

La llamada cláusula de no despido: análisis del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 a través de la jurisprudencia

PABLO MEDIAVILLA ABELLÁN

Letrado de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción.
2. Régimen jurídico.
3. Imprudencia: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de marzo de 2020.
4. Nulidad: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 26 de enero de 2021.
5. Epílogo.

RESUMEN

En el presente artículo se analiza cómo la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 ha afectado a las relaciones laborales y, en particular, al Derecho Social, a través de un análisis de la regulación de los despidos surgida du-

rante la pandemia y de la interpretación que de dicha regulación ha hecho la jurisprudencia menor, a falta de un pronunciamiento interpretativo definitivo por parte del Tribunal Supremo.

PALABRAS CLAVE

Despido; COVID-19; relaciones laborales.

* En la actualidad desempeña el puesto de Letrado en el Servicio Jurídico de Asuntos Contenciosos de Personal de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

This article analyzes how the health crisis caused by COVID-19 has affected labor relations and in particular Social Law, through an analysis of the regulation of layoffs that arose

during the pandemic and the interpretation of said regulation minor jurisprudence has made in the absence of a definitive interpretative ruling by the Supreme Court.

KEYWORDS

Dismissal; COVID-19; labor relations.

1. Introducción

La crisis ocasionada por la COVID-19 supuso una revolución para nuestro ordenamiento jurídico, que obligó al legislador, en un periodo muy pequeño de tiempo, a desarrollar todo un conjunto de normas que abordan todos los extremos que habían surgido con la pandemia y también aquellos que se vieron trastocados. Se produjo así una incipiente utilización de instrumentos excepcionales, hasta entonces olvidados en la práctica, y se atribuyó un papel muy relevante a los Juzgados y Tribunales que, si bien es cierto que no deja de ser un corolario lógico de la función complementaria que tiene la jurisprudencia al amparo del 1.6 del Código Civil, también lo es que a lo largo de estos meses se ha residenciado en aquellos la decisión de asuntos muy complejos o que las normas de emergencia no supieron concretar con la debida precisión.

El ámbito del Derecho Social se vio especialmente afectado por la crisis ocasionada por la COVID-19. Así lo adelantó ya el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19 (en adelante, Real Decreto-ley 8/2020) que, ante la rápida extensión de la pandemia, señaló en sus primeros días: *«La crisis sanitaria se está transmitiendo a la economía y a la sociedad a una velocidad inusitada, afectando tanto a la actividad productiva como a la demanda y al bienestar de los ciudadanos. La economía se está viendo afectada por diversos canales»*. Velocidad que todavía no hacía prever lo afectadas que se verían las relaciones laborales y el profundo calado que tendría dicha crisis sanitaria en el empleo y en el ámbito del Derecho del Trabajo.

En el presente artículo abordaremos la coloquialmente conocida como cláusula de no despido contenida en 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 (en adelante, Real Decreto-ley 9/2020). Como es sabido, dicha cláusula excluye la posibilidad de que sean justificativas del despido y de la extinción del contrato de trabajo 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. Textualmente, el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 dice:

«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.»

El Real Decreto-ley 9/2020 se entiende tácitamente derogado por la Ley 3/2021, de 12 de abril, por la que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados de la COVID-19, cuyo artículo 2 tiene la misma redacción que el transcrito artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020. Antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2021, el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 había visto prorrogada su vigencia varias veces: primero, hasta el 30 de septiembre de 2020 por el artículo 7 del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio; a continuación, hasta el 31 de enero de 2021, por el artículo 6 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre; y, por fin, hasta el 31 de mayo de 2021, según el artículo 3.6 del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero. Por su parte, el nuevo artículo 2 de la Ley 3/2021 tenía su vigencia limitada hasta el 31 de mayo de 2021, más se ha prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2021 por el Real Decreto-ley 11/2021, de 27 de mayo, que a su vez ha sido prorrogado por el Real Decreto-ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo, hasta el 28 de febrero de 2022. Por lo que la vigencia del precepto o cláusula de no despido que examinamos claramente está prevista por el legislador como temporalmente limitada.

