

SUMARIO:

COVID-19. Suspensión de contrato por causas económicas. Extinción del contrato. Libertad de empresa. Trabajador incluido en ERTE del 1 de abril al 30 de junio de 2020. Alegación de la imposibilidad de despedir por ser las causas aducidas las mismas que las del ERTE. Si bien el artículo 2 del RDL 9/2020 dispone que la fuerza mayor y las causas ETOP en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 no se podrán entender justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni de despido, no es menos cierto que la misma norma, en su exposición de motivos, justifica las medidas adoptadas en la temporalidad y, por tanto, con una duración limitada, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo. Sin embargo, la ineficacia de las medidas de prevención y posteriormente de control de la crisis sanitaria y de la epidemia, que han forzado la adopción de nuevas medidas en materia de empleo así como prórrogas sucesivas de las adoptadas en marzo, supone también que decisiones empresariales tomadas con la información suministrada por el Gobierno y los poderes públicos al inicio de la crisis se revelen insuficientes o ineficaces para el mantenimiento y la supervivencia de la actividad empresarial meses después. La limitación contenida en la normativa española a la libertad de empresa, impuesta por los poderes públicos, contraría ese derecho reconocido tanto en la Constitución española como en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en tanto en cuanto establece una prohibición incondicionada a una tradicional medida de readaptación empresarial de amplio reconocimiento en todas las economías de la Unión Europea y no respeta la legalidad comunitaria. Procede, por tanto, la inaplicación de la normativa española y, en consecuencia, el despido debe ser calificado como procedente, convalidándose su extinción.

PRECEPTOS:

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 3.3.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), art. 16.

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 53.

RDL 8/2020 (Medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19), arts. 22 y 23.

RDL 9/2020 (Medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19), art. 2.

PONENTE:

Don Carlos Antonio Vegas Ronda.

SENTENCIA

Magistrado: Carlos Antonio Vegas Ronda

Barcelona, 15 de diciembre de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El día 29/07/2020 la parte demandante, D^a Sandra, presentó una demanda contra XY S.L., FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA) que dio lugar al presente procedimiento Despido objetivo individual 581/2020. En la demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho oportunos, solicitaba que se estimara la pretensión formulada y se condenara a la parte demandada.

Segundo.

La demanda fue admitida a trámite y las partes fueron convocadas a celebración de juicio, el cual tuvo lugar el día señalado, con la presencia de la partes comparecidas que constan registradas, quedando las actuaciones, después de la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, vistas para sentencia.

Tercero.

En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

HECHOS PROBADOS**Primero.**

La parte actora tiene las siguientes circunstancias personales y profesionales.

D^a Sandra, categoría de ADMINISTRATIVA, antigüedad de 24/07/2001 salario diario reconocido por la demandada de 51,91 € € (incluido el prorrateo de pagas extraordinarias) -hecho conforme-
Prestaba servicios para la empresa XY S.L., dedicada a la actividad de COMERCIO, (...) (hecho conforme).

Segundo.

La demandada comunicó a la parte actora en fecha 03/07/2020 (documento 1 demandada) y efectos de 03/07/2020 despido objetivo cuyo contenido se da por reproducido. Las causas alegadas son económicas y productivas y se resumen en:

ECONÓMICAS

Descenso de ventas de 2020 respecto a 2019 (de Agosto a Diciembre señalan que son estimados):

Enero: 1,51 %
Febrero: -4,56%
Marzo: -53,21 %
Abril: -86%
Mayo: -87%
Junio: -68%
Julio: -56%
Agosto: -56%
Septiembre: -4 7%
Octubre: -39%
Noviembre: -36%
Diciembre: -36%

Disminuciones de ventas:

4T 2018-4T 2019: -754.212 €
1T 2019-1T 2020: -2.482.159 €
2T 2019-2T 2020: -9.418.309 €

Morosidad de clientes a efectos del despido de 2.909.128, previsión a finales de 2020 de 2.000.000 €

PRODUCTIVAS

Impacto de la pandemia COVID 19. Suspensión de contratos por fuerza mayor. Reducción de la demanda por parte de los efectos de la pandemia en los clientes.

Se señala que la indemnización asciende a 18.948,15 € € (cuantía que se reconoce haber sido abonada).

