

SUMARIO:

COVID-19. Despido por causas objetivas. Medidas temporales de suspensión de contrato o reducción de jornada (ERTE). Nulidad o improcedencia. *Despido por causas productivas ante la situación provocada por la pandemia derivada de la COVID-19 y en base a nuevas restricciones aplicadas en el Principado de Asturias. Ausencia de puesta a disposición de la indemnización por despido.* De las disposiciones aplicables, que imponían el compromiso de mantenimiento del empleo durante el plazo de seis meses (DA sexta del RDL 8/2020) y la exclusión como justificativas de la extinción del contrato o del despido de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP) y por fuerza mayor (art. 2 del RDL 9/2020), no resulta una prohibición de despedir ni tampoco la sanción de nulidad para el caso de extinción del contrato o el despido de las personas afectadas por las suspensiones de contrato o reducciones de jornada de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020. No contempla el citado artículo 2 del RDL 9/2020 una verdadera prohibición de despedir, sino más bien una limitación en relación con las causas que pueden justificar la procedencia de un despido. Por lo tanto, si no se prevé por la norma una expresa prohibición de despedir, no puede resultar aplicable el artículo 6.3 del Código civil, que sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas. Pese a que tal precepto impide la consideración como causas justificativas del despido aquellas en las que se ampararon las medidas temporales de suspensión de contratos o reducción de jornada, tal previsión no determina la calificación del despido como nulo sino, en su caso, como improcedente. Nuestro ordenamiento jurídico y nuestra jurisprudencia no consagran la categoría del despido nulo por falta de causa, sino que la calificación que se impone es la de la improcedencia del despido. Para que proceda la declaración de nulidad no resulta suficiente, por tanto, con la inexistencia de causa justificada que ampare el despido, sino que es necesario un plus, la concurrencia de alguno de los supuestos para los cuales el legislador ha previsto expresamente tal declaración de nulidad, como son los reflejados en el artículo 55.5 del TRET. En definitiva, en el supuesto litigioso no se está ante un despido prohibido sino injustificado, y con ello, el mismo no puede ser calificado como nulo, sino como improcedente. **Voto particular.** Se sostiene la nulidad del despido. Esta consecuencia no siempre depende de que la actuación empresarial se produzca con violación de derechos fundamentales. La salvaguarda del empleo y la observancia del compromiso adquirido por la empresa no se pueden conseguir eficazmente si su incumplimiento puede resolverse con el pago de una indemnización al trabajador. En el caso, además, su cuantía (1.490,94€) no tiene claramente eficacia disuasoria.

PRECEPTOS:

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

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

RDLeg 2/2015 (TRET), art. 55.5.

Código Civil, art. 6.3.

Ley 36/2011 (LRJS), arts. 108 y 122.

PONENTE:

Doña Laura García-Monge Pizarro.

En OVIEDO, a dos de noviembre de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos. Sres. D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Presidente, D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, D^a. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ, D^a. MARÍA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D^a CATALINA ORDOÑEZ DÍAZ, D^a MARÍA VIDAU ARGÜELLES, D^a MARÍA CRISTINA GARCÍA FERNÁNDEZ, D^a MARÍA DE LA ALMUDENA VEIGA VÁZQUEZ y D^a LAURA GARCÍA-MONGE PIZARRO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚM. 1873/2021, formalizado por el Graduado Social D. José Manuel Mesa Durán, en nombre y representación de D. Agapito, contra la sentencia número 229/2021 dictada por el JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OVIEDO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 78/2021, seguido a instancia del citado recurrente frente a la empresa KINANJU INVESTMENTS S.L., representada por el Letrado D. Manuel Álvarez Avello y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, representado por el Abogado del Estado, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. LAURA GARCIA-MONGE PIZARRO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

D. Agapito presentó demanda contra la empresa KINANJU INVESTMENTS S.L. y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual dictó la sentencia número 229/2021, de fecha doce de mayo de dos mil veintiuno.

Segundo.

En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º.- Don Agapito, cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda, prestó servicios para la entidad KINANJU INVESTMENTS SL, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo completo con una antigüedad de 2 de enero de 2020, ostentando la categoría profesional de Camarero, percibiendo un salario por todos los conceptos, incluido el prorrateo de pagas extras, que asciende a 45,18 euros día. Rigiéndose la relación laboral por el Convenio Colectivo de Hostelería del Principado de Asturias.

