

RECURSO N.º: Recurso de suplicación
200/2021
NIG PV 48.04.4-20/005707
NIG CGPJ 48020.44.4-2020/0005707

SENTENCIA N.º: 364/2021

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 24 de febrero de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D^a MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 7 de los de Bilbao de fecha 26 de octubre de 2020, dictada en proceso sobre DSP, y entablado por [REDACTED] frente a [REDACTED], **FOGASA y FISCAL**.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"**PRIMERO.-** La actora [REDACTED], ha prestado servicios por cuenta y orden del empleador demandado [REDACTED], con una antigüedad desde el 1/12/2019, con la categoría profesional de Administrativa Grupo Profesional 2.C), y un salario bruto mensual de [REDACTED] euros, con inclusión de la prorrata de pagas extras.

SEGUNDO.- En fecha 17/04/2020 la empresa remitió a la trabajadora demandante mail comunicando la presentación de un ERTE para devolver firmada.

De dicha fecha es el informe relativo a la pérdida de actividad de la Notaria del demandado como consecuencia del COVID-19 y posibles medidas de carácter laboral, donde se incluye a la demandante.

En fecha 20/04/2020 se presentó ERTE por fuerza mayor en el Departamento de Trabajo del Gobierno Vasco que incluye a la demandante. De la misma fecha es la carta de comunicación de ERTE por fuerza mayor remitida por el demandado a la demandante con efectos del mismo día, que damos por reproducida.

La empresa presentó el 12/05/2020 ante el SEPE solicitud colectiva de prestaciones por desempleo por suspensión consecuencia del COVID-19, que no incluye a la actora.

TERCERO.- En fecha 24/04/2020, la empresa ha comunicado por mail a la actora la extinción de su contrato de trabajo por no superación del periodo de prueba que se establece en su contrato, con efectos 20/04/2020.

CUARTO.- La actora suscribió contrato de trabajo indefinido en fecha 1/12/2019 que establece un periodo de prueba de seis meses.

Es de aplicación lo dispuesto en el Convenio Colectivo Estatal de Notarios y Personal Empleado, en cuyo art. 40 establece un periodo de prueba de seis meses para los contratos indefinidos para la categoría profesional de la actora, grupo profesional 2º.

QUINTO.- La demandante no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores.

SEXTO.- Con fecha 1/07/2020 se ha emitido certificado por la Sección de Conciliación de Bizkaia del Departamento de Trabajo y Justicia que da por cumplido el trámite de la celebración del acto de conciliación."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando en lo sustancial la demanda por despido interpuesta por [REDACTED], FOGASA y MINISTERIO FISCAL, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido de la actora, con efectos el 20/04/2020, y en su consecuencia debo condenar y condeno a la mercantil a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización de [REDACTED] euros, y, en caso de optar la mercantil por la readmisión, a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de [REDACTED] euros/día.

El FOGASA queda absuelto de las pretensiones contra él deducidas sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria en el pago si concurrieran los presupuestos legales para ello."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao dictó sentencia el 26-10-2020 en la que estimó la demanda interpuesta por la trabajadora, relativa a despido, y declaró que el cese acontecido el 20-4-2020 era un despido improcedente, y ello porque la trabajadora había sido incluida en el Expediente de Regulación Temporal de Empleo por causa de la pandemia, si bien el mismo día en que es incluida en dicho expediente es despedida por no superar el período de prueba. Se argumenta en la instancia que esta situación determina que a quien se le incluía en la regulación difícilmente se le podía despedir, y se ha quebrantado el art. 2 del RDL 9/20. La consecuencia de ello va a ser para la Magistrada de instancia la improcedencia del despido, pues la nulidad, tal y como pedía la actora, exclusivamente procede en los casos referidos por el legislador, básicamente por violación de derecho fundamental, de manera que, en nuestro caso, no acreditándose nada de ello, y expresamente así se refiere, se declara la improcedencia del despido.