La cláusula de no despido, entonces, debe ponerse necesariamente en conexión con los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, que establecen determinadas especialidades en relación con los expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTES) en el contexto de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Así, el primero de ellos y respecto a la fuerza mayor, señala que *«las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo*



ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor», estableciendo a continuación la norma una serie de diferencias en la tramitación respecto a los ERTES ordinarios (no relacionados con causas derivadas de los efectos del COVID-19). El artículo 23, por su parte, se dedica a las especialidades de la tramitación de ERTES por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción derivadas de los efectos de la COVID-19.

La insuficiente redacción de la llamada prohibición de despedir ha generado numerosos interrogantes que afectan directamente al principio de seguridad jurídica consagrado en nuestra Constitución, como así lo ha reconocido la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Sentencia de 26 de enero de 2021, que señala, sin ánimo exhaustivo, los siguientes interrogantes: *«¿Su aplicación queda vinculada solo a las causas COVID-19 que pueden justificar un ERTE, o es preciso que la empresa hubiese adoptado realmente las medidas de ajuste? ¿El incumplimiento de la norma de excepción determina la nulidad del despido por vulnerar una norma imperativa de interés general, o el efecto jurídico es la improcedencia como ocurre con cualquier extinción contractual no justificada o sin causa?».*

En las siguientes líneas, por el formato en que nos encontramos y por extensión, nos centraremos únicamente en el último de los problemas, que se presenta harto interesante, en tanto que el Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado.

Debemos tener presente al estudiar cada una de las posturas surgidas en torno a la norma, que se trata de interpretaciones que, con sus aciertos y sus errores, tratan de dar luz a un precepto que ya de por sí es confuso, lo que determina que se trata de una cuestión que se presta al análisis y a la opinión y que no tiene unas conclusiones totalmente cerradas. Cada una de las posturas interpretativas tiene puntos que permiten echar la vista atrás y reavivar cuestiones jurídicas muy interesantes que se creían ya resueltas, así como trazar un horizonte jurídico que, en determinados aspectos —como ocurre con la calificación del despido en nuestro derecho—, obligue al legislador a ser más preciso, reduciendo así muchas dudas interpretativas, facilitando a su vez la actuación de los operadores jurídicos.

2. Régimen jurídico

Para poder abordar de manera exhaustiva el interrogante de cómo deben ser calificados los despidos que se produzcan al amparo de dicha cláusula es menester hacer un breve repaso a cuál es la regulación preexistente acerca de la calificación

de los despidos en nuestro derecho positivo, es decir, lo que podría considerarse como el marco jurídico habilitante de dicha previsión.

Junto con el marco jurídico habilitante, nos encontramos con los antecedentes más inmediatos de la norma, es decir, aquellos preceptos de donde nace su sentido y finalidad. De ellos es también imprescindible hacer un mero apunte que facilite o ayude a entender de dónde nace el sentido del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020.

Descendiendo al derecho positivo preexistente, la regulación se encuentra contenida en los siguientes preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LRJS):

- Artículo 53 ET, que, en su apartado primero, establece los requisitos para que se produzca el despido por causas objetivas:

«La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

- a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.*
- b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. (...)*
- c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento (...).*

Añadiendo en su apartado cuarto determinados supuestos en que el despido debe ser calificado como nulo:

«4. Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.



Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) La de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento (...).»

Y estableciendo en el apartado quinto algunas salvedades respecto a los efectos del despido disciplinario:

«5. La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

a) En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.

b) Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de esta el importe de dicha indemnización.»

- Artículo 55 ET, que, en sus apartados tercero a séptimo, hace referencia a la calificación del despido disciplinario:

«3. El despido será calificado como procedente, improcedente o nulo.

4. El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustará a lo establecido en el apartado 1.

5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento (...).

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

7. El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.»

- Artículo 56 ET, que establece en su primer apartado los efectos de la declaración de improcedencia: «1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización



equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo».