2º.- El actor estuvo en situación de ERTE por fuerza mayor, reducción de jornada con fecha de inicio suspensión l 12-6-2020, reducción de jornada 80%; nuevamente desde el 23 de junio de 2020 (tipo medida suspensión), y desde el 31 de julio de 2020 (tipo de medida reducción jornada).

3º.- La empresa remitió al actor carta de fecha 30 de noviembre de 2020 con el siguiente sentido literal:

"Muy señor nuestro:

Por la presente, la dirección de la empresa le comunica la extinción de la relación laboral que nos vincula, con efectos del día 16/ 12/2020.

La causa que motiva la extinción de su contrato es Despido por causas productivas debido a la nueva situación coyuntural provocada por la pandemia Covid-19 y en base a las nuevas restricciones aplicadas en el Principado de Asturias.

En consecuencia, en virtud de la presente, a partir del día 16/12/ 12020, quedará rescindido y sin efecto su contrato de trabajo, causando baja en esta empresa cumpliendo esta notificación con la obligatoriedad de pre aviso por cese según el Art. 12 del Convenio Colectivo de Hostelería y similares del Principado de Asturias.

Al mismo tiempo, y tal y como dispone el artículo 49.2 del E. T, esta empresa pondrá a su disposición, a partir de la fecha de finalización del contrato, su liquidación correspondiente por saldo y finiquito, detallándose por conceptos, periodos, cantidades y demás emolumentos devengados por usted hasta la fecha de finalización de dicho contrato, comunicándole a su vez que en dicha liquidación estará incluida la indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar 20 días por todo y finiquito de la relación laboral que nos venía uniendo, quedando saldada cualquier deuda salarial con esta empresa.

Pone esta empresa, asimismo, en su conocimiento que, de acuerdo con el artículo 49.2 del E. T, tiene usted el derecho a firmar el documento de liquidación, saldo y finiquito recíproco con la presencia y asistencia de un

representante de los trabajadores, entendiéndose esta empresa que, si efectúa usted tal firma sin reclamar tales presencia o asistencia, renuncia a ella expresamente."

La empresa no abono al actor la indemnización por despido.

4º.- En la cuenta de pérdidas y ganancias de la empresa a fecha 10.5.21 figura un Saldo deudor de 102.532,30 euros. En el Balance De situación operativo a fecha 10 de mayo de 21 figura un TOTAL PATRIMONIO NETO Y PASIVO DE 73601,15 euros.

5º.- El actor interpuso papeleta de conciliación por despido ante la UMAC, el día 13 de enero de 2021, celebrándose el acto el 1 de febrero de 2021, con el resultado de Intentado sin efecto.

6º.- El actor no ostenta ni ha ostentado la cualidad de representante de los trabajadores.

Tercero.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Estimando parcialmente la demanda de Despido formulada por DON Agapito frente a KINANJU INVESTEMENTS SL y contra el FOGASA, debo declarar y declaro improcedente el despido de que ha sido objeto la actora, condenando a la empresa demandada KINANJU INVESTEMENTS SL a que a opción de la misma, que deberán efectuar, ante este Juzgado, dentro de los CINCO DIAS hábiles siguientes la notificación de la sentencia, readmitan al actor en el mismo puesto que venía desempeñando hasta la fecha del despido con las mismas condiciones o le satisfaga una indemnización cifrada en 1.510,74 euros, condenando a la empresa, en caso de que se opte por la readmisión, a abonar al trabajador los salarios de tramitación, conforme prevé el art 56.2 del ET, a razón de 45,78 euros día.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

EL FOGASA estará a la responsabilidad legalmente establecida para el mismo.

Cuarto.

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la representación de Agapito formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la representación de la empresa codemandada.

Quinto.

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 21 de julio de 2021.