SEGUNDO.- Frente a la anterior sentencia interpone recurso de suplicación la parte actora y, en un único motivo, por la vía del apdo. c) del art. 193 LRJS, se denuncia la conculcación de los arts. 22 y Disposición Adicional Sexta del RDL 8/20 y 2 del RDL 9/20. Se viene a sostener que la consecuencia de no incluir a la trabajadora en una suspensión del contrato por causa de fuerza mayor y extinguir su relación supone un despido que debe ser calificado de nulo, teniendo en cuenta, a su vez, que se ha incumplido el compromiso de la Disposición Adicional que cita, y ello determina, a su vez, la nulidad del cese.

Vamos a resaltar la solidez de la argumentación que expresa tanto el recurrente como la impugnación.

Pero, pese al automatismo que pudiera generar la interpretación que formula la instancia, esta Sala ha considerado que la previsión del art. 2 del RDL 9/20, lleva consigo el que cuando concurre una situación de fuerza mayor, o causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que determinan la aplicación de las medidas suspensivas de los contratos de trabajo del art. 22 del RDL 8/20, en estos casos no puede acudir a la extinción del contrato de trabajo o al despido del operario. En estos supuestos el legislador ha blindado en contrato de trabajo y lo ha hecho desde una clara perspectiva: el mantenimiento del empleo a toda costa. Ello supone que una vez publicado el RDL 8/20 la pandemia no influye en las relaciones laborales más que para su suspensión o modificación; pero en ningún caso es posible extinguir los contratos de trabajo. Nos encontramos ante una normativa excepcional, especial, restrictiva y limitativa de los ordinarios mecanismos de control y de las prerrogativas del empresario. Este carácter de normativa excepcional implica el que todo el bloque de la legislación laboral quede en parte anestesiado o suspendido, y de forma flexible y laxa se adecúen los medios pretendidos de

protección de los trabajadores con la legislación ordinaria, en el paraguas que implica esa legislación especial de los RDL 8 y 9/20.

La excepcionalidad de la coyuntura implica el que se implanten medios y sistemas que en otro caso no serían admisibles, y en concreto la calificación consecuente del despido de cualquier trabajador con la calificación de la nulidad.

La rigidez de la normativa expresada en esos RDL proviene de las circunstancias que han motivado su excepcionalidad, y de aquí el que no sea admisible la potenciación de ninguna vía indirecta que soslaye la finalidad y pretensión legislativa, que es mantener los contratos de trabajo y evitar toda destrucción de empleo mediante la salubridad de las relaciones jurídicas laborales.

Se requiere una restitutio ad integrum de la quiebra de la normativa excepcional, y ello se traduce en la calificación de la nulidad del despido, al ser ésta la única vía que categoriza la restitución a la coyuntura previa al cese.

No es necesaria la apreciación de una vulneración del derecho fundamental, pues el bloque normativo integrado por esa legislación especial es autosuficiente para consolidar un cuadro paradigmático de nulidad del despido.

La Disposición Adicional Sexta del RDL 8/20 no implica, tal y como sostiene la recurrente, una nulidad del despido, pues la incidencia del incumplimiento se refiere a la vía administrativa, con la pérdida de beneficios, pero nada implica en orden al cese y sus consecuencias.

Analizamos en los siguientes Fundamentos los argumentos que nos llevan a la conclusión de la nulidad del despido de forma más detenida.

TERCERO.- Partimos de que la normativa que establecen los RDL 8 y 9/20, se enmarca dentro de una legislación especial y excepcional, ante una situación única e imprevisible. En general la intervención estatal dentro del derecho laboral se produce en materias y coyunturas de obtención de la paz social, de manera que es el legislador el que asume en ellas las riendas de la conducción de las relaciones laborales para solventar momentos de importante conflictividad o extraordinaria necesidad de protección de los intereses laborales; y ello se hace mediante una legislación que pretende la fijación de unos contornos de indisponibilidad e imposición de figuras e instituciones para tanto los empresarios como los trabajadores y sus representantes. Con estas normas se regulan problemáticas que no obtienen respuesta por los cauces ordinarios de la negociación, ostentando un protagonismo el Estado del que normalmente prescinde.

