

XXXI Jornades Catalanes de Dret Social
9 y 16 de abril 2021

**CRISIS EMPRESARIAL PROVOCADA POR LA PANDEMIA Y EXTINCIÓN
DE LA RELACIÓN LABORAL**

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado y TU Acreditado. Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

Índice

1. Introducción.....	3
2. Una previa: sobre la naturaleza y la causalidad del despido	5
2.1. El origen de las instituciones: la distinción entre la nulidad del negocio jurídico y la ejecución procesal de la responsabilidad empresarial por un ilícito contractual.....	7
2.2. La indemnización legal tasada y su efecto disuasivo (y la posible incidencia del “sesgo de supervivencia”)	13
3. Anatomía del art. 2 RD Ley 9/2020	21
3.1. El contexto en el que se dicta el RD Ley 9/2020 y el escenario posterior paralelo a las prórrogas de su art. 2	21
3.2. El ámbito de aplicación objetivo del art. 2 RD Ley 9/2020	25
3.2.1. El ámbito de aplicación “específico” del art. 2 RD Ley 9/2020.....	25
i. ¿El art. 2 RD Ley 9/2020 se aplica sólo a las empresas que tengan un ERTE vigente?.....	26
ii. ¿El art. 2 RD Ley 9/2020 se aplica a un centro de trabajo que no esté afectado por un ERTE?	30
iii. ¿El art. 2 RD Ley 9/2020 afecta sólo a los trabajadores afectados por el ERTE?	30
iv. ¿Qué supuestos de ineficacia contractual quedan subsumidos en el art. 2 RD Ley 9/2020?.....	31
3.2.2. El ámbito de aplicación “general” de los arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020	33
i. La fuerza mayor del art. 22 RD Ley 8/2020.....	33
ii. Las causas ETOP del art. 23 RD Ley 8/2020.....	37
3.3. El ámbito de aplicación temporal del art. 2 RD Ley 9/2020	40
3.4. ¿Qué significa que la extinción es “injustificada”?	41
3.4.1. ¿El carácter injustificado describe un despido nulo?.....	42
3.4.2. ¿El carácter injustificado describe un despido improcedente?	44

3.4.3. ¿El carácter injustificado describe un despido improcedente y habilita el reconocimiento de una indemnización complementaria?.....	49
3.4.4. A pesar del contenido del art. 2 RD Ley 9/2020, ¿hay espacio para la procedencia?	50
3.5. ¿El art. 2 RD Ley 9/2020 es contrario al derecho de la UE?.....	50
4. El tránsito del ERTE a un despido objetivo individual/plural o colectivo y calificación judicial.....	53
4.1. El tránsito de ERTE a ERE: síntesis de doctrina jurisprudencial y “tránsitos” posibles	53
4.2. El tránsito de ERTE a ERE en la pandemia y el art. 2 RD Ley 9/2020	55
5. ¿El incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo puede precipitar la nulidad/improcedencia del despido?	58
5.1. La redacción original de la DA 6ª RD Ley 8/2020.....	58
5.2. La redacción vigente (ex DF 1.3 RD Ley 18/2020) de la DA 6ª RD Ley 8/2020 .	61
6. Valoración final	65
7. Bibliografía citada	67

1. Introducción

La trascendencia de los acontecimientos mientras se están viviendo *en el presente* difícilmente puede ser percibida.

La pandemia probablemente esté amplificando esta circunstancia, pues el grado de incertidumbre es tal que parece que hemos quedado atrapados en el presente. La tiranía del día a día (¿a ver qué pasará hoy?), ha limitado nuestra capacidad de hacer cualquier planificación a corto y medio plazo.

Parece (parafraseando a GILBERT¹) que estamos en un mundo sin “más tarde”.

Sin embargo, el transcurso del tiempo sí permite observar la devastación que el COVID-19 está dejando tras de sí. Las medidas de contención del empleo no han podido evitar que las constantes vitales de muchas empresas se vieran afectadas por la pandemia y la amenaza del paro está cobrando fuerza.

La extinción del contrato en el contexto de la crisis empresarial en la emergencia y las reglas que la disciplinan es un aspecto que debe ser analizado en aras a determinar las opciones de conservar su continuidad. No obstante, dada la fragilidad de muchos sectores económicos, es esencial preguntarse cómo afectarán estas mismas reglas en las posibilidades de que la actividad empresarial perviva a corto y/o medio plazo y, así, la de los contratos a ella vinculados.

Las escasas (imprecisas e incompletas) reglas a nuestro alcance para abordar el desafío que se avecina (básicamente, el art. 2 RD Ley 9/2020 – o el idéntico art. 2 Ley 3/2021² - y, de forma derivada, la Clausula de Salvaguarda del Empleo – CSE - *ex* DA 6ª RD Ley 8/2020) contrasta con la (inaudita) hemorragia legislativa de los meses precedentes.

El estudio de estas normas (y, principalmente, del citado art. 2 y de su relación con el resto del ordenamiento jurídico laboral) es el propósito de este trabajo.

No obstante, en la medida que la pandemia ha revitalizado discusiones doctrinales de largo recorrido sobre la naturaleza jurídica del despido y de su calificación, con carácter propedéutico, se describirá el posicionamiento que se sostiene al respecto (*epígrafe 2*). A continuación (*epígrafe 3*), se procede al análisis de la “anatomía” del controvertido art. 2

¹ GILBERT, Daniel, *Tropezar con la felicidad*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 34.

² Dado que la literalidad del art. 2 RD Ley 9/2020 es idéntica a la del art. 2 de la Ley 3/2021 (así como su extensión temporal – hasta el 31 de mayo 2021 *ex* DF 2ª), en este trabajo se hará siempre referencia al primero.

RD Ley 9/2020 (a partir de la descripción del contexto en el que es formulado normativamente, los ámbitos de aplicación objetivo y temporal, su calificación judicial – descartándose la nulidad - y, finalmente, a la luz de todo lo anterior, su adecuación al derecho de la UE). Esta aproximación permite afrontar los dos últimos aspectos objeto de estudio y que podrían tener una relevancia notable en los próximos meses: el tránsito de un ERTE a un ERE en el marco de la pandemia (*epígrafe 4*); y la posible incidencia en la calificación judicial de la extinción del contrato que podría tener el incumplimiento de la CSE (*epígrafe 5*).

Las incertidumbres sobre muchas de las cuestiones que se desprenden de esta escueta matriz normativa son elevadas y, al cierre de este trabajo, las reacciones judiciales todavía son escasas. De hecho, es posible que la realidad atesore en potencia problemáticas y controversias que todavía no han aflorado (o que, por limitaciones propias, no he sido capaz de identificar).

Por consiguiente, al compás de la cambiante y volátil realidad, es inevitable que el análisis que se expone pueda ser víctima de errores y/o quede desfasado rápidamente a partir de la tendencia hermenéutica que acabe prevaleciendo.

En todo caso, espero que la lógica propuesta y el contenido de lo expuesto, al menos, susciten esfuerzos para lograr el esclarecimiento y la articulación de criterios interpretativos mejores a los sugeridos.

2. Una previa: sobre la naturaleza y la causalidad del despido

El precepto que vertebra la lógica del despido y que subyace en todas las reglas que lo disciplinan es, a mi entender, el art. 1124 CC. Esto es, la lógica resolutoria y el incumplimiento imputable.

No obstante, este no es el planteamiento defendido por la jurisprudencia, pues, en reiteradas ocasiones ha sostenido la “eficacia originaria” o carácter “constitutivo” del despido³. Aunque también es cierto que, recientemente, también ha defendido la lógica resolutoria⁴.

Esta conceptualización resolutoria del despido es importante para contextualizar debidamente el debate (todavía abierto) en relación a la calificación judicial que debe atribuirse a lo que se conoce como despido en fraude de ley o sin justa causa.

Y, sobre esta discusión, no creo que la posibilidad de abonar una indemnización ante la extinción sin causa suponga una “degradación” de la causa a un “elemento estrictamente formal” (perdiendo por este motivo, y según estos planteamientos, su dimensión constitucional)⁵. Y, por consiguiente, es obvio que, el mandato constitucional del art. 35 CE no se vulnera si se posibilita la compensación por equivalente⁶. Y esto no sucede porque lo que precipita la responsabilidad del empresario (y, por consiguiente, la obligación de pagar una indemnización) es, precisamente, la existencia de un sistema causal; y, para ser más precisos, el hecho de que no se haya respetado los requisitos del negocio jurídico en que consiste el despido.

De ahí que creo que es claro que, en el despido, la causa tiene atribuido una naturaleza que “excede lo formal”. En el fondo, esto implica que no puede afirmarse que sea un

³ En efecto, la jurisprudencia ha declarado el carácter constitutivo del despido, produciendo la extinción del contrato desde su fecha, interpretando que se trata de una resolución contractual extrajudicial de suerte que la referida extinción del contrato se produce en el momento del despido, y no cuando se dicta la sentencia que resuelva sobre su calificación jurídica (entre otras, SSTS 27 de febrero 2009, rec. 1715/2008; 10 de junio 2009, rec. 3098/2007; 17 de mayo 2000, rec. 1791/1999; 21 de octubre 2004, rec. 4966/2002). Una aproximación más reciente en STS 27 de febrero 2020 (rec. 3230/2017)

⁴ En las recientes SSTS 1 de julio 2020 (rec. 510/2018); y 3 de julio 2020 (rec. 217/2018), a propósito de la extinción *ex art.* 49.1.b ET. Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Art. 49.1.b ET y cláusulas de rendimiento mínimo abusivas (SSTS 1 y 3 de julio 2020)”, *Blog del autor*, 2020 <https://ignasibeltran.com/2020/09/07/art-49-1-b-et-y-clausulas-de-rendimiento-minimo-abusivas-ssts-1-y-3-de-julio-2020/>

⁵ En este sentido, en un supuesto de despido anterior a la pandemia, véase el Voto Particular formulado por el Magistrado Joan AGUSTÍ MARAGALL a la STSJ Pleno Cataluña 21 de junio 2020 (rec. 4708/2019), dictada en Pleno (y que rechaza con una mayoría muy ajustada la nulidad del despido sin causa). Y extensamente, en “La extinción del contrato en el marco del COVID-19 y su calificación judicial”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, 216, 2020, p. 7.