Sexto.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 20 de octubre de 2021 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Frente a la sentencia de fecha 12 de mayo de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Oviedo, que estimando la pretensión subsidiaria de la demanda interpuesta por don Agapito frente a la empresa Kinanju Investments, S.L., declara improcedente el despido del demandante, condenando a la empresa demandada a optar entre su readmisión o el abono de la indemnización legamente establecida, recurre el citado demandante en suplicación, alegando, conforme al artículo 193.c) de la LRJS, la infracción del artículo 2 del Real Decreto Ley 9/2020, tácitamente sustituido por el mismo precepto de la Ley 3/2021, de 12 de abril por la que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos del covid-19, en relación con los artículos 22 y 23 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo.

Alega el recurrente que la consecuencia de haber vinculado el despido de don Agapito exclusivamente a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de la pandemia por covid-19, tras haberse sujetado la empresa a un ERTE también fundamentado en dichas circunstancias, debe ser la declaración de nulidad, y no de improcedencia de tal despido.

Indica que el artículo 2 del Real Decreto Ley 9/2020, cuando dispone que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en 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, no se podrán entender

justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido; establece una prohibición de despedir cuya infracción debe conllevar la calificación como nula de la extinción contractual que se fundamente en las causas citadas.

No podemos compartir tal argumentación, ni consideramos justificada la declaración de nulidad del despido fundamentado en fuerza mayor o en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de la situación sanitaria causada por el covid-19 que hubiesen dado lugar a medidas temporales de suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada.

El mencionado 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, sobre Medidas extraordinarias para la protección del empleo, cuya infracción denuncia expresamente el recurrente, dispone literalmente: "La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido".

Por su parte, la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del covid-19 disponía en su texto original, en relación a la salvaguarda del empleo, que: "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".

Tras la modificación publicada el 13 de mayo de 2020 y operada por la disposición final 1.3 del Real Decreto-ley 18/2020, de 12 de mayo dicha disposición establece lo siguiente:

"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.

No se considerará incumplido dicho compromiso cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la persona trabajadora, ni por el fin del llamamiento de las personas con contrato fijo-discontinuo, cuando este no suponga un despido sino una interrupción del mismo. En particular, en el caso de contratos temporales el compromiso de mantenimiento del empleo no se entenderá incumplido cuando el contrato se extinga por expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio que constituye su objeto o cuando no pueda realizarse de forma inmediata la actividad objeto de contratación.

3. Este compromiso del mantenimiento del empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo.

4. No resultará de aplicación el compromiso de mantenimiento del empleo en aquellas empresas en las que concurra un riesgo de concurso de acreedores en los términos del artículo 5.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

5. Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar".

Del contenido de tales disposiciones resulta que ninguna de ellas establece, como defiende el recurrente, una prohibición de despedir, ni tampoco prevé la sanción de nulidad para el caso de extinción del contrato o del despido de las personas afectadas por las suspensiones de contrato o reducciones de jornada de los artículos 22 y 23 del Real Decreto Ley 8/2020, cuando hay un incumplimiento de la empresa del compromiso de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad.

No contempla, como decimos, el citado artículo 2 del Real Decreto Ley 9/2020 una verdadera prohibición de despedir, sino más bien una limitación en relación a las causas que pueden justificar la procedencia de un despido. Por lo tanto, si no se prevé por la norma una expresa prohibición de despedir, no puede resultar aplicable el artículo 6.3 del Código civil que sanciona con la nulidad de los actos contrarios a las normas prohibitivas.

Pese a que tal precepto impide la consideración como causas justificativas del despido aquellas en las que se ampararon las medidas temporales de suspensión de contratos o reducción de jornada, tal previsión no determina la calificación del despido como nulo sino, en su caso, como improcedente.

Nuestro ordenamiento jurídico no consagra la categoría del despido nulo por falta de causa, sino que la calificación que se impone es la de la improcedencia del despido (arts. 55 del Estatuto de los Trabajadores y 108 y 122 de la LRJS), y la jurisprudencia también califica de improcedente y no nulo el despido sin causa (Sentencias del Tribunal Supremo de 27/01/2009 -rec. 602/2008-; 29/09/2014 -rec. 3248/2013-; y 05/05/2015 -rec.2659/2014-, entre otras). Conforme a la doctrina sentada en las resoluciones citadas, cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido, la calificación aplicable es la de la improcedencia del despido y no la de nulidad del mismo.