El tipo legislativo que suele atender a situaciones de extrema urgencia y excepcionalidad es el decreto ley –ex art. 86 CE; STC 19-2-15, stcia 27-, y el que las normas que estamos aplicando tengan esta naturaleza ya nos hace sospechar que nos encontramos ante una regulación no normal. Tan es así que habitualmente por esta vía de técnica legislativa –decreto ley- se procede a modificar las normas existentes dotándolas de un nuevo contenido, y sin embargo en este caso

–RDL 8 y 9/2020, posteriormente el 30/20–, se ha creado un sistema institucional ad hoc, específico para atender una concreta coyuntura.

El que se hayan utilizado las categorías propias de la funcionalidad laboral tiene su justificación en que son formas del derecho del trabajo y como tales deben operar en las circunstancias en que se las utiliza dentro del entorno del trabajo, pero teniendo presente que ya no están en juego por su régimen normal, el del ET, sino por otro cauce, que es el propio de la norma que las ha recogido. Y es en este contexto –legislación de la pandemia– donde las debemos interpretar, y al hacerlo debemos prescindir de su operativa habitual y desenvolverlas en la nueva circunstancia a la que se ha pretendido atender; y en ella hacer su interpretación, ajena a lo que son otros bloques normativos operativos para el decurso normal de la cosas. Y es entonces cuando, como veremos, las consecuencias de esta aplicación interpretativa nos deben separar de las causas tasadas en el ET de la restitutio in pristinum o del despido nulo, y utilizar las formulas que se acomodan a la excepcional coyuntura.

La normativa invocada es de esta naturaleza excepcional, con una clara finalidad de actuar frente a una situación inédita, imprevisible tanto en su origen como en su desarrollo, articulando el legislador medidas imaginativas que procuran la preservación de la paz/estado social mediante el mantenimiento del empleo. El tercer protagonista de las relaciones laborales junto a la empresa y los trabajadores, el Estado, ha asumido una prerrogativa que suplanta a los negociadores sociales, y tanto por la urgencia como por la gravedad ha configurado unos presupuestos de responsabilidad social –de todos los agentes– con el fin del mantenimiento de las estructuras productivas y del empleo, de los que se deriva, entre otras, una única consecuencia: que la situación de pandemia no suponga la destrucción de empleo, manteniéndose un paréntesis ficticio de continuidad de las relaciones laborales, con el significado concreto de que nadie sea despedido por la situación de cierre de los mercados y de las actividades productivas.

La pretendida congelación de la fotografía previa al estado de alarma ha llevado consigo el que, inicialmente, el RDL 8/20, art. 22, haya previsto que los cauces para amortiguar el estado de alarma sean los de la suspensión de los contratos de trabajo; y, en segundo término, RDL 9/20, art. 2, que nadie pueda ser despedido por la situación generada en el ámbito empresarial por la pandemia. Se presume que salvo que se justifique –no que se alegue– una causalidad totalmente ajena al estado de alarma y sus consecuencias para la extinción del contrato de trabajo; salvo que ello se acredite lo que ha existido es un despido irregular.

Y ello se ha intentado reforzar y remarcar mediante una disposición expresa en tal sentido, el art. 2 del RDL 9/20, por medio de la cual se intenta que no quede duda de que la intención del legislador es clara en su opción, frente a las posibilidades ordinarias que ha previsto el ET, se impone lo dispuesto en los arts 22 y 23 del RDL 8/20. Esta fuerza interpretativa que es el mismo legislador la que la propugna mediante el despeje de cualquier duda al efecto.

En definitiva, toda resolución contractual no procedente por sus propias causas, está vinculada con la pandemia y es ilegal, cualquiera que ha sea la forma y motivación. Esta es la tesis que

cabe concluir de la interpretación normativa que se examina de conformidad al art. 3 CC, aplicable en estos casos dentro del deber de los órganos judiciales de obtener la tutela judicial (STS 20-5-2014, rc 156/2013).