- Artículos 108, 110 y 113 de la LRJS, que, por regular de una manera análoga al ET los efectos de la calificación del despido de la declaración de improcedencia y los efectos de la declaración de nulidad, en aras a una mayor concisión, no serán transcritos aquí.

Apuntado el marco jurídico, el antecedente fundamental de la cláusula que analizamos lo constituye la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, que condiciona la adopción de las medidas previstas en los artículos 22 y 23 de la misma norma a la adopción por parte de la empresa del *«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»*¹.

Realizado el repaso a la normativa de aplicación, podemos apuntar unas conclusiones preliminares con carácter previo al estudio en detalle de los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, y con independencia de las reflexiones finales del artículo. Dichas conclusiones son las siguientes:

- i) En primer término, la regulación que hace el legislador ordinario de la calificación del despido es, como no podía ser de otra manera habida cuenta de la relevancia de la materia, muy extensa, reiterando los contenidos de la normativa material en la ley procesal. Esto contrasta con la breve redacción de la cláusula que analizamos, que no se pronuncia sobre la calificación que debe otorgarse a los despidos que se produzcan al amparo de dicha cláusula.
- ii) De otra parte, el legislador opta ante la calificación por reservar la nulidad a aquellos casos más graves, acomodando la nulidad en esta materia a la finalidad más genérica que sobre la concepción de dicha institución tiene nuestro ordenamiento jurídico.
- iii) Finalmente, la insuficiente redacción del artículo genera una cierta indeterminación que es menester analizar y explicar. Si nos circunscribimos a calificar como insuficiente la redacción del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, sin abordar la indeterminación en que se mueve dicha cláusula, entonces permitiremos que la interpretación que pueda hacerse de la misma

¹ Esta disposición se conoce coloquialmente como cláusula de salvaguarda de empleo.

nos lleve a hablar de diversas soluciones, todas ellas lo suficientemente argumentadas como para considerarlas justas.

Pero esa discrecionalidad, llevada al extremo, puede hacer que se revierta la configuración de una figura como la nulidad, abriéndola a supuestos muy amplios, simplemente porque parte de una cláusula con carácter muy abierto.

Y es importante también tratar de buscar la solución en la indeterminación de la previsión porque ello nos obliga, como se infiere de su concepto, a buscar la solución en la propia legislación ordinaria existente.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se completa con el análisis de su estructura, distinguiéndose una zona de certeza, una zona intermedia y una zona de todo aquello que está excluido del concepto en sí.

Dicha herramienta nos puede ayudar mejor a entender cuál es la solución que más se ajusta al ordenamiento jurídico. Así, en la zona excluida de dicha indeterminación se situaría el hecho de que el legislador haya querido modificar a través de la cláusula la legislación ordinaria. Basta con aproximarse a la intención de aquel en las exposiciones y preámbulos de las normas para adivinar que su intención no ha sido otra que la de utilizar los distintos mecanismos que ya el ordenamiento contemplaba y adaptarlos a una nueva realidad.

En la zona intermedia, se situaría la circunstancia de que no se trata de una redacción que solucione la cuestión directamente, sino que la complica más, dando paso, como ya hemos advertido, a posturas jurisprudenciales enfrentadas. Y, finalmente, en la zona positiva o de seguridad, se encontraría la circunstancia de que esa escasa redacción necesariamente nos tiene que llevar a interpretar la cláusula de una manera sistemática en relación con la normativa preexistente sin poder sacar conclusiones que vayan contra todo precedente, no solo legal, sino también jurisprudencial.

3. Improcedencia: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 31 de marzo de 2021

Más de un año después del inicio de la pandemia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó la sentencia más contundente hasta la fecha a favor de que la calificación del despido en los supuestos objeto de este artículo debía ser la improcedencia. Dicha sentencia, de un criterio claro, constituye un hito, no solo porque hasta ese momento todas las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia habían optado por la nulidad, sino porque, a diferencia de lo que ocurre con el criterio contrario, el tribunal autonómico no se deja ningún detalle y entra a valorar de manera detallada todas las cuestiones que se plantean y que



pueden reconducirse perfectamente a cada uno de los distintos problemas, que en relación con la cláusula del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, plantea la calificación del despido.