Para que proceda la declaración de nulidad no resulta suficiente, por tanto, con la inexistencia de causa justificada que ampare el despido, sino que es necesario un plus, la concurrencia de alguno de los supuestos para los cuales el legislador ha previsto expresamente tal declaración de nulidad, como son los reflejados en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Al respecto, podemos indicar que, si el legislador hubiera querido declarar la nulidad de las extinciones de los contratos por causas derivadas del covid-19, lo habría hecho, pues ya 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 Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, y sin embargo no ha regulado esa consecuencia jurídica estableciendo que el incumplimiento conlleva la nulidad.

En definitiva, en el supuesto litigioso no se está ante un despido prohibido sino injustificado, y con ello, el mismo no puede ser calificado como nulo, sino como improcedente, lo que conlleva la desestimación del recurso de suplicación interpuesto y la consiguiente confirmación de la sentencia impugnada.

Segundo.

Siendo el recurrente beneficiario del derecho a asistencia jurídica gratuita, no procede hacer expresa imposición de costas.

VISTOS los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso interpuesto por don Agapito frente a la Sentencia dictada en fecha 12 de mayo de 2021 por el Juzgado de lo Social número 4 de Oviedo, en los autos seguidos a instancia del citado recurrente frente a la empresa Kinanju Investments, S.L, y al Fondo de Garantía Salarial, y confirmamos la resolución recurrida. No se hace expresa imposición de costas.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, en los términos del Art. 221 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social y con los apercibimientos en él contenidos.

Depósito para recurrir

En cumplimiento del Art. 229 de la LRJS, con el escrito del recurso debe justificarse el ingreso de depósito para recurrir (600 €), estando exento el recurrente que: fuere trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social; el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos, las entidades de derecho público reguladas por su normativa específica y los órganos constitucionales, así como los sindicatos y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Dicho depósito debe efectuarse en la cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala de lo Social del TSJA tiene abierta en el Banco Santander, oficina de la calle Uria 1 de Oviedo. El nº de cuenta se conforma como sigue: 3366 0000 66, seguido del nº de rollo (poniendo ceros a su izquierda hasta completar 4 dígitos), y las dos últimas cifras del año del rollo. Se debe indicar en el campo concepto: "37 Social Casación Ley 36-2011".

Si el ingreso se realiza mediante transferencia, el código IBAN del Banco es: ES55 0049 3569 9200 0500 1274, siendo imprescindible indicar también la cuenta del recurso como quedó dicho.

De efectuarse diversos pagos o ingresos en la misma cuenta se deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos. Sres. D. JESÚS MARÍA MARTÍN MORILLO, Presidente, D. FRANCISCO JOSÉ DE PRADO FERNÁNDEZ, D^a. MARÍA PAZ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, D^a MARÍA VIDAU ARGÜELLES, D^a MARÍA CRISTINA GARCÍA FERNÁNDEZ, y D^a LAURA GARCÍA-MONGE PIZARRO.

VOTO PARTICULAR a la sentencia de esta Sala de lo Social en el recurso de suplicación 1873/2021, que formula el ILMO. SR. MAGISTRADO D. JORGE GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, al que se adhieren las ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS D^{ÑA}. CARMEN HILDA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, D^{ÑA}. CATALINA ORDOÑEZ DÍAZ y D^{ÑA}. MARÍA DE LA ALMUDENA VEIGA VÁZQUEZ.

En uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, se formula voto particular para sostener la posición sostenida en la deliberación sobre la calificación jurídica del despido objetivo impuesto al actor. La sentencia de esta Sala confirma la de instancia, que declaró la improcedencia del despido y en este voto particular se sostiene que la nulidad del despido es el pronunciamiento ajustado.

Los antecedentes del caso y los argumentos del voto particular son:

El actor, con la categoría profesional de camarero, prestó servicios desde el 2 de enero de 2020 en la empresa demandada mediante relación laboral por tiempo indefinido. El 16 de diciembre de 2020 la empresa extinguió el contrato de trabajo por, según comunicó al trabajador, Despido por causas productivas debido a la nueva situación coyuntural provocada por la pandemia Covid-19 y en base a las nuevas restricciones aplicadas en el Principado de Asturias. El trabajador estuvo sujeto a un ERTE por fuerza mayor, de reducción de jornada, desde el 31 de julio, situación a la que le precedieron, igualmente por fuerza mayor, la reducción de jornada, a partir del 12 de junio de 2020 y la suspensión del contrato desde el 23 de junio de 2020.