Y, todavía, veamos que en España hemos alcanzado la tasa de desempleo del 16,13% en diciembre de 2020 –tres millones setecientos diecinueve mil parados-, frente al 13,78% existente a diciembre de 2019, y en aquella cifra no se incluyen los 700.000 trabajadores que están incluidos en expedientes de ERTE. Esto lo exponemos al hilo de que las medidas de contención de la pérdida del empleo siguen continuando y promulgándose con esta finalidad, de forma que a la crisis no se sumen más extinciones de contratos de trabajo que aquellas que sean ajenas a ella –RDL 30/2020-; y estas cifras nos obligan a comprender la tesitura laboral ante la que se dictan las normas que examinamos e interpretarlas en la dinámica del art. 3 CC –realidad social del tiempo en que son aplicadas-.

CUARTO.- Toda esta conjunción de elementos generales y particulares propios del Derecho Laboral confluyen y se congenian en el acogimiento de otra institución típica del marco de este derecho social, como es la figura del despido nulo.

El engarce entre el mantenimiento del empleo y la resolución irregular del contrato de trabajo por un acto unilateral del empresario nos conduce a la restitución ad integrum del vínculo laboral. Y ello por estas razones: primera, por la indisponibilidad de la norma excepcional por parte de cualquiera de los sujetos participantes en las relaciones laborales, tanto en la esfera de la voluntad general como en la particular de un contrato de trabajo (empresa y sindicatos), en cuanto que el tercer sujeto de las relaciones laborales, el público, es el que se ha atribuido las funciones de delimitar los parámetros funcionales y de reacción ante la pandemia y sus consecuencias; la segunda, porque solamente se acomoda a esa previsión de mantener el empleo y la situación previa a la generada con el RD 463/20, la reposición de la situación previa del trabajador al acto ilícito de su despido; tercera, porque la vis atractiva de la imposición a los empresarios y trabajadores de un sistema concreto de atender la crisis les ha privado de la disponibilidad de la extinción de los contratos de trabajo, y les obliga a asumir un instrumento concreto fuera del cual, en los supuestos del art. 22 RDL 8/2020 (completado por el 2 del RDL 9/2020, para nuestro caso, y posteriormente el 30/2020), no hay alternativa: es ope legis. Fuera de los contornos legislativos no hay discrecionalidad; y, cuarto, porque esa no disposición de la facultad de despedir que establece el art. 2 del RDL 9/20 conduce a que no sea posible que por la declaración de despido improcedente se produzca lo que no ha querido la norma, y que a la postre se opte por la extinción del contrato mediante una indemnización, que es la posible consecuencia del despido improcedente. Si se admite ello se admitiría una quiebra de la misma norma, dejándola sin contenido eficaz.

No se trata de automatizar las instituciones propias del derecho laboral, sino de dotarles de su verdadero empaque. Por ello, no es que sea porque se trate de un posible despido fraudulento el que la consecuencia del mismo sea la nulidad, no, de lo que se trata es de que la voluntad de las

partes ha quedado criogelizada, y se ha asumido por el legislador una función propia de los interlocutores sociales, que es la negociación y la disponibilidad de determinadas instituciones, creando un marco de derecho necesario. De aquí el que haya adquirido la preservación del empleo en la concreta situación generada una significación mayor a aquélla que se había pretendido para otros casos; y todo el bloque normativo dictado para la pandemia forma un conjunto holístico y sistémico, propio y autónomo, ajeno al paralelismo ordinario de las figuras del derecho laboral y su regulación. En definitiva, se ha diseñado un sistema para la situación, con la configuración de las causas y formas de actuar, ERTE, y se ha colocado la protección del empleo frente a la pandemia en un rango electivo similar al de la protección de los derechos fundamentales; en el mismo rango que los derechos que determinan la consecuencia de la nulidad del despido.

Y, si la libertad de mercado y de disposición del empleo pertenece al ámbito empresarial, en este caso esta prerrogativa se ha restringido, y es por ello que se ha dictado una norma de derecho necesario, indisponible por las partes, y que conduce a la nulidad del despido con sus consecuencias, entre ellas la readmisión de la trabajadora y el abono de los salarios de tramitación.