⁶ SSTC 22/1981; 103/1990; 20/1994; y 192/2003.

negocio jurídico acausal. Y, en este sentido, es oportuno traer a colación – sintetizadamente – el parecer de MONTOYA MELGAR sobre el despido y su estructura dogmática⁷:

– Si la resolución del contrato es injustificada, el negocio jurídico en que consiste la manifestación de voluntad del empresario dirigida a extinguir el contrato deberá calificarse como un “negocio ‘infundado’ o ‘improcedente’”, en cuanto que la actuación de su causa se ha producido al margen de los concretos móviles asignados a la extinción por el Derecho”; sin que ello afecte a la causa del negocio (función extintiva) que permanece.

– La resolución – y, por ende, el despido – como negocio jurídico extintivo no es abstracto, debiéndose distinguir entre la causa (como función económica y social del negocio) y las causas justas del acto extintivo⁸.

A partir de este planteamiento, es lógico entender que el despido sin causa describe un incumplimiento empresarial imputable (subsumible pacíficamente en la lógica del art. 1124 CC).

Y, desde este punto de vista, el acreedor (trabajador) tiene derecho a exigir el cumplimiento de la prestación *in natura* (readmisión), o bien, la prestación por equivalente (la indemnización legal tasada por despido improcedente) y, además (en uno u otro caso), una indemnización de daños y perjuicios. No obstante, por motivos históricos, la legislación social ha alterado, en sucesivas fases, esta lógica a través de dos medidas: por un lado, configurando *de facto* un (impropio) “derecho de opción” en favor del empresario (cuya titularidad se convertirá en objeto de reivindicación por parte de los trabajadores durante décadas); y, por otro lado, tasando la compensación económica por

⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1967, p. 30 y 31.

⁸ En términos similares, STSJ Andalucía\Sevilla 19 de noviembre 2020 (rec. 3571/2020). Y recogiendo también este planteamiento SJS/2 Salamanca 21 de diciembre 2020 (rec. 600/2020).

la no readmisión *in natura*⁹ y, a su vez, cerrando la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios complementaria¹⁰.

Así pues, desde el instante que se asume que la causa no tiene atribuida una naturaleza meramente formal, ya no puede sostenerse que esté al margen del marco constitucional ni internacional (C158 OIT / CSEr)¹¹. Además, no creo que este último marco excluya la posibilidad de compensar un despido injustificado con una indemnización equivalente (al margen de la cuestión relativa a la “suficiencia” de la compensación – y que se abordará posteriormente).

En el fondo, en mi modesta opinión, en este debate se están omitiendo algunas particularidades relevantes (agrupables en dos bloques argumentativos – y que se abordan separadamente en los siguientes epígrafes).

2.1. El origen de las instituciones: la distinción entre la nulidad del negocio jurídico y la ejecución procesal de la responsabilidad empresarial por un ilícito contractual

El origen de las instituciones jurídicas tiene una importancia fundamental a la hora de abordar esta controversia. Especialmente porque es la clave para comprender la

⁹ Téngase en cuenta que en el Decreto de 22 de julio 1928 y únicamente para la extinción de los contratos temporales *ante tempus* y para el caso de que el empresario no cumpla con la obligación de readmitir, se prevé que deberá pagar una indemnización de perjuicios entre 15 días y tres meses de salario, fijada por el Comité Paritario “por el tiempo que pueda tardar en hallar una colocación” (Art. 17.7). Repárese que, con el objeto de liberar al trabajador de la carga de continuar el proceso si el empresario se niega a readmitirlo, se articula un mecanismo para soslayar esta obligación muy eficiente en términos de economía procesal: el cumplimiento de la obligación específica queda transformado por el equivalente dejando transcurrir un plazo de 48 horas. El art. 51 de la Ley de Jurados Mixtos de 1931 (LJM’31) agilizará este trámite (en aras también a promover el principio de economía procesal), pues, ya no es necesario esperar un plazo de 48 horas para entender que el empresario no quiere readmitir al trabajador como antaño, sino que la propia sentencia (esto es, desde un principio) le reconoce la posibilidad de elegir entre restituir al trabajador a su situación inicial o indemnizarle. Esta transformación se produce prescindiendo de cualquier trámite previo. El deudor, como en el modelo precedente, mantiene la facultad de elegir alternativamente entre dos opciones, aunque en esta ocasión el reconocimiento de esta facultad es explícito. Además, la reforma de 1931 también acarreará un incremento del tope máximo de la indemnización por resolución injustificada del contrato (hasta seis meses de jornal - art. 53.1). En cambio, se limita la responsabilidad por mora de empresario a 24 jornales (o días).

¹⁰ El carácter tasado de la indemnización prevista en el Decreto de 1928, imposibilitaba que el trabajador pudiera reclamar una indemnización de daños y perjuicios ante los órganos corporativos (admitiéndose en principio, si se acudía a la jurisdicción civil). Si bien es cierto que, inicialmente, la STS 9 de diciembre 1943 parece defender que, pese a la indemnización fijada en la Ley, nada obsta que el trabajador reclame una indemnización de daños y perjuicios, siempre que demuestre “la realidad del daño y su potencialidad cuantitativa”; posteriormente, la STS 28 de marzo 1966 (Ar. 2098) acaba cerrando esta posibilidad al calificar a la indemnización por despido improcedente como una auténtica indemnización de daños y perjuicios.

¹¹ Véase al respecto, GOERLICH PESET, José M., “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, Vol. 2, 1, 2021, pp. 4-17.

naturaleza jurídica del despido (y, por consiguiente, descifrar las reglas que deben disciplinarlas)¹².

Y, la Ley de Tribunales Industriales de 1908 y su evolución posterior a lo largo del Siglo XX e inicios del XXI es determinante por lo siguiente (y que expongo en cinco ideas o planteamientos clave)¹³:

- *Primer planteamiento clave*: sin que la naturaleza causal de la decisión de despedir se vea afectada (y que ha permanecido invariable en el tiempo), la calificación de nulidad o improcedencia queda circunscrita a una dimensión procesal (ejecutoria). Lo que no ha impedido que, a lo largo de sucesivas reformas legislativas, se acabara incorporado al derecho sustantivo por motivos de economía procesal.

Como se sabe, es el empresario el que ostenta por lo general el “derecho de opción” en el despido improcedente. Y esto es así porque, como se ha avanzado, históricamente la lógica descrita en el art. 1124 CC ha sido objeto de “adaptación” progresiva por el Legislador Social para, sobre todo, facilitar una pronta compensación al trabajador (a costa de que renunciara a una *restitutio in integrum*).

En este estadio, conviene hacer algunas puntualizaciones relevantes (4, en concreto):

Primera (puntualización): en el instante que el ET establece que la falta de elección fuerza al empresario a la readmisión (art. 56.3), es difícil no afirmar que la readmisión es efectivamente la prestación *in natura* (debe ponerse en duda que en este ámbito el art. 1134 CC sea aplicable).

Segunda (puntualización): la indemnización legal tasada se refiere a la compensación por la no readmisión. De hecho, la STS 19 de mayo 2020 (rec. 2911/2017), en un supuesto de despido nulo por negativa a la readmisión al finalizar la excedencia forzosa por desempeño de cargo público, afirma:

“En cuanto a que la falta de incorporación al puesto de trabajo y los daños económicos y profesionales derivados de ello quedan indemnizados con el abono de los salarios de tramitación, se hace necesario recordar que nuestro ordenamiento tiene expresamente previsto la compatibilidad de la indemnización

¹² Sintetizo aquí diversas aproximaciones al tema que he expuesto en publicaciones anteriores: BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Principio de economía procesal y limitación de la responsabilidad contractual por despido injustificado”. En *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales*. XXIII Congreso Nacional de DTSS. Ediciones Cinca, Madrid, 2013; y BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, *La estabilidad en el empleo, un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Aranzadi, 2011.

¹³ Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *La estabilidad en el empleo...*, op. cit., pp. 56 y ss.

por vulneración de derechos fundamentales con la indemnización que pudiera corresponder por extinción del contrato, tal y como resulta del artículo 183.3 de la LRJS. La razón de ser es que cada una de las indemnizaciones está destinada a reparar un diferente daño. Así la indemnización fijada para el despido nulo – abono de los salarios de tramitación, artículo 55.6 del ET – está destinada a resarcir al trabajador por el daño sufrido al no percibir salarios durante un determinado periodo de tiempo en el que no prestó servicios por causa imputable exclusivamente al empresario, derivada de un acto ilícito, cual es un despido nulo. La condena a la empresa a abonar al trabajador el importe de los salarios correspondientes al periodo de tiempo en el que debía haber estado prestando sus servicios, compensa el daño emergente sufrido.

La indemnización por daños morales, derivada de la vulneración de un derecho fundamental, se dirige a compensar el sufrimiento, dolor, incertidumbre, angustia, ansiedad... que la citada vulneración haya podido producir a la trabajadora. En este caso se concreta en la ansiedad que sufre la trabajadora por la pérdida del trabajo y la pérdida de oportunidades de desarrollo profesional.

Son dos daños diferentes a los que corresponden dos indemnizaciones diferentes”.

Tercera (puntuación): La prestación por equivalente no significa – en ningún caso – que el empresario, en puridad (o, al menos, en las primeras etapas), tenga reconocido un “derecho de opción” ni el débito indemnizatorio implica el nacimiento de una nueva obligación.

Más que de opción en favor del deudor, hay que hablar de transformación de la obligación en obligación indemnizatoria. En consecuencia, no nace una nueva obligación, sino que lo que opera es un cambio en el objeto. Y esto no implica una modificación de la obligación principal, dado que los sujetos son los mismos y el vínculo jurídico permanece inalterable. Como apunta BELTRAN DE HEREDIA y ONÍS¹⁴:

“cuando se incumple la obligación y se da lugar al cumplimiento forzoso, sí se opera un cambio en la prestación. No surge una obligación nueva, ya que no hay novación objetiva al faltar entre otras cosas el animus novandi; tampoco hay una subrogación en el pago. Hay sencillamente la misma obligación con un objeto distinto. Los sujetos son los mismos y el vínculo jurídico permanece inalterable (...). Justamente por ello el acreedor puede exigir al deudor el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de su incumplimiento, o de su cumplimiento defectuoso o insuficiente”.