En orden temporal, empezar por esta sentencia supone invertir la línea cronológica lógica, pero debe ser esta línea jurisprudencial la que abra el estudio de las dos, teniendo en cuenta su importancia y extensión. Para una mejor comprensión de la sentencia y para facilitar su análisis, subdividiremos este epígrafe en distintos apartados que coinciden con los distintos aspectos a los que da solución la sentencia.

Sigue el tribunal para resolver el recurso interpuesto una estructura que puede reconducirse a los tres siguientes apartados:

- a) Acomodo de la legislación nacional a la cláusula del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020.
- b) Cumplimiento del artículo con la legislación internacional.
- c) El papel de la legislación especial al amparo de la COVID-19.

A fin de una mejor comprensión, seguiremos la misma sistemática en el análisis de la sentencia.

a) Acomodo de la legislación nacional a la cláusula del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020

Comienza la sentencia exponiendo cuáles son los artículos sobre los que pivotan los argumentos de la parte recurrente. Se invocan en primer término los artículos 4, 7, 8 y 9.1 del Convenio 158 OIT, además de los artículos 1 y 24 de la Carta Social Europea y, en el ámbito nacional, se aduce la infracción de los artículos 24.1 y 35 de la Constitución Española. Junto con ello, en último lugar se sustenta la petición de calificación del despido como nulo en la existencia de fraude de ley y abuso de derecho, regulados respectivamente en los artículos 6 y 7 del Código Civil.

La legislación que el tribunal examina no es otra que lo que en el epígrafe anterior considerábamos el marco jurídico habilitante. Del análisis de esta normativa extrae el tribunal las siguientes conclusiones:

- i) La diferencia entre la regulación relativa a la calificación del despido improcedente y la relativa al fraude de ley y al abuso de derecho estriba en el carácter de la misma. En el primer caso, hablamos de una normativa especial, mientras que la doctrina del fraude de ley y la del abuso de derecho consti-

tuyen normas generales, de manera que las primeras deben prevalecer en caso de colisión con las segundas. Así lo expresa el Tribunal Superior de Justicia: *«Estas normas, en tanto normas especiales, prevalecen sobre las normas generales del título preliminar del Código Civil sobre fraude de ley y abuso de derecho. En todo caso el art. 6.3 del Código Civil dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, "salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención", lo que en el presente caso ocurre respecto de la calificación como improcedente y no nulo de los despidos a que nos referimos. Por otro lado, según el art. 7.2 "La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". Y en todo caso, conforme al art. 4.3 estas disposiciones "se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes", en el caso de laguna de ley, incluido el supuesto de fraude de ley, cuando lo que no ocurre en el presente caso en que existe una regulación específica. La nulidad del despido se impone pues de forma inequívoca y sin lugar a interpretación alguna cuando existe violación de derechos fundamentales, y en las materias conexas listadas de forma exhaustiva, conforme a los artículos citados».*

- ii) Tratar de fundamentar que la calificación de los despidos en estos casos debe ser la nulidad en base a la doctrina del fraude de ley y del abuso de derecho supone, para el tribunal, desconocer el ordenamiento jurídico, en tanto se trata de reavivar una cuestión ya superada. Hasta la entrada en vigor de la antigua Ley del Procedimiento Laboral de 1990, la jurisprudencia consideró que la calificación que merecían los despidos individuales en fraude de ley era la nulidad, pero a partir de la entrada en vigor de esta norma, la calificación es la improcedencia. En la actualidad, esta circunstancia no solo tiene encaje, sino que además coincide plenamente con lo que en el ET se establece: los despidos sin causa deben ser calificados como improcedentes, reservándose la nulidad para aquellos casos más graves.

b) Cumplimiento de la norma con la legislación internacional

Resuelta la cuestión del encaje de la cláusula en la legislación nacional y la imposibilidad para este tribunal de aplicar la doctrina del fraude de ley y del abuso de derecho, la sentencia estudia si, como se aduce por el recurrente, la redacción de la cláusula infringe el derecho internacional.