Por último, queremos resaltar un elemento de legalidad ordinaria. El RDL 8/2020 ha buscado una vía paralela a la del despido objetivo. Este presenta una especialidad –acorde con la reducción de la indemnización y sus peculiares tramitaciones- como es que cuando la empresa articula indebidamente el instrumento –vía arts 51/52 ET- la consecuencia no es la improcedencia sino la nulidad, y lo mismo sucede cuando no cumple formalmente con los requisitos exigibles. Así se ha calificado de nulo el despido en el que se ha dispersado la figura del empresario (STS 17-2-2014, rc. 142/13); en los casos en los que el despido aunque era colectivo se ha modulado individualmente (STS 17-5-2016, rc 3037/14); o cuando han mediado posiciones empresariales fraudulentas (STS 8-9-2020, rc 225/14). La categoría del despido nulo en los casos de los art. 51 y 52 ET es más comprensiva que en los supuestos del despido ordinario, pues a los previstos –ex art. 55, 5 ET- se suman otros, y es la normativa del art. 22 RDL 8/2020 claramente integrativa de los supuestos de los despidos objetivos (a sus causas se refiere el mismo precepto).

Si tradicionalmente se ha indicado que los órganos judiciales no pueden suplantar la voluntad empresarial, ofertándole formulas de articulación de sus poderes de dirección y organización, en definitiva de realizar la actividad de producción (STS 26-4-13, rc 2396/12), la normativa que examinamos sí ha impuesto la vía de actuación a los titulares de los derechos laborales (el RDL 30/2020 va más lejos) y lo ha hecho por un cauce de derecho necesario, lo que en otros ámbitos se define como ius cogens.

QUINTO.- Hasta ahora hemos expresado los argumentos deducibles de la dinámica aplicativa del derecho social, pero no debemos dejar al margen los criterios que se desprenden de la teoría general del derecho. Si acudimos a ella la conclusión que obtendremos igualmente será la nulidad del despido.

En primer término, ya lo hemos enunciado, las normas a veces son reforzadas por el mismo legislador en orden a esclarecer cuál es la interpretación que se les debe realizar, y se dictan nuevas reglas para clarificar o remarcar lo previamente establecido, con el fin de disipar dudas y conducir inexorablemente la voluntad de los sujetos afectados por la eficacia normativa.

El art. 2 del RDL 9/2020 es uno de estos supuestos. Esta disposición ha pretendido reforzar la previsión de los arts. 22 y 23 RDL 8/2020, y postular sin duda alguna lo que se ha establecido: los contratos se suspenden, no se faculta para despedir por causas relacionadas con la pandemia. Tanto esfuerzo legislativo no casa con la posibilidad abierta al empresario de acudir o a un despido simulado, o a uno carente de causa, o a una vía de improcedencia que faculte al empresario con la opción que fija el art. 56 ET para obtener lo que expresamente se ha rechazado normativamente, que es la extinción contractual;

En segundo lugar, y ello es consecuencia de lo anterior, no es admisible una especie de defraudación de la norma por la vía de la legalidad paralela a la normativa establecida para una realidad concreta, como es la que se ha contemplado en los RRDDL 8 y 9/2020. Al constituirse una norma de derecho necesario la misma debe ser contemplada en su alcance e integridad, proscribiendo cualquier cauce indirecto de derogación (art. 6, 4 CC);

Y, tercero y nuevo efecto de lo dicho, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho –ex art. 6, 3 CC-. El despido es un negocio jurídico con una declaración de voluntad de extinción del contrato de trabajo que es recibida por el trabajador, y como tal negocio dentro del derecho determina, en general, la necesidad de acomodarse a la regulación del derecho laboral que lo fiscaliza. Por ello si se impugna el despido se examina la conformidad del acto jurídico empresarial con la previsión normativa.