El Juzgado de lo Social núm. 4 de Oviedo declaró la improcedencia del despido. El fundamento de esta calificación es doble: es la consecuencia prevista en los supuestos de impago simultáneo de la indemnización extintiva; también es la establecida para los despidos que infrinjan el art. 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.

El recurso del trabajador frente a la sentencia defiende la nulidad del despido. Denuncia la infracción del artículo 2 del Real Decreto ley 9/2020, tácitamente sustituido por la Ley 3/2021 de 12 de abril, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos del COVID-19, todo ello en relación con los artículos 22 y 23 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo. La demandada, por el contrario, considera acertada la decisión judicial.

El criterio mayoritario de la Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias es favorable a la improcedencia del despido, como solución más acorde con lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, interpretado junto con la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del covid-19. Coincide con la doctrina expresada por la Sala en la sentencia 1192/2021, de 26 de mayo, entre otras, y la seguida en otros Tribunales Superiores de Justicia [TSJ de Madrid, sentencia 1036/2020, de 25 de noviembre (declaró no ajustado a derecho un despido colectivo), TSJ de Galicia, sentencia 1013/2021, de 11 de marzo; TSJ de Cataluña, sentencia 1851/2021, de 31 de marzo; TSJ de Andalucía (Málaga), sentencia 1069/2021, de 16 de junio; etc.]

El criterio disidente de la mayoría figura recogido en nuestras sentencias 18/2020, de 26 de octubre, 772/2021, de 30 de marzo, y 1751/2021, de 27 de julio.

En el supuesto ahora objeto de examen el contrato de trabajo del actor se extingue en el marco de un ERTE por fuerza mayor para afrontar el impacto del COVID-19. En este impacto, concretamente en las medidas adoptadas por el Principado de Asturias para afrontarlo, la empresa basa la decisión extintiva.

Son circunstancias que suponen el incumplimiento frontal por la empresa de lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, vigente en la fecha del despido, que dispone:

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

El problema surge al determinar las consecuencias, pues el precepto citado no las establece de forma expresa. En el marco normativo ordinario, el despido objetivo sin causa justificativa se califica de improcedente, efecto que se aplica a los despidos sin causa o en fraude de ley; así lo ha expresado la jurisprudencia en numerosas ocasiones.

El despido objetivo de actor, sin embargo, no se produjo en una situación normal. La declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, adoptada mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, supuso el momento inicial de una normativa de urgencia para dar respuesta a una situación excepcional y extraordinaria.

Uno de los objetivos principales de esta normativa es atenuar el "efecto devastador sobre el mercado laboral" de la situación originada por el COVID-19. A esta finalidad responden las medidas directamente dirigidas a evitar las extinciones de los contratos derivadas de la paralización o ralentización de las actividades empresariales. En el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, primero, después en el Real Decreto-ley 9/2020 y en disposiciones posteriores, se establecen medidas con el objetivo expreso de "la salvaguarda del empleo" y la adopción de soluciones que eviten la extinción de los contratos de trabajo. Esta es la idea fundamental que preside esta normativa, como se desprende de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2020. Inspira las medidas para facilitar la suspensión de contratos y la reducción de la jornada de trabajo por causa de fuerza mayor o por causas económicas, productivas, organizativas o de producción (arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020), así como las medidas para la protección del empleo, en el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, o para interrumpir el cómputo de la duración máxima de los contratos temporales, en el art. 5 del Real Decreto-Ley 9/2020.

Este marco excepcional y extraordinario, en el que se considera primordial evitar la extinción de los contratos de trabajo y se configuran mecanismos para su pervivencia, debe informar la interpretación del art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020. El cumplimiento de la finalidad pretendida expresamente por la normativa en la cual se integra como medida esencial, criterio interpretativo fundamental a tenor del art. 3.1 del Código Civil y determinante de la utilidad de la norma para afrontar la crisis, hace que la nulidad del despido sea la consecuencia natural.

El legislador no establece de forma expresa la nulidad de los despidos que vulneren el mandato del art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, hoy día consignado en el art. 2 de 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 COVID-19. No resulta imprescindible, pues la nulidad es la consecuencia congruente y ajustada con la normativa de la que forma parte.