El punto de partida lo constituye el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, que señala que *«no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio»*.

Este artículo sienta las bases de la causalidad del despido, con independencia del carácter del mismo (sea disciplinario o por razones objetivas). Pero, además, la misma norma en su artículo 10 establece las consecuencias del incumplimiento de la causalidad al señalar que *«si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada»*.

Como razona el tribunal, ante el incumplimiento, ambas normas toman una solución análoga: se establecen dos vías de reparación del incumplimiento de la causalidad del despido, la primera, ordenar o proponer la readmisión, y, en segundo lugar, en el caso de que ello no fuera posible en virtud de la legislación nacional, bien una indemnización, bien desarrollar una reparación de aquel de manera adecuada.

Así expresa el tribunal que no se produce infracción del derecho internacional: *«La conclusión que podemos sacar de este análisis de las normas y jurisprudencia internacionales, es que de ellas no se deduce en modo alguno que la legislación española que declara improcedente el despido realizado sin alegación de causa, con la indemnización correspondiente, contradiga tales normas internacionales, en la medida esta indemnización está prevista expresamente por ellas como consecuencia del incumplimiento del principio de causalidad del despido, y en que la jurisprudencia referida en modo alguno es aplicable a la legislación española, que no viola el principio al acceso al proceso»*.

c) El papel de la legislación especial al amparo de la COVID 19

Antes de dar su razonamiento final, la sentencia recorre de manera somera el marco jurídico de la legislación especial al amparo de la COVID-19, acabando en la cláusula del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020.

Como advierte el tribunal, cuando examinamos la legislación desarrollada durante la pandemia, debemos tener muy presentes que estamos ante normas excepcionales y cuya vigencia, por su propia esencia, tiene un horizonte temporal delimitado.

Ello no obsta para que, como se expone en la sentencia, la redacción del precepto adolezca de una torpe técnica y de un contenido impreciso al guardar silencio sobre si el incumplimiento del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020 ha de implicar la declaración de improcedencia o nulidad.

Para el tribunal (y, por tanto, para la posición que considera que la solución es la improcedencia), sostener que la declaración de que la extinción es constitutiva de despido nulo no es válida porque el legislador, pudiendo establecer tal consecuencia, no lo hizo. En palabras del tribunal:

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

Nos encontramos ante una normativa extraordinaria que trata de regular una coyuntura excepcional cuya finalidad es el mantenimiento del empleo impidiendo a la empresa, que no acude a los mecanismos de flexibilidad interna expresamente dispuestos y reforzados en la normativa excepcional, como son los ERTES, servirse de un despido objetivo que, en circunstancia ordinaria, sería calificado procedente por circunstancia de causalidad.»

A continuación, la Sala expone sus argumentos para considerar que la solución es la improcedencia.

El principal argumento se encuentra en la literalidad del artículo, que lo único que establece es una limitación en relación a las causas que pueden justificar la procedencia de un despido en esta coyuntura, pero no establece una prohibición de despedir. No puede hablarse de prohibición porque no se prevé de manera expresa por la norma y, en consecuencia, tampoco es aplicable el artículo 6.3 del Código Civil, que sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas.



Además, añade el tribunal:

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

Y la consecuencia que el instituto del fraude de ley impone como sanción a la prohibición del artículo 2 es que, como la extinción objetiva no puede estar amparada en causa legal, la falta de causalidad del despido, en nuestro ordenamiento y a falta de revisión estructural o temporal y coetánea a la legislación especial COVID-19, el despido ha de declararse improcedente.»