¹⁴ BELTRAN DE HEREDIA y ONÍS (1990), *El incumplimiento de las obligaciones*. EDERSA, Madrid, 1990, p. 47.

Por consiguiente, la indemnización legal tasada por despido improcedente no es más que la transformación automática del objeto de la obligación específica (esto es, la readmisión y el consiguiente cumplimiento de lo pactado).

El hecho de que la indemnización se calcule en función del tiempo de servicios prestado y el salario es el instrumento (imperfecto – pero posiblemente el único) que ha escogido el Legislador para tratar de proyectar la parte restante del programa de prestación inicialmente comprometido por el empresario que no se ha cumplido a causa de una extinción sobrevinida sin motivo justificado (esto es, incumpliendo imputablemente).

La cuestión es que, pese a que técnicamente no puede entenderse que concurra propiamente una “elección del deudor”, en la práctica, al considerarse (históricamente, como se expondrá) que se trata de una obligación “infungible”, supone el reconocimiento implícito de una “opción entre dos obligaciones” (por lo que la concreción de la obligación que debe cumplirse está supeditada a la libre decisión del deudor). A partir de este planteamiento, el Derecho del Trabajo, inspirado por planteamientos pragmáticos y de economía procesal, acabará optando por dar cobertura jurídica a este proceder, reconociendo un “derecho de opción” (lo que, ciertamente, supone una utilización impropia o desnaturalizada del concepto).

Y, cuarta (puntualización): El derecho de opción es una norma de naturaleza estrictamente procesal que, en aras al principio de economía procesal, la legislación laboral ha acabado incorporando en el derecho sustantivo. En efecto, la “anomalía” jurídica que supone que, en fase de ejecución, el obligado al cumplimiento de una obligación tenga una facultad de elección radica históricamente en la convicción (en este caso, falsa) del carácter infungible de ciertas obligaciones de hacer, calificadas como personalísimas – como la readmisión.

De ahí que, como se ha apuntado, en aras esencialmente al principio de economía procesal, la Ley de Tribunales Industriales se apresurara en 1908 (art. 27) a exigir la traducción líquida de todas las obligaciones de hacer y no hacer en caso de incumplimiento del deudor (conversión que se perfeccionará en la Ley de 1912 – art. 46 – y, posteriormente, en el Decreto de 22 de julio de 1928; incorporándose más tarde, con otras novedades, en la Ley de Jurados Mixtos de 1931 – art. 51 -, la Ley de 6 de noviembre de 1941 y la Ley del Contrato de Trabajo de 1944 – art. 81.3¹⁵).

¹⁵ La Ley del Contrato de Trabajo 1944 supone un gran salto cualitativo, pues, a pesar de que, en esencia, mantiene la operatividad de los textos precedentes, en una nueva manifestación de pragmatismo procesal, incorpora estas reglas (de naturaleza estrictamente ejecutiva) en un texto de derecho sustantivo laboral. En efecto, el párrafo 3º del art. 81 de la citada Ley (recogiendo el contenido de la Ley de 6 de noviembre de 1941), da un paso más en la mejora de la eficiencia de la economía procesal y específica que en caso de despido injustificado el empresario tendrá latitud de “derecho de opción”, salvo en las empresas de ciertas dimensiones.

– *Segundo planteamiento clave*: partiendo de la distinción entre la calificación jurídica del despido sin causa, en tanto que negocio jurídico infundado (y que apela a una esfera de naturaleza sustantiva); y la voluntad del legislador para exigir con mayor o menor intensidad el cumplimiento de la prestación por equivalente (y que apela a una esfera procesal - hoy “sustantivizada”), debe recordarse que la regulación sobre la calificación de nulidad o improcedencia del despido ilícito ha sufrido diversos cambios en el tiempo, en función de diversos objetivos de política legislativa. Y, desde este punto de vista el “despido exprés” es “uno” de los muchos episodios de esta evolución¹⁶. De hecho, si lo recuerdan, el incumplimiento de los requisitos formales en el despido disciplinario o en el objetivo, en otros momentos, también ha recibido la calificación de nulidad (arts. 53.4 y 55.3.2º ET/1980). Y también justificaría que, en la actualidad, se proclame la nulidad en ciertos supuestos del despido colectivo y no, en cambio, en las resoluciones individuales o plurales por causas de empresa. Y, sin que esta calificación en los primeros exija que también *tenga* que extenderse a los segundos. Desde el punto de vista de la dogmática jurídica (y dado que nos hallamos en este ámbito procesal – diferenciado del sustantivo) no hay elemento alguno que lo fuerce¹⁷.

– *Tercer planteamiento clave*: a la luz de todo lo anterior, puede colegirse que el medio a través del cual se exige al empresario el cumplimiento del programa de prestación ilegítimamente incumplido excede del ámbito de aplicación de los apartados 3 y 4 del art. 6 CC. O, dicho de otro modo, la nulidad que proclama el apartado 3 se circunscribe al acto extintivo (y sólo puede limitarse a este ámbito); y, por ende, es distinta de la “calificación judicial de nulidad”¹⁸. En definitiva, las esferas sustantiva y procesal operan

¹⁶ De hecho esta opción sería, hasta la fecha, la máxima expresión del principio de economía procesal en este ámbito (asumiendo que los recursos de la justicia no son ilimitados), pues, salvo que concurra una violación de un derecho fundamental (y teniendo en cuenta que en la actualidad no se devengan salarios de tramitación en caso de no optarse por la readmisión), el ordenamiento jurídico otorga la protección máxima que se hubiera reconocido si se hubiera accionado y se hubiera corregido la conducta contractualmente ilícita del empresario.

¹⁷ En este sentido, la STSJ\Pleno Cataluña 21 de junio 2020 (rec. 4708/2019), entiende que la doctrina del TS declarado la nulidad por fraude de ley de los despidos producidos en el marco de determinados Consorcios andaluces (por todas, STS 19 de febrero 2014) no permite extraer que «la regulación del despido colectivo obliga a declarar la nulidad de los despidos objetivos con defecto de forma» (y añade: «Si bien es cierto que la diferencia entre ambos despidos radica sustancialmente en razones cuantitativas, la regulación de la nulidad es completamente diferente»).

¹⁸ Al respecto, siguiendo con SEGALÉS FIDALGO, adviértase que “el instrumento de la nulidad contemplado en el artículo 6.3 del CC está programado, esencialmente, para expurgar aquellos actos y negocios jurídicos contrarios a normas imperativas, propiciando normalmente un efecto inverso (anulación del contrato) al que converge el predicado de nulidad del acto extintivo laboral. Por lo anterior, no son despreciables los problemas que debiera ocasionar la exportación acrítica de una figura como la que aquí estudiamos, cuando el cometido que se le pretende encomendar en el ordenamiento receptor circula en sentido contrario (conservación del negocio jurídico) a aquel para el que ha sido esencialmente concebida (anulación del negocio jurídico)”. Añadiendo que “la proyección de la nulidad civil ex art. 6.3 CC al ámbito de la relación obligatoria laboral no puede hacerse a costa de despojarle del carácter que le atribuye la propia doctrina de la Sala 1ª del TS, cuando la toma como un remedio excepcional para expurgar aquellos actos y negocios jurídicos que afecten de forma sustancial al orden público, con la habitual intención de anularlos y no de mantenerlos vivos”. SEGALÉS FIDALGO, Jaime, “A la búsqueda de la nulidad perdida.

conforme a lógicas y principios claramente diferenciados (su naturaleza jurídica es distinta) y, por ende, no son intercambiables¹⁹.

- *Cuarto planteamiento clave*: como expone la STSJ\Pleno Cataluña 21 de junio 2020 (rec. 4708/2019), tampoco puede entenderse que un despido sin causa provoque indefensión. Especialmente porque la respuesta judicial que obtiene es idéntica a la que “podría obtener en el caso de que se hubiera expresado correctamente la misma y el trabajador hubiera podido impugnar el despido, sin indefensión por ello”.

– Y, *Quinto planteamiento clave*: si se admitiera que la nulidad es un efecto intrínseco o consustancial al despido sin alegación de causa alguna o por causa falsa, no podría distinguirse este supuesto del “simplemente” improcedente. Lo que implicaría que la nulidad debería ser predicable en todos los casos (desapareciendo la improcedencia²⁰).

En todo caso, la consolidada doctrina jurisprudencial que ha acotado los supuestos de despido nulo a los explícitamente recogidos en la norma, no ha impedido que (de forma controvertida a la luz de los argumentos recién expuestos) se siguiera defendido en algunas resoluciones en casos calificados como fraudulentos o sin justa causa²¹. E, incluso, en el marco del derecho “ordinario” (al margen del COVID-19), algunas sentencias en la instancia, sobre la base del C158 OIT y de la Carta Social Europea

Bagatelas a propósito del art. 2 del RDL 9/2020”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 219, 2021, pp. 37-38. Aproximación que puede complementarse con el planteamiento de Carmen VIQUEIRA PÉREZ (“Acercas de la calificación del despido que vulnera la pretendida ‘prohibición de despedir’”, *Revista de Jurisprudencia Social*, 9, 2020): “en caso de fraude procede la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir (que, para el despido, implica la declaración de improcedencia al no estar justificada la extinción) en caso de abuso de derecho, procede el abono de la correspondiente indemnización (objetivo que también queda cubierto con la declaración de improcedencia) y la nulidad prevista en el art. 6.3 sólo opera para los casos en los que la norma imperativa o prohibitiva vulnerada no haya previsto un efecto distinto para el caso de contravención (tarea que, con respecto al contrato de trabajo, asume el ET)”.

¹⁹ En términos similares, STSJ Andalucía\Sevilla 19 de noviembre 2020 (rec. 3571/2020). En la doctrina, distinguiendo también entre la dimensión sustantiva y la procesal, CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Calificación de los ceses laborales por fuerza mayor y causas etop relacionadas con la COVID-19”, *Blog Net21*, 2021 <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/CALIFICACION-DE-LOS-CESES-LABORALES-POR-FUERZA-MAYOR-Y-CAUSAS-ETOP-RELACIONADAS-CON-LA-COVID-19.pdf>; y DE CASTRO MARÍN, Emilio, “¿Resulta viable la declaración de nulidad de las extinciones contractuales y despidos en el contexto del Covid 19 ex art. 2 del RDL 9/2020?”, *Diario La Ley*, 9694, 2020.