Para el ET el despido irregularmente practicado por regla general es declarado improcedente, pudiendo el empleador indemnizar la extinción optando por el pago pertinente, y prescindir de la readmisión del trabajador por este cauce. Los supuestos de nulidad son los que se acomodan a la excepcionalidad de las normas imperativas –tutela de derechos indisponibles o fuera de la mercantilización-.

En nuestro caso nos encontramos con la aplicación de previsiones de derecho imperativo y de prohibición. Contravenir los presupuestos del marco de los arts. 22 y 23 RDL 8/2020 es una actuación contraria a la norma cogente –art. 9 RDL 9/2020. Ergo: nula, y la nulidad in radice implica la reposición a la situación precedente (quod nullum est, nullum producit effectum).

De todo lo referido el que vayamos a estimar el recurso, sin costas, y declaremos la nulidad del despido con los derechos inherentes a ello, básicamente los salarios de tramitación y la readmisión de la trabajadora.

Vistos: los artículos citados y los demás que son de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Se estima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Bilbao de 26-10-2020, procedimiento 526/20, y su auto de aclaración de 20-11-2020, por don Jagoba Luengas Galíndez, Abogado que actúa en nombre y representación de doña [REDACTED], y se revoca la sentencia en el sentido de declarar que el despido es nulo, con efectos del 20-4-2020, condenando a la empresa, [REDACTED], a estar y pasar por esa declaración, y a que readmita de forma obligatoria a la trabajadora en iguales circunstancias a las regían con anterioridad al despido, y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia a razón de [REDACTED] euros día, sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0200-21.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0200-21.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

VOTO PARTICULAR que formula la Ilma. Sra. magistrada doña Maite Alejandro Aranzamendi en el recurso número 200/2021, el que se apoya en el artículo 260 LOPJ y el siguiente FUNDAMENTO DE DERECHO, que paso a exponer:

ÚNICO.- Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aprobada por la Sala, y en concreto en orden a la calificación del despido de la trabajadora recurrente [REDACTED] [REDACTED] única cuestión que se discute en el recurso de la trabajadora pues el demandado no plantea suplicación, acatando [REDACTED] en consecuencia la declaración judicial de improcedencia del despido.

Mi discrepancia radica en que, a mi entender, la sala debería haber confirmado la calificación de improcedencia del despido declarada por la sentencia recurrida del juzgado de lo social número 7 de Bilbao pues no comparto el criterio mayoritario de esta sala en esta concreta cuestión.

Comparto que la regulación de las medidas complementarias adoptadas en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19 es excepcional pues se ha dictado a esos efectos para regular una situación excepcional. Pero se trata de una normativa parca que plantea muchos interrogantes. Me refiero en este caso a la disposición contenida en el artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 de 27 de marzo que en concreto y, en lo que interesa a este recurso, no aclara si su incumplimiento conlleva la declaración de improcedencia o nulidad de la extinción del contrato de trabajo acordada por el empleador en el ámbito de la pandemia y de dicho precepto, ya que 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”*. Comparto con la posición mayoritaria que el precepto 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 (es decir, los ERTES por fuerza mayor y causas ETOP en los términos del artículo 22 y 23 del Real decreto ley 8/2020). Pero más allá de ello, su interpretación está resultando polémica en la doctrina y la jurisprudencia menor, manejándose sólidos argumentos dogmáticos en favor de una u otra opción de las que se barajan en el recurso: nulidad o improcedencia.

En primer lugar diré que igual que la sentencia mayoritaria, parto de que la juzgadora de instancia asume que este despido está dentro del ámbito de aplicación objetivo del artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 y por ello declara su improcedencia. Partir de ese presupuesto implica asumir en este caso la relación entre la extinción del contrato de la actora y la situación generada por la pandemia. Según el relato fáctico la empresa comunicó a la actora el fin de la relación laboral con efectos de 20/04/2020 por no superación del periodo de prueba de seis meses pactado en su contrato suscrito el 01/12/2019, tras haber solicitado un ERTE por fuerza mayor en el

Departamento de trabajo del Gobierno vasco en la misma fecha incluyendo a la demandante. La empresa no ha planteado recurso de suplicación defendiendo la tesis de la inexistencia del despido. Por lo tanto, si nos estamos planteando como único debate la calificación de ese despido como nulo o improcedente es porque se asume que la decisión empresarial de extinción contractual ha incumplido el artículo 2 del Real decreto 9/2020, por lo que la discusión sobre el ámbito de aplicación de este precepto, que implica otro debate jurídico diferente, es una cuestión que queda fuera de este recurso de suplicación.