Tercero.

Respecto a las causas alegadas (documentos que se señalan en los párrafos, documentos 11 y 12 demandada y testifical-pericial de la Sra. Sandra:

Comparativamente, la facturación entre 2018 y 2019 del 4T es de -754.211,37 €. Entre el 1T de 2019 y 2020 de -2.482.158,60. Del 2T de 2019 y 2020 de -9.418.309,04 €. En general ha ido disminuyendo comparando los diferentes periodos -trimestrales o mensuales- (documentos 6, 7 y 8 demandada, testifical-pericial Sra. Sandra.

En el primer semestre de 2019, los beneficios fueron de 784.461, 73 €? en el primer semestre de 2020, las pérdidas de 206.912,06 € (documento 10 demandada)

XY S.L. extinguió el contrato de distribución exclusiva de sus productos con la demandada en fecha 12/07/2019 (documento 9 demandada)

Cuarto.

La demandada aplicó una suspensión de contratos derivados de fuerza mayor (en adelante ERTE) afectando a la actora en el periodo 01/04/2020-30/06/2020 (hecho conforme, documentos 8 a 11 parte actora).

Quinto.

En el momento del despido la actora percibió (doc. 12 actora):

Salario base: 126,32 €
Prorrata extra beneficios: 10,53 €
Indemnización art. 20 convenio: 5.457,92 €
Indemnización despido: 18.948,15 €
Preaviso incumplido: 684,24 €
Vacaciones: 44,16 €
PPP Verano: 10,53 €
PPP Navidad: 642,13 €
La demandada reconoce adeudar:
Preaviso incumplido: 94,41 €
Indemnización adicional de convenio: 858,16 €

Sexto.

La evolución de empleados es de 66 en abril de 2020 a 61 en septiembre de 2020. En enero 2020,70 (documento 4 demandada)

Séptimo.

En fecha 28/07/2020 se presentó papeleta de conciliación administrativa, celebrándose el acto de conciliación el 21/10/2020, con asistencia del demandado (actuaciones)

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Los hechos probados se deducen de los elementos de convicción que se consigna en cada uno de los ordinales.

La parte actora reclama la declaración de nulidad y subsidiariamente la improcedencia del despido, más ciertas cantidades pendientes:

Nulidad:

1. Superación límites art. 51 ET

Improcedencia:

1. Ausencia de causas legales

2. Error inexcusable en la indemnización
3. Falta de criterios de razonabilidad
4. Imposibilidad por ser causas idénticas a las del ERTE por fuerza mayor

La demandada XY S.L., oponiéndose a las causas señaladas de la parte actora, alega la bondad del despido efectuado, y reconoce ciertas cantidades.

Segundo.

Respecto a la causa de nulidad de superar los límites del art. 51 ET, la evolución del empleo desde enero de 2020, y hasta septiembre de 2020, no demuestran la existencia de la superación de los límites que de acuerdo al art. 51.1 ET y teniendo en cuenta el tamaño de la empresa debería ser de 10; umbral que no se ha superado, sin que la parte actora haya aportado más allá de rumores.

En cuanto al hecho de que exista un error en la indemnización, hay que señalar que ya en el plenario la parte actora señaló que no había una diferencia respecto a la cuantía, sino que la discrepancia venía por el periodo de cálculo que no se tuvo en cuenta su prestación cedida por ETT. Sin embargo aparte que a los efectos formales es intrascendente, la asunción por la demandada de la antigüedad (de dos meses más), elimina cualquier efecto, incluso en una eventual declaración de improcedencia.

Tercero.

Respecto a la oposición, la parte demandada, en la lógica de este procedimiento, tiene la obligación de acreditar sus manifestaciones vertidas en la carta de despido. La causa económica no se agota en el listado del 51.1 del TRLET (por remisión del art. 52 c) del TRLET), ya que de otra manera no se puede interpretar la mención "en casos tales como"; pero en cualquier caso hay que señalar que el art. 51 ET (al que se remite el art. 52.c ET) dispone "Después de todas estas vicisitudes, las causas económicas a las que pretende acogerse en el caso () se definen en el vigente artículo 51.1 párrafo 2º ET en los siguientes términos: "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas.

En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior".

Al respecto de las causas organizativas, técnicas o productivas señala el precepto que "Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado."