²⁰ O, como apunta la STSJ\Pleno Cataluña 21 de junio 2020 (rec. 4708/2019), rebatiendo la posible objeción de la indefensión que el despido sin alegación de causa alguna o sin causa justa podría acarrear, afirma que si en estos casos, el despido se calificara como nulo y no como improcedente, “debería aplicarse no solo a los despidos escritos sin alegación de causa, sino con mayor razón, si cabe, en los supuestos de despido verbal, y con aun mayor razón en los de despido tácito, en los que el incumplimiento de los expresados requisitos y el consiguiente desconocimiento de la razón de su despido por el trabajador es mayor, tanto en los supuestos de despido objetivo como disciplinario”.

²¹ *Obiter dicta*, STSJ Cataluña 6 de junio 2019 (rec. 395/2019); y siguiendo el argumento que en ella se expone la SJS/1 Terrassa 29 de noviembre 2019 (núm. 291/2019).

Revisada (CSEr), han reconocido la obligación de readmisión en el despido improcedente²².

2.2. La indemnización legal tasada y su efecto disuasivo (y la posible incidencia del “sesgo de supervivencia”)

En la posibilidad “material” de extinguir el contrato en situaciones de causa falsa anida una objeción de fondo. En concreto, la relativa a la capacidad de la norma de influir (eficazmente) sobre la conducta de los potenciales infractores (al menos, hasta el nivel que socialmente se estime como admisible). De hecho, lo apuntado en el epígrafe anterior no es incompatible con que se debata sobre si el importe económico existente es más o menos disuasorio en aras a evitar (contener) esta conducta contractualmente ilícita.

Se trata, sin duda, de una cuestión de extraordinaria actualidad, y más todavía si cabe, a partir de la ratificación de la Carta Social Europea Revisada (CSEr). Y, en particular, a la luz de la interpretación que del art. 24 se desprende de la Resolución del CEDS 11 de septiembre 2019, (núm. 158/2017), *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, a propósito del sistema indemnizatorio tasado italiano - muy similar al español. En concreto, se ha afirmado lo siguiente (traduzco del inglés – ap. 96):

“La Comisión señala que cualquier límite máximo de indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a los perjuicios sufridos y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta (...). Si existe un límite máximo de indemnización por daños pecuniarios, la víctima debe poder solicitar una indemnización por daños no pecuniarios a través de otras vías jurídicas y los tribunales competentes para la indemnización por daños pecuniarios y no pecuniarios deben decidir en un plazo razonable”²³.

A la luz de esta cuestión, en la doctrina se han planteado dos aspectos en relación a la indemnización del despido improcedente: primero, debe ser “disuasiva”; y, segundo, debe

²² Así se recoge en las SSJS/34 Madrid 21 de febrero 2020 (rec. 843/2019); y 21 de octubre 2020 (núm. 177/2020).

²³ Un comentario en BAYLOS GRAU, Antonio, “Orientaciones europeas sobre el despido ilegítimo. a propósito de la job act italiana... y de la situación española”, *Blog del Autor*, 2020 <https://baylos.blogspot.com/2020/02/orientaciones-europeas-sobre-el-despido.html>. En todo caso, como también expone la STSJ/Pleno Cataluña 21 de junio 2020 (rec. 4708/2019), no parece que la doctrina de la STEDH 10 de julio 2012 (*KMC c/ Hungría*) pueda extrapolarse a nuestro ordenamiento jurídico. Especialmente porque en el marco normativo del conflicto el trabajador puede ser despedido sin causa ni alegación de la misma, y es el propio trabajador quien debe acreditar la ilegalidad de su despido. De ahí – como apunta el TSJ – “la consideración del TEDH en el sentido de que ‘es inconcebible que el solicitante pueda interponer una acción sobre el fondo, por falta de una posición conocida del empleador demandado’, por lo que concluye que “el despido violó su derecho a conocer las causas de su despido y hacer que su despido sea evaluado completamente por un organismo independiente, según lo dispuesto en el artículo 6 CEDH”.

ser “suficiente”. Ambos serán abordados a continuación, aportando algunas valoraciones a partir de dos “enfoques” diferenciados.

Vaya por delante que, como se ha expuesto anteriormente, la naturaleza resolutoria del despido admitiría la posibilidad de compatibilizar la compensación legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios (siempre que se acrediten y se establezca una relación de causalidad con la decisión empresarial).

Hecha esta puntualización y volviendo al carácter disuasivo y suficiente de la indemnización, creo que deben tenerse en cuenta las siguientes reflexiones:

– *Primer enfoque*: el hecho de que el incumplidor de una norma esté dispuesto a asumir las consecuencias de su conducta ilícita no significa que tal comportamiento esté legalmente permitido (del mismo modo que el hecho de que esté dispuesto a asumir el coste de la multa – y una eventual retirada de cierto número de puntos – no significa que superar el límite de velocidad esté jurídicamente permitido).

Esta afirmación no obvia que la “tarificación” del despido injustificado pueda dar lugar a situaciones particularmente sangrantes (por ejemplo, en las de enfermedad o incapacidad temporal que no sean subsumibles en el concepto de discapacidad *ex Daoudi*).

No obstante, colegir que de la “tarificación” del despido injustificado se desprende una habilitación para el despido *ad nutum*, conlleva un razonamiento difícilmente admisible en términos jurídicos. Y permítanme que (para ilustrar) ahonde en esta idea a partir de un ejemplo “extremo” (o “exagerado”, según prefieran): si la indemnización por despido improcedente fuera de 165 días por año trabajado (o ¡330!) con un máximo de 120 meses (o ¡240!), ¿alguien seguiría defendiendo que nuestro marco normativo admite la existencia de un despido libre indemnizado?

Repárese que si partiera de la idea de que el marco jurídico vigente habilita un “despido libre indemnizado”, pero se respondiera negativamente a la pregunta anterior (porque se entendiera que, con este montante, el despido dejaría de ser “libre”), llegaríamos a una conclusión difícilmente sostenible desde el punto de vista de la (coherencia de la) dogmática jurídica: no sería admisible que la naturaleza de una institución variara en función de la cuantía del importe económico de la responsabilidad asociada.

De ahí que no creo que (reitero, desde el punto de vista jurídico), pueda afirmarse que, en nuestro ordenamiento, esté vigente el despido *ad nutum*.

Lo que sucede en estas situaciones es que la posibilidad de cumplir por equivalente suscita una cuestión vinculada a lo que se conoce como “coste de oportunidad” (y, ciertamente, la “tarificación” amplifica su visibilidad). Por consiguiente, apela a una dimensión propia

de la ciencia económica (y de la psicología de la conducta – del potencial infractor)²⁴. Sin embargo, esto ha pasado desapercibido en la doctrina. Y, modestamente, creo que al no reparar en la incidencia (determinante) de esta dimensión, un sector del iuslaboralismo está confundiendo el saber económico (y de la conducta) con el jurídico. Lo que nos lleva a la segunda de las reflexiones anunciadas.

– *Segundo enfoque*: el hecho de que se produzcan despidos sin causa puede llevar a pensar que el importe de la compensación legal tasada no es suficientemente disuasorio (no es capaz de contener la decisión empresarial ilícita). Como se apuntará posteriormente, este planteamiento es el que ha llevado a alguna resolución judicial a entender que, en el marco de la pandemia, se estaba incumpliendo el C-158 OIT (dada su estrecha conexión sustantiva con la suficiencia exigida por el art. 24 CSER²⁵). Vaya por delante que, como apunta la STSJ\Pleno Cataluña 21 de junio 2020 (rec. 4708/2019), “en el derecho Internacional, General y Europeo, si bien es unánime la declaración del carácter causal del despido, también lo es el que no se exige en ningún caso la nulidad como única reparación posible, de modo que ésta únicamente se cita expresamente en el Convenio OIT, y ciertamente ni siquiera se hace en los Convenios europeos”.

En una valoración general, la delimitación jurídica de lo que debe ser una indemnización “disuasoria” es una cuestión (ciertamente) “resbaladiza” (de hecho, para ser coherentes, debería exigirse a todas las improcedencias y no sólo en los supuestos vinculados a la pandemia). A su vez, para que una indemnización tenga efectos “disuasorios” debe ser conocida de antemano. Si no se sabe su existencia ni tampoco su importe (o depende del criterio del juzgador) es muy difícil que el afectado pueda ser sensible a la misma y adapte su comportamiento (en tal caso, lejos de ser disuasoria para ese caso concreto, fundamentalmente, la indemnización estaría cumpliendo una función meramente “punitiva”).

²⁴ Aunque no sólo, pues, este concepto también está muy influido por lo que se denomina “psicología de la escasez”. Esto es, la toma de decisiones varía de forma sustancial en función de si se está en una situación de “escasez” (de, por ejemplo, dinero) o de “holgura”. En este segundo caso, al comprar una cosa (por ejemplo, un ticket a un parque de atracciones) no se siente la necesidad de renunciar a otra cosa, de modo que, a diferencia de las personas que se encuentran en una situación de escasez, no se hacen cambios compensatorios (pensando qué otras cosas se hubieran podido comprar con el dinero invertido). Esto es así cuando se trata de comprar algo que representa una cantidad de dinero “pequeña”. De modo que, en estas circunstancias, al no poder determinar a qué se renuncia, es difícil saber el valor de las cosas. Lo que, en términos de la ciencia económica, implica que se estarían tomando decisiones sin considerar el coste de oportunidad. Extensamente, en Sendhil MULLAINATHAN y Eldar SHAFIR, *Escasez*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016, pp. 128-138.

²⁵ La SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020 (núm. 170/2020), en una extinción del contrato por causas objetivas, entiende que el despido debe ser calificado como improcedente. No obstante, entiende que en virtud del C158 de la OIT (interpretado conforme a la CSER), la indemnización legal tasada no es suficientemente disuasoria y por ello reconoce una indemnización complementaria de 60.000€ a compensar con la ya percibida, salvo que se produzca una readmisión. La SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020 (núm. 174/2020) siguiendo un razonamiento idéntico a la anterior, alcanza la misma calificación, reconociendo una indemnización de casi 49.000 € (9 meses de salario), salvo readmisión.