Siendo la calificación del despido ilegítimo el tema aquí discutido y a la espera de que el Tribunal Supremo unifique doctrina para terminar con la no deseable inseguridad jurídica actual, con todo el respeto hacia la opinión mayoritaria, discrepo de la misma y considero que los despidos que se realicen con desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 2 del RDL 9/2020 deben ser declarados improcedentes y no nulos, por las razones que expresa la sentencia del juzgado de lo social recurrida, y en la misma línea que ha resuelto el TSJ Andalucía Sevilla en su sentencia de 19/11/2020 recurso 1795/2019 o Madrid en su sentencia de 25/11/2020 recurso 590/2020, asumiendo también los argumentos expuestos de forma cuidada y exhaustiva en el escrito de impugnación. En resumen, porque entiendo que ni la normativa excepcional ni la ordinaria del ET amparan suficientemente la interpretación mayoritaria de la nulidad del despido.

La cuestión es importante no sólo por el debate que suscita desde el punto de vista técnico jurídico, sino también por sus consecuencias. La declaración de la nulidad del despido según nuestra legislación sustantiva y procesal conlleva el resarcimiento *in natura* -readmisión del trabajador despedido y abono de salarios de tramitación- mientras que la de la improcedencia conlleva en general el resarcimiento por el equivalente -abono de indemnización legal con extinción de la relación laboral-.

En este caso, es indiscutido que la extinción de la relación laboral de la actora es cuando menos improcedente, pues así se acata por la empresa demandada. Entiendo que la regulación de emergencia anti COVID no permite alcanzar solución diferente.

Desde el punto de vista literal, comparto con la sentencia recurrida su consideración de que el artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 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 de la extinción*”). Por lo tanto, entiendo que el debate se sitúa en la norma solo entre la improcedencia y la procedencia del despido (su legitimidad) en función si de si existe o no causa para el despido, no entre la nulidad y la improcedencia (lo que afecta más bien a las consecuencias del despido ilegítimo).

Si no se prevé por la norma excepcional una expresa prohibición de despedir, no es aplicable el artículo 6.3 del Código civil que sanciona con la nulidad de los actos contrarios a las normas prohibitivas.

Y sin que quepa acudir a la nulidad con las consecuencias que conlleva ya que la jurisprudencia consolidada califica de improcedente y no nulo el despido sin causa (por ejemplo, STS 27/01/2009 R 602/2008, 29/09/2014 R 3248/2013, 05/05/2015 R 2659/2014). Este criterio ha sido también el de esta sala adoptado en sentencias como la de 03/02/2015 R 15/2015, 18/10/2016 R 1869/2016.

Se utiliza por la recurrente el argumento del fraude de ley, pues el artículo 6.4 Código Civil 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. Comparto el planteamiento de la sentencia mayoritaria de que nos encontramos ante una normativa excepcional que trata de regular una coyuntura excepcional cuya finalidad es el mantenimiento del empleo, y que la empresa que no acude a los mecanismos de flexibilidad interna expresamente dispuestos y reforzados en la normativa excepcional, como son los ERTES, y despide a un trabajador en esta coyuntura, podría conseguir en este momento de crisis un fin contrario al ordenamiento jurídico, la estabilidad en el empleo, en determinados casos. Pero la sanción por esa posible conducta fraudulenta en tal sentido debería ser la improcedencia y no la nulidad de tal decisión, en coherencia con la doctrina jurisprudencial consolidada (STS 05/05/2015 R 2654/2014, 23/10/2018 R 2715/2016, etc) que limita la nulidad de los despidos a los supuestos más graves explícitamente recogidos en la norma (despidos discriminatorios o realizados con vulneración de derechos fundamentales, despidos de personas protegidas por su situación de embarazo, lactancia, nacimiento, etc).