La STS de 20/09/2013 (recurso 11/2013) estableció, "A lo anterior ha de añadirse que el legislador de 2012 ha querido además, y así lo ha hecho constar en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 (apartado V), que los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas económicas alegadas existen, que tienen seriedad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente. En definitiva, en contra de lo que han alegado en el caso las partes demandantes, no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados."

No obstante, dicha resolución fue anulada por el propio TS (y la que la substituyó no valoró esta cuestión) y en cuanto a cuál debe ser el ámbito de conocimiento del Juez Social respecto a los despidos por causas empresariales la STS de 17/07/2014 (recurso 4131/2014), en un amplio fundamento jurídico estableció que no solo se debe efectuar un control de la causalidad sino también de la razonabilidad: " Los preceptos anteriormente citados -de orden constitucional, internacional y común- son insuperable obstáculo para limitar el control judicial a la exclusiva apreciación de la concurrencia de la causa como simple dato fáctico justificativo de la medida extintiva [o modificativa, en su caso], prescindiendo de la entidad -cualquiera que ésta fuese- de la reacción adoptada por el empresario para corregir la crisis padecida, sino que muy contrariamente imponen un juicio de «razonabilidad» acomodada a los referidos mandatos -constitucionales, internacionales y comunes-. Que es lo que en definitiva ya ha admitido el propio Gobierno de España cuando al contestar a interpelación de la OIT -en justificación de la reforma

legal llevada a cabo por la Ley 3/2012- manifiesta que las diversas causas legales «deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir»; manifestación gubernamental que constituye un argumento más para entender con prudencial relativización los términos un tanto drásticos con que formalmente se manifiesta la EM de la citada Ley 3/2012, y que a la par supone -nos parece incuestionable- un claro apoyo para la hermenéutica del art. 51.1ET que anteriormente hemos justificado y acto continuo desarrollaremos, en forma -entendemos- plenamente ajustada a nuestro sistema jurídico constitucional y ordinario. El citado juicio de «razonabilidad» tendría una triple proyección y sucesivo escalonamiento: 1).- Sobre la «existencia» de la causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial [modificativa o extintiva]. 2).-

Sobre la «adecuación» de la medida adoptada, aunque en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines -legales- que se pretenden conseguir, bien de corregir o hacer frente -en mayor o menor grado- a la referida causa. Y 3).- Sobre la «racionalidad» propiamente dicha de la medida, entendiéndose que este tercer peldaño de enjuiciamiento hace referencia a que han de excluirse por contrarias a Derecho las medidas empresariales carentes de elemental proporcionalidad. Juicio este último -de proporcionalidad- que ha de ser entendido en el sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, en todo caso han de excluirse -como carentes de «razonabilidad» y por ello ilícitas- aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (así,

SSTS 27/01/14 -rco 100/13-, FJ 4 ; y SG 26/03/14 -rco 158/13 – FJ 10), porque en tales supuestos la decisión adoptada por la empresa sería contraria al ejercicio del derecho con la exigible buena fe e incurriría en la prohibida conducta contraria a aquélla o en los también excluidos abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo."

Al respecto de cuestiones formales, el TS en su sentencia de 12/05/2015 -recurso 1731/2014-, establece una serie de requisitos formales (que si bien se efectuaron para despidos colectivos es común a otros tipos de despidos) que serían los siguientes:

a. Única y exclusivamente los hechos contenidos en la comunicación escrita podrán ser objeto de prueba en el correspondiente juicio, cuya carga de la prueba incumbe, como regla, al empresario, al que, además, no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido.

b. Debe existir interrelación entre los hechos/causas relatados en la carta y, en su caso, con los hechos que resulten como probados en la sentencia, sin que sea dable para justificar la extinción adicionar como acreditados datos fácticos trascendentes ajenos o complementarios a los hechos/causas relatados en la carta de despido y documentos acompañatorios, en su caso.

c. La justificación o injustificación del despido solo podrá decretarse, cuando cumplidos los requisitos formales se acredite o no, con reflejo concreto en los hechos probados, la concurrencia de la causa legal indicada específicamente en la comunicación escrita.

d. La comunicación escrita, para su validez formal debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de las causas que se invocan como justificativas, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y que esta finalidad no se cumple cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones o afirmaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador.