Personalmente, creo que es discutible que la indemnización legal tasada en el despido improcedente no sea, en términos estrictamente jurídicos, “disuasoria” (especialmente porque es cuantitativamente superior a la del despido objetivo procedente). Y el hecho de que se conozca de antemano su importe no debilita su fuerza disuasiva²⁶.

Y, más allá de la subjetividad implícita que la delimitación de lo que es disuasorio o no implica (y, obviamente, la dimensión económica derivada del coste de oportunidad de cada individuo descrita), creo que, en todo caso, cualquier compensación complementaria debería sujetarse a una verificación efectiva del perjuicio sufrido y su relación causal con la conducta empresarial (aspecto, sin duda, complejo).

En cualquier caso, si la decisión empresarial de despedir sin causa está fuertemente condicionada por la “tarificación” de la indemnización, permítanme que, para esta segunda reflexión, haga una aproximación a partir de una dimensión de la psicología de la conducta y, en concreto, a través de un escenario poco ortodoxo para el entorno jurídico²⁷.

En la medida que sólo tenemos constancia de aquellos despidos sin causa que son efectivamente llevados a cabo, impugnados y acreditados, podría llegarse a la conclusión de que “son todos los que hay”. Es decir, podría pensarse que su número coincide con un porcentaje cercano al 100% de casos en los que los empresarios *tienen la intención* de extinguir sin un motivo legalmente justificado.

Y, esta podría ser una de las principales razones que alimentaría la necesidad de corregir esta conducta empresarial (modificando las indemnizaciones al alza); pues, esta “evidencia” estaría mostrando que la medida no es todo lo “efectiva” que se estima que debería ser (la objeción que subyace en el fondo es que su capacidad de contención sería limitada).

Sin embargo, alcanzar una conclusión de esta naturaleza a partir de los casos en los que la intención extintiva ilícita ha tenido “éxito” (por ejemplo, a partir de los datos

²⁶ En cambio, de forma muy controvertida a mi entender, a partir de los testimonios recientes de la doctrina jurisprudencial italiana, Antonio BAYLOS GRAU (“La Corte Constitucional italiana prosigue su labor de imponer garantías que limitan la reforma del despido del 2012”, *Blog del Autor*, 2021, <https://baylos.blogspot.com/2021/04/la-corte-constitucional-italiana.html>), “Consentir al empleador calcular con exactitud cuánto cuesta despedir a un trabajador elimina cualquier efecto disuasorio de un despido improcedente o sin causa justa, o efectuado incumpliendo los requisitos formales previstos en la ley o en la negociación colectiva”.

²⁷ En cuanto a las diferencias derivadas de la existencia de “multas” y “tarifas” desde el punto de vista de la filosofía y de la psicología de la conducta aplicadas al ámbito del despido (y, en particular, en determinados supuestos de despidos injustificados de personas estando de baja por incapacidad y no pueda aplicarse la doctrina *Daouidi*), véase BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Improcedencia e indemnización: ¿corrupción de deberes cívicos?”, *Blog del Autor*, 2019 <https://ignasibeltran.com/2019/06/03/improcedencia-e-indemnizacion-corrupcion-de-deberes-civicos/>

estadísticos existentes sobre el importe medio de las indemnizaciones por despido improcedente²⁸) podría, en hipótesis, ser parcial, al no ajustarse a la totalidad de situaciones que acontecen (y, por consiguiente, arrojar una conclusión alejada de la verdadera efectividad de la indemnización)²⁹.

En efecto, es probable que se estén obviando todas aquellas “intenciones empresariales” que no han acabado plasmándose en una decisión extintiva sin causa, porque la indemnización (y la posible litigación posterior) han operado como un factor disuasivo “verdaderamente efectivo”. En definitiva, no vemos (no se tienen en cuenta) los casos de “fracaso” (porque quedan “en la sombra”).

El siguiente ejemplo (el alejamiento de la ortodoxia anunciado), puede ayudar a ilustrar este aspecto:

imagínense una población de jirafas con el cuello corto que viven en un entorno en el que la vegetación cambia y la comida sólo es accesible en los árboles más altos. Sólo las jirafas con el cuello más alto tendrán probabilidades de reproducirse antes de morir.

Este breve escenario descrito por DU SAUTOY³⁰ es el punto de partida de su síntesis de la teoría de la evolución de la vida según DARWIN. Pues bien, imaginen que, en este escenario, tiramos un dado de seis caras para determinar:

“la suerte de sufrir una mutación adaptada a este cambio de entorno, para cada una de las jirafas nacida en la siguiente generación. Si sale 1, 2, 3, 4 o 5, la jirafa queda condenada a tener un cuello de la misma longitud o más corto, y si sale 6, tiene la suerte de sufrir una mutación que produce un cuello más largo. Las jirafas de cuello largo consiguen la comida y las jirafas de cuello corto no sobreviven lo

²⁸ Véase al respecto, “Estadística de despidos y su coste (2015-2018)” del Ministerio de Trabajo y Economía Social, https://www.mites.gob.es/estadisticas/dec/dec15_18/DEC_2015_2018.pdf. Asumiendo que en este período de tiempo el marco normativo ha permanecido estable (y, por ende, los factores que conforman la fórmula de cálculo de las indemnizaciones) es obvio que estas estadísticas evidencian, o bien, una reducción del importe de los salarios, o bien, una extinción sobrevenida más anticipada de los contratos, o una combinación de ambos. Ahora bien, aunque pueda resultar contraintuitivo, a la luz de estos datos, no puede inferirse que exista una relación de causalidad entre estos factores y el hecho de que se haya producido un debilitamiento de la fuerza disuasoria de la indemnización por despido improcedente (o, al menos, no en todos los casos). Al hilo de la “psicología de la escasez” a la que se ha hecho referencia en una nota anterior, esta relación no podría conocerse a no ser que se tuviera en cuenta la situación de “holgura” o de “escasez” que padece el empresario que decide despedir sin causa (en hipótesis, podría suceder que la extrema competitividad en algunos sectores, de hecho, haya “encarecido” el despido improcedente – porque sea más difícil acumular el capital para pagar las indemnizaciones).

²⁹ Incluso, aunque el importe medio haya descendido tampoco es un dato clarificador para poder desvelar la verdadera efectividad (pues, este indicador sigue gravitando sobre los casos de “éxito”).

³⁰ DU SAUTOY, Marcus, *Lo que no podemos saber*, Acantilado, Barcelona, 2016, p. 74.

suficiente como para reproducirse. Así que son justamente las jirafas de cuello largo las que tienen la oportunidad de transmitir su ADN.

En la siguiente generación pasa la mismo. Si en el dado sale 1, 2, 3, 4 o 5, la jirafa no crece más que sus padres. Pero otro 6 hace que la jirafa crezca un poco más. De nuevo la jirafa más alta sobrevive. El entorno favorece a las jirafas que han sacado un 6. Cada generación termina siendo un poco más alta que la generación anterior, hasta que llega un momento en el que ya no supone ninguna ventaja crecer más”.

Y, aquí viene la clave de la argumentación a los efectos de la indemnización por despido que pretendo exponer:

“En retrospectiva, parece muy sorprendente ver tantos seises en fila. Pero la clave es que no vemos otros muchos resultados de la tirada del dado porque corresponden a individuos que no sobrevivieron para reproducirse. Lo que parece un juego amañado no es más que una combinación de suerte y selección natural”.

Pues bien, como se ha apuntado, algunas sentencias recientes y un sector de la doctrina muy autorizado (a la luz del C-158 OIT y de la CSEr)³¹ han defendido que el importe de la indemnización por despido improcedente no es “adecuado”, pues, la mera existencia de despidos sin causa es la prueba palpable de que no es una medida suficientemente “disuasiva”.

En mi modesta opinión, esta valoración podría estar sesgada, porque (como con el caso de las jirafas con el cuello alto), sólo reparamos en los casos que efectivamente han “emergido”, esto es, se han materializado. El resto de situaciones en las que la indemnización por despido sí ha tenido un efecto disuasivo efectivo (es decir, los casos en los que, en el ejemplo de las jirafas, el resultado del dado ha sido 1, 2, 3, 4 o 5) nos quedan “en la sombra”.

La existencia de estos casos “en la sombra” impide que pueda saberse en qué medida (con qué intensidad) la indemnización por despido improcedente fomenta las decisiones extintivas ilícitas. Al no saber los casos de “fracaso” provocados por la fuerza disuasoria de la indemnización (esto es, la extensión de la “sombra”), no podemos colegir que, efectivamente, la posibilidad de despedir “pagando” esté describiendo un despido “libre” indemnizado. O, si lo prefieren, podría suceder que lo fuera en un número de casos

³¹ Véase al respecto, MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 2021, 1 y ss.

inferior al que se le tiende a atribuir (obviando la efectividad que *en realidad* la indemnización tiene en aras a la contención del empleo en la actualidad).

Sería muy difícil (por no decir imposible) saber cuántos casos de “fracaso” se producen. No obstante, creo que es razonable pensar que los casos de “éxito” están lejos del 100% que les he apuntado al inicio.

En todo caso, como apunta TALEB³² no podemos considerar un resultado sin tener en cuenta la media de intentos ni la muestra de los que han acabado materializándose. Si sucede, en hipótesis, podríamos acabar siendo víctimas de lo que se conoce como el “sesgo de supervivencia”. En estos casos, siguiendo con TALEB, se estaría confundiendo “la distribución del máximo de una variable con la de la propia variable”³³.

Con estas líneas no se pretende negar que los empresarios estén efectivamente despidiendo sin causa, ni tampoco que su número pueda ser elevado. Sin embargo, dado que la teoría del despido “libre” indemnizado (o de la nulidad por despido fraudulento o sin causa), en el fondo, apela a una dimensión propia de la ciencia económica (el coste de oportunidad) y, por ende, a que la fuerza disuasiva de la indemnización es escasa (o muy inferior a lo que sería “deseable”), reparen que, en realidad, está refiriéndose exclusivamente a su efectividad. Y, por consiguiente, es en este ámbito (si es o no efectiva) en el que “sesgo de supervivencia” podría debilitar (notablemente) la premisa de partida de estas tesis.