De otra parte y como argumento secundario, viene a traer a colación la importancia que tiene el criterio de interpretación sociológico para poder dar solución a este interrogante. No solo se trata de una norma de excepción, sino que, además, debe tenerse muy presente, aunque sea algo obvio, el marco en el que se ha desarrollado y la inmediatez de la norma, todo ello en aras de sostener que la redacción insuficiente o torpe de una norma no puede amparar que, ante un fallo del legislador, se acuda a la nulidad como figura jurídica que resuelve el problema, pues ello contraviene no solo nuestra legislación, sino también, como se indicó más arriba, la concepción que de la nulidad se tiene en nuestro derecho.

Siendo la sentencia que hemos analizado la más importante, no debemos dejar de apuntar que esta tesis ha sido la acogida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid². A su vez, y descendiendo en la jerarquía de órganos judiciales, la mayoría de los Juzgados de lo Social han optado por pronunciarse a favor de la improcedencia, siendo la postura que opta por la nulidad de carácter minoritario, como veremos a continuación. De las sentencias de los Juzgados de lo Social resulta especialmente interesante la Sentencia de 10 de diciembre de 2020, del Juzgado de lo Social n.º 1 de Ciudad Real, que viene a refrendar todo lo expuesto anteriormente con ciertos matices como señala dicho juzgado:

«Además, el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 no introduce una prohibición, sino que solo se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el COVID-19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo, con la mera previsión de que estas causas no justifican el despido, un

² Entre otras, la Sentencia 62/2021 y la Sentencia 172/2021.

despido sin causa es improcedente; pero no nulo (...). En cuanto al art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, ni de su tenor literal ni de la exposición de motivos del texto legal se desprende que la intención del legislador sea añadir una nueva causa de nulidad a las enumeradas taxativamente en dichos preceptos. Tampoco se redacta el precepto como una norma prohibitiva —ni se configuran como imperativas en el RD-ley 8/2020 las medidas excepcionales previstas en sus arts. 22 y 23, lo que impide aplicar lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil (“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”). Al contrario, lo que se desprende del tenor del precepto es que la invocación de causa consistente en fuerza mayor o en motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción equivaldrá a la inexistencia de causa (“no se podrán entender como justificativas de la extinción”), lo que determina que el despido o la extinción sean acausales.»

Para terminar este epígrafe, una vez repasada la sentencia principal, debemos extraer los principales puntos de la postura que opta por calificar los despidos producidos al amparo del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020:

- En primer lugar, la cláusula se ajusta plenamente a nuestra legislación, cumple con el ET (en particular, con los artículos 53 y 55) y con la legislación procesal social. Además, cumple también con la posición jurisprudencial que tiene como criterio el de calificar como improcedentes los despidos sin causa.
- De otra parte, la cláusula cumple con lo exigido por el derecho internacional general, en tanto que, en los casos en que los despidos se produzcan sin causa justificada, existe la posibilidad de una reparación alternativa sin llegar a la calificación como nulos de aquellos.
- En tercer lugar, adoptar la postura de la improcedencia supone respetar el sentido de la nulidad que en nuestro ordenamiento jurídico se atribuye a la misma, reservándola para aquellos supuestos más graves (entre los que se incluyen la violación de derechos fundamentales). Aplicando dicha concepción genérica de la nulidad a la cláusula en cuestión, la respuesta la encontramos en el propio ET, pues este, al igual que hace la LRJS, circunscribe la nulidad a supuestos tasados.
- Finalmente, la cuestión se resuelve aplicando un criterio de interpretación sociológico. Ni el artículo 2 ni el resto de circunstancias que rodean al mismo pueden entenderse o estudiarse sin tener en cuenta el contexto en que la norma ha sido promulgada, debiendo darse una gran importancia a la vocación de temporalidad de la misma, lo que justifica que la solución se busque en el propio derecho interno.



4. Nulidad: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de febrero de 2021

Frente a la posición analizada en el epígrafe anterior, existen también pronunciamientos de la jurisprudencia menor que optan por la nulidad. En particular, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se ha erigido como el máximo defensor de la opción de calificar los despidos que se produzcan al amparo de la cláusula como nulos. Entre sus pronunciamientos reviste especial importancia su sentencia de 26 de enero de 2021³.

