltiples interrogantes y genera muchísima incertidumbre, al igual que ocurre, como no podía ser de otro modo, en el ámbito de las relaciones

³⁶ Así lo pone de relieve, Cruz Villalón, J.: “Despido injustificado por covid”, Op. Cit.

³⁷ Se trata de las ya citadas anteriormente Sentencias del Juzgado de lo Social de Barcelona, ambas de 31 de julio 2020 (núm. 170/2020 y núm. 174/2020).

laborales. Si bien el 31 de mayo es la fecha establecida, en principio, como límite tras las sucesivas prórrogas de los ERTes, existe la certeza de que tal medida se prorrogará, puesto que las dificultades por las que atraviesan las empresas siguen sucediéndose. La línea a seguir ya trazada por el legislador de urgencia ha sido la de tratar de paliar los efectos del COVID-19 y evitar, en la medida de lo posible, la destrucción del empleo, aunque no pueda saber hasta cuándo se podrá sostener esta situación o las repercusiones que tendrá a largo plazo. En todo caso, el plan adoptado para tratar de salvaguardar los puestos de trabajo debe ser desmenuzado de forma que los resquicios legales sean los mínimos posibles a efectos de no saturar a la administración de justicia, en primer lugar, y, en segundo lugar, para que no se produzcan hechos que puedan ser calificados de fraude.

Como se haya ido exponiendo a lo largo del texto el debate ha girado en torno a una calificación del despido que ya es una vieja conocida para la doctrina y que se originó en el propio Tribunal Supremo, solo que en esta ocasión ha resurgido como un una consecuencia directa de la pandemia, en tanto que, es por ésta por la que se han ido sucediendo las extinciones de los contratos de trabajo y se ha llevado ante el orden jurisdiccional social la infracción de la legislación de urgencia sobre la materia al interpretarse, en muchos de los casos, que concurrían las circunstancias que de forma taxativa estaban incluidas como no justificativas de tal actuación.

En todo caso, la improcedencia no debería operar en los supuestos en los que parece que existe una clara intención de burlar los requisitos legales, por lo que sería más adecuado al fin de la norma considerar tales actuaciones como producidas en fraude de ley y, en todo caso, nulas. Pese a que la doctrina mayoritaria se ha decantado por la improcedencia y que la norma no establece una prohibición expresa, puede aceptarse que de su finalidad última se desprende una clara intención de proteger el empleo y de buscar otras fórmulas que conlleven el aseguramiento de los puestos de trabajo a través de la suspensión de los contratos.

Aunque la calificación del despido como nulo está prevista en la norma laboral sustantiva y en la procesal, se refiere exclusivamente a situaciones tasadas y excepcionales, relacionadas principalmente con la discriminación y la vulneración del principio de igualdad. Asimismo, en la legislación laboral se contempla que todas las extinciones que se produzcan sin que concurra una justa causa tienen que ser calificadas como improcedentes. Sin embargo, no está contemplado de forma expresa en el ordenamiento laboral la calificación que ha de otorgarse a los actos que lo contravengan o prohíban, así como tampoco se aborda el efecto que produce una actuación que persiga un resultado prohibido o contrario a aquel, pero sí que se encuentra en otra disposición vigente y de total aplicación a las relaciones de trabajo, tal y como es el artículo 6, apartados 3 y 4 del Código Civil.

Ahora bien, dado que nos encontramos ante una situación de emergencia en la que la legislación ordinaria debería ser adaptada al momento concreto y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde su aprobación, e incluso, que se han producido

una serie de modificaciones a la normativa de urgencia, debería el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 incidir más en lo que debería ser una limitación expresa o prohibición de despedir cuando se den causas de fuerza mayor o ETOP, dado que de continuar en la misma línea, la improcedencia podría incluso resultar más beneficiosa a la parte empleadora que trata de esquivar las imposiciones legales.

Así pues, del estudio de la jurisprudencia podrían extraerse dos conclusiones: una, que podría llevar a calificar la actuación de la empresa como de desobediencia a la normativa de aplicación, dado que en ella hay una exigencia acerca del cumplimiento de unos determinados requisitos que no son respetados; y otra, que el despido se declare improcedente, en lugar de nulo, supone que la empresa tenga la facultad de decidir si readmite al trabajador o si, por el contrario, sigue adelante con la extinción de la relación de trabajo, pese a que tenga que abonar una indemnización. En todo caso, si se opta por esta segunda opción queda claro que la prohibición de despedir cae en saco roto. Por esta razón es por lo que se considera que, aunque no esté así dispuesto actualmente en la norma laboral básica como un supuesto de nulidad del despido, sí que es la calificación más adecuada y acorde a lo que se estima que es una actuación que se produce en fraude de ley, ya sea con o sin esa intencionalidad