En cambio, el hecho de que sólo veamos los casos en los que se materializa la improcedencia del despido, podría estar produciendo el efecto de pensar que las indemnizaciones deben ser más elevadas para intensificar un efecto disuasivo que podría parecernos, *a la luz de los resultados visibles*, insuficiente (o bien, proponer la readmisión *in natura*). La ratificación de la CSEr y la reciente Resolución CEDS 11 de septiembre 2019 (núm. 158/17), anteriormente citada, podría ser el factor precipitador. Y, de hecho, la misma lógica que estaría impulsando esta reforma al alza, podría justificar posteriores incrementos ante la constatación de nuevos casos de extinciones infundadas (evidenciando que, otra vez, la compensación legal tasada sigue siendo insuficientemente disuasoria). Sólo el reconocimiento del derecho de opción en estos casos a los trabajadores (o la readmisión obligatoria) paralizaría esta espiral argumentativa.

En este sentido, no estoy sugiriendo que las indemnizaciones no deban incrementarse (como ya les he avanzado, defiendo la posibilidad de compatibilizar la compensación legal tasada con una indemnización de daños y perjuicios si se dan ciertas condiciones); sino que, si se decide abrir el debate para hacerlo normativamente, tratemos de hacerlo

³² TALEB, Nassim N., *¿Existe la suerte?*, Espasa, Barcelona, 2009, p. 70 y 181.

³³ TALEB, *¿Existe la suerte?*, op. cit., p. 207,

“mínimamente bien”, sin menospreciar a todas las “jirafas de cuello corto” que no podemos ver.

La fragilidad de la situación en el contexto de la pandemia (como se empezará a exponer en los epígrafes que siguen) exige una sintonía muy fina.

3. Anatomía del art. 2 RD Ley 9/2020

El art. 2 establece una medida extraordinaria para la protección del empleo, al limitar la posibilidad de despedir o extinguir el contrato alegando algunas de las causas previstas en los arts. 22 y 23 R Ley 8/2020 (esto es, la fuerza mayor y CETOP relacionadas con el COVID-19).

En concreto, reza como sigue: “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”.

En aras a descifrar su contenido, como se ha avanzado en la presentación de este trabajo, cabe distinguir los siguientes elementos: el contexto en el que se promulga; el ámbito de aplicación objetiva; el ámbito de aplicación temporal; la controvertida cuestión relativa a qué calificación judicial debe darse a la expresión “no se podrán entender como justificativas”; y, finalmente, una vez analizado su contenido, se procederá al análisis de su posible incompatibilidad con el derecho de la UE.

En este sentido, vaya por delante (a modo de “titular”), que, a grandes rasgos (sin perjuicio de las matizaciones que serán objeto de exposición), el criterio interpretativo que se defiende en este trabajo es el siguiente: por un lado, el art. 2 RD Ley 9/2020 sólo es aplicable a los centros de trabajo (o de la empresa si sólo tiene uno) si tienen vigente un ERTE; y, por otro lado, el “carácter injustificado” de la extinción no puede identificarse con la calificación de nulidad.

En las líneas que siguen trataré de hilvanar los argumentos para sostener ambas hipótesis.

3.1. El contexto en el que se dicta el RD Ley 9/2020 y el escenario posterior paralelo a las prórrogas de su art. 2

La medida de protección del empleo recogida en el art. 2 RD Ley 9/2020 es distinta a la prevista inicialmente (y con una formulación ciertamente ambigua) en la CSE *ex* DA 6^a RD Ley 8/2020. Esta, como se recordará, en su redacción originaria “condiciona” las medidas extraordinarias que se prevén en la misma disposición “al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”. No obstante, la particularidad es que no se concretan los efectos que se anudan a su incumplimiento. Disposición que, como se apuntará posteriormente, se complementará mediante la DA 14^a RD Ley 11/2020 y, posteriormente, será objeto de modificación a través de la DF 1.3 RD Ley 18/2020.

Aunque para esta primera fase de la norma podría barajarse la posibilidad de que se hubiera establecido alguna regla que incidía en la calificación de las extinciones contractuales producidas en este lapso de tiempo, como se expondrá posteriormente, hay elementos para entender que esta interpretación sería muy forzada (y, en relación a los efectos derivados del incumplimiento de la CSE en base a la redacción actual de la DA 6ª - aunque hay quienes mantienen otro criterio -, parece claro que no tiene afectación alguna en la citada calificación judicial).

La particularidad del art. 2 RD Ley 9/2020 es que en la Exposición de Motivos (EM) de esta norma no contiene referencia alguna al mismo. Esta ausencia es importante porque la deja sin fuente de información que podría contribuir (en mayor o menor medida) a desvelar el verdadero propósito de la regla que contiene³⁴.

Aunque la citada EM afirma que el RD Ley 9/2020 complementa y detalla algunas de las medidas del anterior RD Ley 8/2020, lacónicamente, se refiere a que el mismo procede a la integración de “otra serie de medidas, en el ámbito laboral, destinadas a paliar los efectos de la crisis del COVID-19, sobre las personas trabajadoras”. Y añade (reproduzco en su integridad para evidenciar la omisión sobre el analizado art. 2):

“Por esta razón, se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, 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. En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual”.

Por consiguiente, reparen que la salvaguarda del empleo a la que se apela (“el Gobierno reforzó”), se refiere a las medidas del RD Ley 8/2020, pero no a las que recoge el propio RD Ley 9/2020.

A su vez, en relación a este RD Ley, adviértase que parte de la base de una situación de “enfriamiento de la actividad productiva” provocada por la pandemia. Y, por consiguiente, entiende que “esta situación va a tener una duración limitada y sujeta a un

³⁴ En términos similares, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos, “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la ‘prohibición’ de despedir por las causas COVID-19”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2021.

periodo de tiempo concreto”. Por este motivo, prosigue, se han adoptado (como se ha reproducido anteriormente) una serie de “medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual”. Si bien es cierto que la (privilegiada) perspectiva que posibilita el transcurso del tiempo ha permitido constatar que estas primeras predicciones se quedaron cortas, lo cierto es que las sucesivas prórrogas que el art. 2 RD Ley 9/2020 ha experimentado (promovidas por los diversos *Acuerdos Sociales de Defensa del Empleo*), de algún modo, han renovado esta proyección temporal (al menos, hasta el 31 de mayo 2021).

Sin embargo, a medida que se ha ido dilatando este marco temporal de vigencia, se ha producido un efecto paradójico, pues, una regla originariamente pensada para proteger el empleo ha ido mutando con el paso de los meses (y lo ha hecho en paralelo al incremento de la fragilidad de muchas realidades empresariales) hasta convertirse en un factor con un potencial desestabilizador de la continuidad de la actividad empresarial creciente (y, en algunos supuestos, implacable). Es decir, en algunos casos y, en función de la interpretación que se le acabe dando, lejos de preservar el empleo, puede ahondar la precariedad de la viabilidad de la empresa (y, por consiguiente, del empleo de los trabajadores a ella vinculados). En este sentido, resulta muy ilustrador la reflexión que se formula en el VP a la STSJ País Vasco 23 de febrero 2021 (rec. 57/2021) – que sostiene que del citado precepto se desprende la nulidad -, al afirmar que:

“Dicha normativa nació (y así se deduce de la exposición de motivos del Real decreto ley 8/2020 y 9/2020) con una vocación de atender a una situación coyuntural de duración limitada, pero ya no puede calificarse así pues desde que comenzó a dictarse ha transcurrido casi un año existiendo una gran incertidumbre en todo el planeta sobre cuál será su duración. En estas circunstancias, entiendo que no va a resultar fácil encontrar despidos que no estén ‘relacionados’ con la pandemia en los términos del artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 en relación con el artículo 23 del Real decreto ley/2020. Por lo que en todo caso habría que ser cautos en la interpretación de cuándo una decisión empresarial de poner fin a una relación laboral implica un fraude de ley, especialmente si a esa calificación le anudamos el deber de readmisión obligatoria como modo de rechazar la conducta empresarial fraudulenta. Entiendo que no puede generalizarse dicha conclusión a cualquier despido relacionado con la pandemia y habría que estar al caso concreto, sobre todo cuando pueda estar en peligro la supervivencia de la empresa y la estabilidad en el empleo de otros trabajadores, pues en definitiva hemos comenzado diciendo que es la finalidad de evitar la destrucción estructural del empleo la que debe dominar la interpretación que regula los despidos en el ámbito excepcional de esta normativa anti COVID”³⁵.

³⁵ En términos similares, AGUSTÍ MARAGALL (“La extinción del contrato en el marco del COVID-19...”, op. cit., p. 23) sostiene que “Creo que la interpretación del art. 2 del RDL 9/2020, en noviembre de 2020, con las actuales restricciones y duras expectativas de futuro, quizás no deba ser la misma que recién

Aunque, la incertidumbre del presente dificulta poder hacer predicciones a futuro mínimamente fiables, ya hay indicadores que sugieren que el “enfriamiento” inicial podría estar entrando en una fase de colapso y se corre el riesgo (cierto) de destrucción del tejido productivo (difícilmente recuperable). Este enfoque “finalístico”, en todo caso (y sin que ello suponga una “rebaja” de su relevancia), no es, como se apuntará posteriormente, determinante a la hora de sostener que la nulidad no es la calificación que se desprende del controvertido art. 2³⁶. No obstante, sí es cierto que (como apunta AGUSTÍ MARAGALL³⁷), quizás, y partiendo del análisis casuístico de la situación³⁸, lo más prudente sea una aplicación finalista de la norma (y no mecánica o automática), habilitando la posibilidad de proceder a la reestructuración de plantilla de forma procedente en aras a tratar de salvar el mayor empleo posible³⁹.