En cuanto a la ausencia de causa y/o proporcionalidad de la medida, descartando que pueda tener influencia alguna el hecho aceptado por la demandada de que funciones de la actora han sido asumida por otro trabajador (y se podría añadir que por otros muchos pues la base del despido es que las funciones que le quedaban a actora se han repartido en otros trabajadores), ya que la norma lo que permite es la amortización de puestos de trabajo pero no obliga a la amortización de funciones (y ahí la actora que habla en los mismos términos no ha acreditado que se haya producido una nueva contratación en sustitución de la suya sino que las contrataciones son de otras funciones), habrá que determinar si se ha acreditado la causa y su proporcionalidad.

Podría no discutirse que el presupuesto legal para la causa organizativa existe (cambio en el sistema de trabajo). Sin embargo sí que se discute (desde la óptica de la lectura de la demanda), la existencia de causa económica, productiva y falta de proporcionalidad de la medida. Y es que no solo es necesario que se constate la causa, sino que además es necesario que se valore la proporcionalidad de acuerdo a la jurisprudencia señalada en el sentido de "aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (así, SSTS 27/01/14 -rco 100/13-, FJ 4 ; y SG 26/03/14 -rco 158/13 - FJ 10), porque en tales supuestos la decisión adoptada por la empresa sería contraria al ejercicio del derecho con la exigible buena fe e incurriría en la prohibida conducta contraria a aquélla o en los también excluidos abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo."

Igualmente la STS de 18/09/2018 (recurso 3451/2016) señala:

"A) El problema que suscita la parte recurrente nos exige recordar nuestra doctrina sobre el alcance del control judicial de los despidos de carácter económico o análogo.

Pese a las rotundas afirmaciones de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley (y de la posterior Ley 3/2012), no puede dudarse de la persistencia de un ámbito de control judicial más allá del de la búsqueda de la concurrencia de la causa como hecho, y ello, «no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales [el derecho al trabajo; principio general de la limitación legal del despido? interpretación acorde a la Constitución] y compromisos internacionales que están en juego [arts. 4 y 9 Convenio 158 OIT], sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos [exigencia de buena fe e interdicción del abuso del derecho o su ejercicio antisocial], que en su conjunto nos obliga a excluir como admisible interpretación que el Preámbulo de la Ley 3/2012 consagra una facultad empresarial. la de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que se declara exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que puede ser ejercido extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial; tal interpretación no solamente sería rechazable por contraria a los valores constitucionales citados y a alguno más, sino que resulta inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho [art. 1 CE], resultando más acomodado a la Constitución entender -porque la literalidad del texto lo permite- que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los «juicios de oportunidad» que censura y que -por supuesto- sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido ... en forma ajustada a los principios generales del Derecho» (STS/4ª/Pleno de 17 julio 2014 -rec. 32/14 - y 20 octubre 2015 -rec. 172/2014 -).

B) También hemos precisado que, si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa "idoneidad" de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su "oportunidad" en términos de gestión empresarial (STS/4ª de 27 enero 2014 -rec. 100/2013 - y STS/4ª/Pleno de 15 abril 2014 -rec. 136/2013 -, 23 septiembre 2014 -rec. 231/2013 -, 20 abril 2016 -rec. 105/2015 - y 20 julio 2016 -rec. 303/2014 -, así como la STS/4ª de 12 mayo 2016 -rcud. 3222/2014 -), sí de excluirse en todo caso, como carentes de "razonabilidad" y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (STS/4ª/Pleno de 26 marzo 2014 -rec. 158/2013 -).

C) En STS 24 noviembre 2015 (rec. 1681/2014, Pleno; King Regal, SA) o 422/2016 de 12 mayo (rec. 3222/2014; Eurest Colectividades, S.L .) y 1016/2016 de 30 noviembre (rec. 868/2015 ; Hearst Magazines, SL) añadimos lo siguiente:

Queda normativamente reconocida la discrecionalidad -que no arbitrariedad- del empresario en la gestión de las medidas frente a la situación de crisis. Ahora bien, eso no significa que el poder del empresario sea absoluto e ilimitado. Una cosa es que se le permita, de manera amplia, gestionar las crisis, adoptando al efecto las decisiones que estime más oportunas y adecuadas para sus necesidades, decidiendo qué tipo de intervención realiza y con qué alcance; y, otra bien distinta, es que ello le confiera un poder absoluto de intervención en las condiciones de los trabajadores y en la propia subsistencia de los vínculos contractuales. Con carácter general, hemos señalado ya que no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, es necesario, además, un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial.