En este sentido me parece muy importante resaltar que si el legislador excepcional hubiera querido disponer otro efecto, lo habría hecho, pues 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, no habiéndolo regulado. En concreto, la vigencia del artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 de 27 de marzo ha sido prorrogada sucesivamente, la última vez por el Real decreto ley 2/2021 de 26 de enero, cuando ya estaba vivamente planteado este debate en la doctrina y tribunales hacía meses, sin que se haya abordado este extremo, por lo que no puedo presumir que la voluntad de legislador de emergencia haya sido cambiar el criterio que se deduce de la legislación anterior, que continúa vigente.

Resalto también que la propia exposición de motivos del Real decreto ley 9/2020 salva la vigencia de las causas de despido del contrato de trabajo previstas en la normativa laboral, por lo que volvemos al ámbito de las causas, único en el que debe analizarse la limitación legal, ya que nada se dispone en relación a la calificación de las extinciones que tengan lugar con infracción de lo dispuesto en el artículo 2.

Por último, y en relación a la finalidad de la normativa excepcional, que comparto es claramente la del mantenimiento del empleo ante la situación creada por el Covid 19, apunto a una

interpretación de dicho concepto (el mantenimiento del empleo o la no destrucción del mismo) que tenga en cuenta el contexto y la realidad social del tiempo que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, en aplicación de los cánones hermenéuticos de interpretación de las normas jurídicas dispuestos por el artículo 3.1 Código Civil. Nos encontramos ante una crisis sanitaria y económica generalizada que empezó en marzo 2020, y en este contexto debemos plantearnos el significado del objetivo de la estabilidad en el empleo pretendido por la norma excepcional anti COVID. Dicha normativa nació (y así se deduce de la exposición de motivos del Real decreto ley 8/2020 y 9/2020) con una vocación de atender a una situación coyuntural de duración limitada, pero ya no puede calificarse así pues desde que comenzó a dictarse ha transcurrido ya casi un año existiendo una gran incertidumbre en todo el planeta sobre cuál será su duración. En estas circunstancias, entiendo que no va a resultar fácil encontrar despidos que no estén “relacionados” con la pandemia en los términos del artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 en relación con el artículo 23 del Real decreto ley/2020. Por lo que en todo caso habría que ser cautos en la interpretación de cuándo una decisión empresarial de poner fin a una relación laboral implica un fraude de ley, especialmente si a esa calificación le anudamos el deber de readmisión obligatoria como modo de rechazar la conducta empresarial fraudulenta. Entiendo que no puede generalizarse dicha conclusión a cualquier despido relacionado con la pandemia y habría que estar al caso concreto, sobre todo cuando pueda estar en peligro la supervivencia de la empresa y la estabilidad en el empleo de otros trabajadores, pues en definitiva hemos comenzado diciendo que no hay duda de que es la finalidad de evitar la destrucción estructural del empleo la que debe dominar la interpretación que regula los despidos en el ámbito excepcional de esta normativa anti COVID.

Por todo ello entiendo que la calificación de dicha extinción como despido improcedente y no nulo es la más ajustada a las circunstancias del caso, debiendo haberse confirmado la sentencia en este aspecto.

Y en este contexto, apunto a que sería deseable que el legislador se pronunciara cuanto antes expresamente aclarando esta polémica cuestión para terminar con la inseguridad jurídica que conlleva tanto para la parte social como para la empresarial, lo que puede contribuir a agravar aún más la ya delicada y complicadísima situación económica y del empleo en nuestro país derivada de la pandemia covid.

Así por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo . Sr. Magistrado Ponente que la suscribe junto con el Voto Particular de la Ilma. Sra. doña Maite Alejandro Aranzamendi en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar**, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0200-21.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0200-21.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.