El alto tribunal vasco comienza la exposición en esta sentencia recalcando el carácter excepcional del Real Decreto-ley 9/2020 y que su interpretación debe hacerse siempre teniendo en cuenta que estamos ante legislación de urgencia.

Este tribunal y, por tanto, la postura que defiende que dichos despidos deben ser calificados como nulos, sostienen que la cláusula constituye una prohibición de despedir. Desde esta perspectiva, lo que pretende el legislador no es otra cosa que la suspensión de las relaciones laborales durante la pandemia, mediante la prohibición de cualquier despido durante la pandemia.

Así lo expresa el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco:

«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 poste-

³ También, la sentencia de 23 febrero de 2021.

riormente 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.

La nulidad de un despido, por lo demás, no siempre depende de que la actuación empresarial tenga como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. 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 dependientes de este tipo de violaciones.»

Analizado el argumento principal de la sentencia para sostener la opción de la nulidad, podemos reconducir los principales argumentos de la sentencia en los siguientes puntos:

- i) La cláusula priva al empresario de disponer de la facultad de extinción del contrato de trabajo, como expresión del *ius variandi*, y contraviniendo por tanto la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución.
- ii) La calificación del despido como improcedente constituye una vulneración de la cláusula de salvaguarda de empleo contenida en el Real Decreto-ley 8/2020.
- iii) La nulidad se fundamenta en la indisponibilidad de la norma excepcional por parte de los sujetos intervinientes en las relaciones laborales, lo que determina que, por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, la opción correcta es la nulidad.

5. Epílogo

La pandemia ha cambiado la manera de relacionarnos y de entender la vida. Históricamente, siempre se ha considerado que el derecho va un paso por detrás de la sociedad y que es aquel el que tiene que adaptarse a esta. Dicha crisis sanitaria no solo ha supuesto una catarsis en los aspectos sociales, sino que, cuando discurra el tiempo y pueda ser analizada con perspectiva, será considerada como el punto de inflexión que trastocó nuestro ordenamiento jurídico, dejando a la luz todos los



aciertos y los errores del mismo, ante el desafío de enfrentar una situación tan extrema.

Los problemas que han surgido en torno a la cláusula del artículo 2 y en el ámbito del Derecho Social no son sino una pequeña parte de la multitud de retos a los que el legislador se ha tenido que enfrentar a lo largo de este periodo. En la teoría, la legislación excepcional se encuentra ampliamente delimitada y analizada, y sobre ella se ha escrito y debatido mucho, pero en la práctica la situación es diferente. La vocación de temporalidad de una norma que forme parte de un ordenamiento jurídico excepcional no puede justificar nunca que la redacción de un precepto sea oscura e imprecisa.

En el fondo, lo que está en juego no es otra cosa que la observancia y respeto a los principios rectores de la política social y económica —en particular los consagrados en los artículos 35 y 38 de la Constitución Española—. Si observamos la jurisprudencia, podemos deducir de la misma que la mayoría de los despidos que se han producido durante este periodo de tiempo, y los que previsiblemente se producirán durante los próximos tiempos, serán relacionados con la COVID-19.

Desde este contexto, se hace harto difícil entender por qué el legislador no ha sido más preciso ante una cuestión que, lejos de ser baladí, tiene importantes consecuencias. Todos los preámbulos de las normas que constituyen antecedentes al Real Decreto-ley 9/2020 hacen mención a que era previsible la pérdida de empleo. Se podía suponer entonces que estaban por venir numerosos despidos en el marco de la pandemia.

Pero lejos de ser un inconveniente, la insuficiente redacción del artículo ha hecho que surjan dos posturas, y que estas a la vez se acerquen. Ello abre la problemática al debate, lo que hace que las opiniones puedan ser confrontadas y no haya una única solución.

En cualquier caso, se opte por una u otra postura, debemos mirar el lado positivo de poner en entredicho una legislación que, por ordinaria, se daba por sentada. Solo así se conseguirá un ordenamiento más coherente y que ofrezca mayores garantías a la seguridad jurídica tantas veces puesta en entredicho.