Habrà que atender al sometimiento de la decisión a criterios de proporcionalidad, esto es, la decisión empresarial debe ser adecuada a las circunstancias causales concurrentes poniendo el acento en la realidad de la causa y en sus efectos sobre los contratos de trabajo; limitándose el ulterior control judicial a la valoración de la adecuación del volumen de empleo a la situación resultante de la causa acreditada, de suerte que la causa económica, técnica, organizativa o productiva actúe sobre la plantilla creando la necesidad de reducir puestos de trabajo.

D) Las SSTS 30 junio 2015 (rec. 2769/2014) y STS 361/2016 de 3 mayo (rec. 3040/2014) recopilan abundante doctrina y concluye que: la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores."

También señala dicha resolución:

"2. Consideraciones finales.

A) Consideramos que el control puesto en juego por la sentencia recurrida es el adecuado y exigido por nuestra Constitución, al tiempo que presupuesto por las propias normas cuya vulneración alega la recurrente.

Caería por su base toda la arquitectura del despido (colectivo u objetivo) si la causalidad requerida pudiera concurrir a partir de actos unilateralmente acordados por la empleadora. La reducción de la capacidad productora a partir de la venta de una parte de la infraestructura productiva serviría, de aceptarse la doctrina contraria, no solo

para eludir las normas sobre despido sino también para evitar eventuales subrogaciones laborales, al desagregar los elementos humanos y los materiales.

B) Por descontado, seguimos sosteniendo que la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva.

Pero en el presente caso la carta de despido, transcrita en los antecedentes y resumida en el Fundamento Primero, omite cualquier referencia a problemas económicos o a disminución de la actividad."

En el presente caso la demandada ha acreditado varios elementos que justifican el despido. La bajada de facturación en el año 2019 respecto al 2018, y sobre todo de 2019-2020 sigue en regresión. Igualmente el hecho de que en el 3T de 2019 se perdiera un importante cliente (que sin duda repercute en la facturación), sin que el reconocimiento de que hubieran captado a otros clientes tuviera una repercusión en la facturación tal y como se observan de los fríos números. Todas estas circunstancias alejan cualquier viso de desproporción en la medida empresarial que aparece totalmente justificada. En cuanto a las medidas productivas, son de obviedad en el entorno notorio de la pandemia, los efectos en los clientes, proveedores (y de los diferentes "stake holders"), que supone una inevitable adaptación a las circunstancias.

Falta una última cuestión y es la existencia de la prohibición de despedir por las mismas causas que establecía la suspensión de contratos por fuerza mayor. En este sentido el art. 2 del ROL 9/2020 que señala:

"Artículo 2. Medidas extraordinarias para la protección del empleo.

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."

La parte demandada señala que dichas limitaciones no serían de aplicación al no haberse efectuado las bonificaciones previstas en el art. 24 del ROL 8/2020. No obstante dichos compromisos aparecen vinculados al art. 22 del RDL 8/2020 y no al precepto en cuestión (con las excepciones y eventual riesgo -como concepto jurídico indeterminado- de situación concursal).

No obstante, si bien el artículo 2 del 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 dispone -tal y como se ha señalado- 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", no es menos cierto que la misma norma, en su exposición de motivos, justifica las medidas adoptadas en la temporalidad "estamos ante un momento de enfriamiento de la actividad productiva acotado por la situación excepcional por la que atravesamos, con motivo de la crisis del COVID-19 y, por tanto, que esta situación va a tener una duración limitada y sujeta a un periodo de tiempo concreto" y en la protección tanto del empleo como de la empresa y su supervivencia "[...] con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo." La ineficacia de las medidas de prevención y posteriormente de control de la crisis sanitaria y de la epidemia, que han forzado la adopción de nuevas medidas en materia de empleo así como prórrogas sucesivas de las adoptadas en marzo, supone también que decisiones empresariales tomadas con la información suministrada por el Gobierno y los poderes públicos al inicio de la crisis se revelen insuficientes o ineficaces para el mantenimiento y la supervivencia de la actividad empresarial meses después. De ahí la diferencia, con otras situaciones planteadas en otros contextos históricos como los establecidos en las STS 12/03/2014 -recurso 673/2013- y 17/07/2014 -recurso 32/2014-, donde se partía de la existencia de productos de la negociación colectiva y no de situaciones sobrevenidas, de fuerza mayor propia donde el mayor o menor acierto de la decisión empresarial deviene intrascendente, pues no hay en juego la buena fe negocia!, la confianza legítima y el principio "pacta sunt servanda".

El artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, al disponer que la Unión establecerá un mercado interior, dispone que "obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social [...]" Una economía de mercado competitiva requiere así mismo tanto la protección del derecho a la prestación de trabajo como la protección del derecho a la libertad de empresa, derecho fundamental este último que tiene reconocimiento expreso como tal en el artículo 38 de la Constitución Española y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales cuyo artículo 16 reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. Protege en consecuencia el marco normativo europeo tanto el derecho a emprender una actividad empresarial como el derecho a desarrollar la misma. Ciertamente el desarrollo de la actividad económica de los particulares no es enteramente libre, sino que está regulada por los poderes

públicos y, por tanto, sujeta a diversos trámites, requisitos, reglas y/o prohibiciones, de forma que se ve limitada. Sin embargo, la limitación impuesta por los poderes públicos no puede ser de tal índole que vacíe de contenido el derecho e impida la propia actividad. La normativa española, en tanto en cuanto establece una prohibición incondicionada a una tradicional medida de readaptación empresarial de amplio reconocimiento en todas las economías de la Unión Europea, y que todas las legislaciones someten a varios requisitos formales, materiales y de compensación -en cuanto no es una causa imputable al trabajador- no respeta esa legalidad comunitaria, de establecer un marco común de desarrollo social y económico, por lo que generando derechos subjetivos en los justiciables merecen la protección y tutela de los órganos jurisdiccionales como tribunales de la Unión. Ciertamente se podría plantear la necesidad de instar una cuestión prejudicial en el ámbito del TJUE (art. 267 del TFUE), en el sentido señalado por la STC 37/2019 (y jurisprudencia constitucional que señala), pero como sea que esta resolución es susceptible de recurso (por lo que el planteamiento deviene una posibilidad pero no una obligación), y que en cualquier caso no se encontraría el juzgador ante dudas interpretativas, sino el pleno convencimiento (atendidas las notorias circunstancias actuales) de que la normativa interna no respeta dicho precepto del TUE (art. 3.3) y de consuno de la CEDF (art. 16), procede su inaplicación (STJCEE 15/07/1964 Costa-Enel) en tanto en cuanto es merecedora de tutela el derecho de la demanda reconocido en los preceptos del TFUE y CEDF señalados.

Cuarto.

En consecuencia el despido debe ser calificado de acuerdo a lo establecido en el art. 53 del TRLET y art. 123 de la LRJS, como procedente, convalidando la extinción y declarado procedente con los efectos legales que están previstos.

Quinto.

Respecto a las cantidades reclamadas, se estará a las reconocidas por la demandada, señalando al efecto, que se comparte el criterio de aquella que durante la suspensión del contrato por causa de fuerza mayor, no se devengan vacaciones, por interpretación del art. 38 ET, al no producirse una prestación de servicios, que genere ese derecho de descanso anual.

Las cantidades de condena, en cuanto se consideran conceptos extrasalariales, generarán el interés legal del dinero desde la solicitud de conciliación administrativa, hasta la fecha de la presente resolución (art. 1108 Código Civil)

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

FALLO

Que desestimando la demanda de despido interpuesta por D^a Sandra debo declarar y declaro procedente el despido con fecha de efectos 03/07/2020, absolviendo a la empresa XY S.L. de todos los pedimentos de la demanda.

Que estimando parcialmente la demanda de cantidad interpuesta por XY S.L. a las siguientes cantidades, más el interés legal anual del dinero desde el 28/07/2020 hasta la fecha de la presente resolución:

Preaviso incumplido: 94,41 €

Indemnización adicional de convenio: 858,16 €

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.