La empresa demandada utilizó las medidas excepcionales por causa de fuerza mayor previstas en el art. 22 del Real Decreto-ley 8/2020, por lo que contrajo el deber de la salvaguarda del empleo, consistente en "el compromiso 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". La Disposición adicional sexta del indicado Real Decreto-Ley impone ese compromiso en su apartado 1 y en los apartados 2, 3 y 4 establece sus excepciones, matizaciones y causas de inaplicación. Las circunstancias en que se produjo la extinción del contrato de trabajo del actor no permiten exceptuar, matizar o inaplicar el compromiso por lo que, según dispone el apartado 2 "se entenderá incumplido".

La Disposición adicional sexta fue objeto de sucesivas modificaciones, característica común a la profusa normativa promulgada para afrontar la pandemia. A pesar de las variaciones, no incluyó la declaración de la nulidad del despido en los casos de incumplimiento del compromiso aunque si recogió, en el apartado 5, la obligación de las empresas de "reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar".

La concreción de esta consecuencia del incumplimiento empresarial no significa la exclusión de otras. La salvaguarda del empleo, título de la Disposición adicional sexta, y la observancia del compromiso adquirido por la empresa no se pueden conseguir eficazmente si su incumplimiento puede resolverse con el pago de una indemnización al trabajador, como sucede con la mayoría de los despidos improcedentes. En el caso del actor, la indemnización extintiva a satisfacer por la empresa asciende a la cantidad de 1490,94 €, fijada en el auto de aclaración de 17 de mayo de 2021, que claramente no tiene eficacia disuasoria.

En este sentido, se asumen los razonamientos contenidos en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 119/2021, de 26 de enero, 331/2021, de 23 de febrero, 1102/2021, de 5 de julio y 1115/2021, de 6 de julio, que se pronuncian por la nulidad de estas extinciones contractuales. Razona este Tribunal en la sentencia 331/2021:

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.

Así pues, tal como señala la referida sentencia 1115/2021 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 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.

Esta consecuencia, además, no siempre depende de que la actuación empresarial se produzca con violación de derechos fundamentales. A título de ejemplo, en el art. 53.4 párrafo segundo ET, para los casos de despido objetivo, y en el art. 124.11 LJS para el despido colectivo, se establecen supuestos de despido nulo por circunstancias no subordinadas a la comisión de este tipo de violaciones. El despido de la mujer embarazada, salvo que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo, es automáticamente nulo, con independencia de que se haya o no producido una violación de los derechos fundamentales de la trabajadora; y también es nulo, el despido colectivo realizado sin periodo de consultas o sin que la empresa haya entregado a la representación de los trabajadores la documentación prevista en el art. 51.2 ET.

Consiguientemente, la nulidad de despido no es una calificación reservada en nuestro ordenamiento jurídico a proteger a los trabajadores frente a vulneraciones de sus derechos fundamentales. Asimismo, se ha aplicado en supuestos de trabajadores despedidos por las mismas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que dieron lugar a la suspensión del contrato de trabajo en la que se encontraban los afectados por la medida extintiva. Ante un despido objetivo con estas características la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2014 (rec. 673/2013) argumenta que la decisión extintiva tomada por la empresa dentro del período de suspensión de los contratos de trabajo, sin causa suficiente, implica, a juicio de la Sala, el ejercicio de un derecho de forma contraria a la buena fe, quebrantando la confianza suscitada en los trabajadores afectados por los propios actos de la empresa, e incurriendo en un abuso de derecho, todo lo que ha de conducir, en aplicación de los artículos 53 del Estatuto de los Trabajadores y 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , en relación con el artículo 7.1 y 2 del Código Civil , como en casos análogos de fraude de ley, ha establecido la Sala -sentencias, entre otras de 20 y 17 de febrero de 2014 (rcud. 116/2013 y 142/2013)- a la declaración de nulidad del despido producido.

La nulidad del despido del actor tiene los efectos establecidos en el art. 113 LJS, al que se remite el art. 123.2 LJS: su inmediata readmisión con abono de los salarios dejados de percibir.

Así firman el presente los Ilmos. Sres. Magistrados que formulan el mismo.

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.