Finalmente, una última valoración a tener en consideración y especialmente relevante a los efectos de este controvertido precepto. Repárese que el derecho de la emergencia no ha reformado el derecho ordinario ni tampoco lo ha suspendido (produciéndose un “paralelismo” normativo durante la emergencia sanitaria). Así pues, el derecho ordinario, ha permanecido vigente durante todo este tiempo sin solución de continuidad⁴⁰. Lo que significa que las empresas han tenido dos marcos normativos a su disposición. La

promulgada la norma, ocho meses atrás, cuando había la razonable expectativa de que la crisis sanitaria, aun siendo muy dura, podía quedar limitada a la primera ola, a unos meses (por más que se advirtiera del riesgo de la segunda ola)”.

³⁶ De hecho, el propio art. 3 CC podría justificar este reenfoque. Como expone la SAN 5 de febrero 2021 (rec. 179/2020) “no puede obviarse que, conforme al art. 3 del Código Civil, ‘Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas’, y es la propia realidad social del tiempo actual la que nos lleva a la referida interpretación de los preceptos citados y, en concreto, los contenidos en el capítulo II 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, en el que se establecen medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos, siendo así que las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTES) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. A la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos”

³⁷ AGUSTÍ MARAGALL, “La extinción del contrato en el marco del COVID-19...”, op. cit., p. 23.

³⁸ Si se “apreciarse que aquella situación crítica que en marzo [de 2020] parecía ‘coyuntural’ ha devenido irreversible, sin posibilidad de que la prórroga de las medidas de flexibilidad interna reviertan la situación”.

³⁹ Emilio PALOMO BALDA (“Cuestiones actuales en relación con los ERTES, ERES y despido (COVID-19)”. *Ponencia a las IV Jornadas Laborales de La Palma*, noviembre 2020), también apunta la idea de modalizar la propia regla del art. 2 RD Ley 9/2020 atendiendo al hecho de que “de que la crisis sanitaria y económica se esté prolongando en el tiempo, con especial incidencia en determinados sectores y empresas en los que la paralización o reducción de la actividad está provocando una situación grave con visos de permanencia, una vez agotados los remedios temporales”.

⁴⁰ En este sentido también, AGUSTÍ MARAGALL, “La extinción del contrato en el marco del COVID-19...”, op. cit., p. 7.

existencia de estas dos realidades jurídicas paralelas, si bien se han identificado espacios de inevitable confluencia, hasta que no se alcanzan estos puntos, puede afirmarse que operan como dos realidades divididas. O, dicho de otro modo, no tendría sentido que una empresa que, por ejemplo, haya podido tener un incremento de actividad durante la pandemia (o a causa de la misma) y, por consiguiente, sin acudir a un ERTE, quedara dentro de la órbita del art. 2 RD Ley 9/2020, si mediante causas organizativas o productivas decidiera amortizar un puesto de trabajo.

3.2. El ámbito de aplicación objetivo del art. 2 RD Ley 9/2020

El ámbito de aplicación objetivo del art. 2 RD Ley 9/2020 también es, particularmente, controvertido.

Recuerden que la literalidad de la norma es la siguiente: “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”.

A la luz de esta regla y, en tanto que se produce una remisión a otras reglas (arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020), deben determinarse dos ámbitos de aplicación objetivos: en primer lugar, por llamarlo de algún modo, el “específico” (del art. 2 RD Ley 9/2020); y, en segundo lugar, el ámbito “general” (de los arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020)⁴¹.

A continuación, se procede a la exposición de cada uno de ellos.

3.2.1. El ámbito de aplicación “específico” del art. 2 RD Ley 9/2020

A la hora de delimitar el ámbito de afectación “específico” del art. 2 RD Ley 9/2020 debe concretarse los siguientes elementos: (i) primero, si afecta sólo a las empresas que hayan formalizado un ERTE con anterioridad o no; (ii) segundo (en función del criterio que se adopte en el anterior), si afecta a todas las extinciones producidas en la empresa, o sólo a las de los centros de trabajo afectados por el ERTE; (iii) tercero (en función del criterio que se adopte en los dos anteriores), si afecta a los trabajadores afectados por el ERTE o

⁴¹ Sin olvidar que, como exponen las SSAN 20 de julio 2020 (rec. 128/2020) y 5 de febrero 2021 (rec. 179/2020), a propósito de ERTE por CETOP, más allá de las especificidades del art. 23 RD Ley 8/2020, “en todo lo demás, resulta plenamente aplicable el régimen general, respecto del cual no se establece ninguna especialidad de lo legislado a raíz de la reforma de la legislación laboral que operaron tanto el RD Ley 3/2.012, como la Ley 3/2.012 que lo convalidó, y en el RD. 1483/2.012 que desarrolló reglamentariamente tal legislación, cobrando, en consecuencia, plena aplicación el amplio cuerpo de criterios jurisprudenciales sentados interpretando tal normativa”.

no; y (iv) cuarto, a qué supuestos de ineficacia contractual se refiere. Veamos a continuación cada uno de ellos.

i. ¿El art. 2 RD Ley 9/2020 se aplica sólo a las empresas que tengan un ERTE vigente?

En primer lugar, debe dilucidarse si el art. 2 RD Ley 9/2020 se refiere a las situaciones de desequilibrio contractual provocadas por la fuerza mayor y CETOP de los citados arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020 (a las que se hará referencia en el epígrafe que sigue); o bien, más restrictivamente, únicamente a las situaciones en las que las empresas hayan adoptado tales medidas (esto es, un ERTE suspensivo o de reducción de jornada). De modo que, si no hubieran acudido a las mismas, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la norma.

La literalidad del precepto y, muy especialmente, la referencia a las “medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada” sugiere que la segunda de las interpretaciones es la más adecuada⁴². Reparen que, si el Legislador hubiera querido adoptar la interpretación más amplia, le hubiera bastado con apelar simplemente a las “causas” descritas en los arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020. Dado que no es este el literal de la norma, debe atribuirse un significado al hecho de que el art. 2 RD Ley 9/2020 haga referencia explícita a las “medidas”. Sería controvertido que el sentido de este fuera exactamente el mismo con esta apelación a las “medidas” que sin ella.

En la medida que el derecho ordinario ha permanecido plenamente vigente (las empresas no estaban obligadas a acudir al derecho de la emergencia⁴³), el hecho de que las empresas que han acudido a los ERTE en el marco de la emergencia hayan percibido una ayuda

⁴² En términos similares, Miquel A. FALGUERA BARÓ (*Los ERTE en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, Bomarzo, 2020, p. 108 y 109) afirma “parece evidente que esa regulación no resulta de aplicación si la empresa previamente no ha acudido a un ERTE de los regulados en los arts. 22 y 23 RDL 8/2020”; y BLASCO PELLICER Ángel, LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, ALEGRE NUENO, Manuel, RAMOS MORAGUES, Francisco y TALÉNS VISCONTI, Eduardo, *Análisis normativo de las medidas laborales y deseguridad social frente a la crisis del COVID-19*, 2ª Ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 134. En contra, AGUSTÍ MARAGALL, “La extinción del contrato en el marco del COVID-19...”, op. cit., p. 22; y JURADO SEGOVIA, Ángel, “Sobre la ‘incierto’ limitación de despedir por ‘causas empresariales’ relacionadas con el Covid-19, *Blog Foro de Labos*, 2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/06/sobre-la-incierto-limitacion-de.html>; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la ‘prohibición’ de despedir...”, op. cit.;

⁴³ En términos similares (aunque no plenamente coincidentes) Jesús CRUZ VILLALÓN (“El despido injustificado por COVID”, *Blog del Autor*, 2021 <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/01/el-despido-injustificado-por-covid-la.html>) entiende que donde cabe la suspensión no cabe el despido. De hecho, parece que la STSJ País Vasco 12 de noviembre 2020 (rec. 9/2020) también comparte este criterio al hablar de la imposibilidad del despido colectivo (...) por razón de los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020”. Por otra parte, volviendo al planteamiento de CRUZ VILLALÓN, téngase en consideración que (de forma controvertida a mi entender), entiende que el art. 2 RD Ley 9/2020 vendría a concretar un mandato que estaría implícito en el RD Ley 8/2020. En concreto, afirma “la norma que declaró que en tales casos no concurría la causa justificativa del despido sólo fue interpretativa o aclaratoria”.

económica de carácter público, sugiere que es oportuno que se les dificulte la posibilidad de acudir justificadamente a las extinciones durante la vigencia de tales “medidas” de contención del empleo. Reparen, por consiguiente, que el art. 2 RD Ley 9/2020 dejaría de ser de aplicación si el ERTE hubiera finalizado (esto es, ya no quedara ningún trabajador afectado)⁴⁴.

De hecho, aunque operan conforme a lógicas autónomas e independientes, reparen que la aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020 podría convivir en el tiempo con la CSE de la DA 6ª RD Ley 8/2020 a partir del instante de que se hubiera producido una reanudación parcial de la actividad (aunque sobre esta cuestión también existen importantes dudas interpretativas⁴⁵). En tal caso, la extinción del contrato podría ser injustificada y, a su vez, precipitar el incumplimiento de la CSE, con los efectos a ella anudados⁴⁶. El hecho de que la CSE (en la redacción dada por la DA 14ª RD Ley 11/2020) haya acotado sus efectos únicamente al reintegro de las cotizaciones refuerza esta idea; pues, de otro modo (esto es, si su incumplimiento también provocara la improcedencia o la nulidad de las extinciones) se produciría una reiteración o solapamiento innecesario.

En la doctrina judicial, corrobora la interpretación defendida en este epígrafe el TSJ de Aragón. En concreto, en la STSJ Aragón 15 de febrero 2021 (rec. 679/2020), en un

⁴⁴ Discrepo también del planteamiento de CRUZ VILLALÓN (“El despido injustificado por COVID”, op. cit.) al entender que “lo relevante a los efectos que estamos analizando aquí es que la norma diferencia según que la causa empresarial sea temporal o estructural, de modo que frente a una causa del impedimento de continuar la actividad laboral de carácter coyuntural lo que corresponde es la suspensión contractual, mientras que cuando la causa del impedimento tiene visos de pervivencia indefinida corresponde el despido”.

⁴⁵ Al margen de la problemática relativa al ámbito de aplicación temporal de la CSE (original y vigente) a la que se hará referencia posteriormente, la literalidad de la DA 6ª RD Ley 8/2020 sugiere que el *dies a quo* del plazo de 6 meses empieza para todos los trabajadores afectados por ERTE en el instante que uno de ellos reanude su actividad (aunque lo haga parcialmente). La expresión “aún cuando (...) afecte a parte de la plantilla” corrobora claramente esta interpretación, pues, se está apelando a la situación en la que unos trabajadores reanuden la actividad y otros no. O, dicho de otro modo, esta última expresión, precisamente, impide que pueda entenderse que cada trabajador tenga – si me permiten la expresión – su “propio reloj” para el cómputo (en cambio, parecen defender este criterio, CASAS BAAMONDE, María E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “Nuevas medidas laborales y de Seguridad Social, extraordinarias y temporales, tras la finalización del estado de alarma y el proceso de ‘desescalada’”, En Baamonde y Rodríguez-Piñero (Coords.), *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Lefebvre, 2020, p. 556; y, más explícitamente, PÉREZ CAPITÁN, Luis y DEL POZO SEN, Alberto, “Comentarios y exposición de las medidas económicas y de empleo aprobadas para hacer frente a la crisis del coronavirus en España”. En Baamonde y Rodríguez-Piñero (Coords.), *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Lefebvre, 2020, p. 527; y FALGUERA BARÓ, *Los ERTE en la legislación extraordinaria...*, op. cit., p. 97.

⁴⁶ Personalmente creo que la devolución de las cuotas debe ser nominal. Extensamente, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “La cláusula de salvaguarda del empleo (DA 6ª RD Ley 8/20): guía interpretativa para su aplicación”, *Blog del Autor*, 2020 <https://ignasibeltran.com/2020/12/06/la-clausula-de-salvaguarda-del-empleo-da-6a-rdley-8-20-guia-interpretativa-para-su-aplicacion/>. En contra, MERCADER UGUINA, Jesús R. y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “El RD Ley 18/2020 y la ‘nueva’ concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas”, *Blog Foro de Labos*, 2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html>; y PÉREZ CAPITÁN y DEL POZO SEN, “Comentarios y exposición de las medidas económicas...”, op. cit., p. 528.

supuesto de despido colectivo acordado con la RLT estando vigente un ERTE suspensivo, tras reproducir la literalidad del precepto controvertido, entiende que “no puede referirse sino al periodo durante el cual estén vigentes las medidas que justifican la fuerza mayor o las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

Y, en términos similares, la STSJ Aragón 15 de febrero 2021 (rec. 38/2021), en un despido objetivo cuyas causas se remontan a antes de la pandemia (y que estima procedente), en una empresa que no acude a un ERTE *ex arts.* 22 o 23 RD Ley 8/2020, en relación al art. 2 RD Ley 9/2020 afirma:

“basta la lectura de estos preceptos para advertir que en lo que se regula en ellos, respectivamente, son las medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor y por causa económica, técnica, organizativa y de producción, precisando en ambos caso que tales medidas afectan solo a ‘los supuestos en que se decida por la empresa la suspensión de contratos o la reducción temporal de la jornada de trabajo con base en las circunstancias descritas en el apartado 1’. Pues bien, el recurso no dice a cuál de estos preceptos debió haberse acogido la empresa ni cómo puede haberse producido la infracción de uno u otro.

En todo caso, resulta evidente que el acogerse a una de las medidas previstas en los dos indicados preceptos es potestativo por parte de la empresa, no obligado. Naturalmente, si se decide por hacerlo, el régimen aplicable será el marcado con tal fin, pero ese régimen no se aplicará si la empresa no se ha acogida a las previsiones de ninguno de estos preceptos, ya que no es obligatorio”⁴⁷.

En esta línea restrictiva también se manifiesta la STSJ Cataluña 24 de noviembre 2020 (rec. 56/2020), en un despido colectivo de una empresa que presta el servicio de atención al público del Museo Picasso de Barcelona, tras la decisión de este de reducir el contrato. En concreto, en la medida que la decisión de la principal tiene carácter definitivo, afirma: “No nos encontramos, por tanto, ante la situación coyuntural que justifica la regulación prevista en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, por lo que no tiene sentido alguno aplicar la norma prevista en el artículo 2 del Real Decreto-ley

⁴⁷ Y, llegados a este punto, añade: “Recordemos en este punto cuanto manifiesta la STS de 17 de julio de 2014 (Recurso: 32/2014): ‘...el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de ‘oportunidad’ que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba”.

9/2020, de 27 de marzo”⁴⁸. La STSJ Madrid 9 de diciembre 2020 (rec. 443/2020), aunque no lo expone de forma explícita, podría integrarse en esta corriente doctrinal, pues, (sin citar el art. 2 RDL 9/2020 ni, por ende, la problemática a este precepto anudada) admite la validez de un despido colectivo acordado en entidad bancaria por causas ETOP “independientes de la crisis generada por el COVID-19”.

En cambio, en la instancia pueden hallarse algunas resoluciones que han aplicado el contenido del art. 2 RDLey 9/2020 con independencia de que se haya adoptado un ERTE o no. En este sentido, de forma muy fundamentada la SJS/3 Pamplona 21 de diciembre 2020 (rec. 637/2020), entiende lo siguiente:

«la norma prohibitiva es de aplicación a todas las empresas, hayan estado o no en situación de regulación de empleo. Cualquier empresa queda dentro del ámbito de aplicación de la norma excepcional y no debe despedir o extinguir los contratos por causa de fuerza mayor o por causas objetivas relacionadas con la COVID-19 (en este mismo sentido el criterio interpretativo de la Dirección general de Trabajo para la DGT-SGON-863CRA)”.

Y, la SJS/1 Ponferrada 9 de octubre 2020 (rec. 225/2020), afirma que

“Concurre, además, otra causa de improcedencia basada en lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020, de 27 de marzo, de medidas complementarias, en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19, precepto que

⁴⁸ Por otra parte, en la instancia, la SJS/3 León 9 de octubre 2020 (rec. 366/2020) entiende: “El despido de la trabajadora, no puede enmarcarse, en el RD 9/2020, en cuyo art. 2, por cuanto la propia normativa exige que las extinciones tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, y la causa del despido objeto de las presentes actuaciones, no deriva de la declaración del Estado de Alarma, ni trae causa directa ni indirecta de la COVID-19, no viene precedido de una suspensión de contrato ni reducción de jornada, ni trae causa en la situación sanitaria provocada por la COVID-19, sino en la pérdida del cliente principal de la empresa demandada. La trabajadora prestaba sus servicios en una de las máquinas que quedó parada tras la cancelación del contrato con el GRUPO IFA, y que había quedado completamente obsoleta para mantener a INFUSIONES SUSARON en unos parámetros normales de competitividad en el mercado, y por ende no se trataría de un despido prohibido por el ordenamiento jurídico, por no estar relacionado ni con la COVID ni con el Estado de Alarma”. Y, por otra parte, la SJS/3 Gijón 18 de septiembre 2020 (rec. 277/2020) afirma: “el artículo 2 9/2020 no permite la extinción por causas objetivas del contrato, siendo así que nos hallamos ante un despido disciplinario, por lo que, en principio, no resultaría de aplicación. De entender que se ha calificado como disciplinario para orillar otras figuras extintivas, tendría que haber un indicio de que, por el contrario, respondía a circunstancias vinculadas a factores económicos, de producción u organizativos (consecuencia o no de la pandemia). Circunstancia que no concurre y que, en el caso de autos resulta poco plausible, pues como alegara la empresa, sin que a ello se opusiera el trabajador, ningún trabajador fue objeto de regulación temporal de empleo, no consta despido alguno y, de lo que se pudo apreciar en la testifical, dada la naturaleza de la actividad desarrollada, existe carga de trabajo. En cualquier caso y, aunque reputáramos que existe un fraude de ley, la consecuencia de tal fraude no implica necesariamente la nulidad, por mucho que existan voces que manifiesten que ese era el espíritu de la norma”. Finalmente, la SJS/2 Salamanca 21 de octubre 2020 (rec. 444/2020) entiende que el art. 2 RDLey 9/2020 no es aplicable al caso porque la empresa no ha acudido a un ERTE de las características citadas.

imposibilitaba los despidos basados en causas objetivas durante la vigencia del estado de alarma derivado de la situación sanitaria”.

ii. ¿El art. 2 RD Ley 9/2020 se aplica a un centro de trabajo que no esté afectado por un ERTE?

El art. 2 RD Ley 9/2020, como se ha avanzado, también suscita algunas dudas con respecto al ámbito de afectación a nivel de la empresa. En concreto, debe dilucidarse si también se aplica a las extinciones producidas en los centros de trabajo de la empresa que no hayan adoptado un ERTE.

En este sentido, podría argumentarse que si lo que “precipita” la aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020 es la adopción de las “medidas” de los arts. 22 o 23 RD Ley 8/2020 (pudiendo afectar a toda la empresa o no), debería entenderse que la aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020 también debería correr igual suerte (piénsese en empresas con centros de trabajo localizados en lugares con afectaciones dispares por la pandemia). De hecho, salvo para los supuestos en los que se aleguen causas económicas, sería lo más ajustado. En este último supuesto, quizás, según las circunstancias, podría extenderse la aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020 a todos los centros de trabajo, aunque no hubieran adoptado un ERTE.

En todo caso, como se apuntará posteriormente, la estrecha conexión entre el art. 2 RD Ley 9/2020 y las citadas “medidas” de flexibilidad interna también tendría una derivada desde la perspectiva del ámbito de afectación temporal del propio precepto.

iii. ¿El art. 2 RD Ley 9/2020 afecta sólo a los trabajadores afectados por el ERTE?

El art. 2 RD Ley 9/2020 también suscita la duda respecto a si las extinciones a considerar son las de los afectados por el ERTE *ex* COVID-19 o las de todos los trabajadores del/los centro/s de trabajo afectados (o de la empresa si sólo tiene uno). En este sentido, parece que lo razonable es que sea extensible a todos⁴⁹. Aunque este no es el criterio de la Dirección General de Trabajo⁵⁰.

⁴⁹ En términos similares, FALGUERA BARÓ, Miquel A., *La legislación laboral durante el Estado de Alarma*, (versión 31 de diciembre 2020), Ciudad del Trabajo, Suplemento, 2020, p. 130.

⁵⁰ Criterio de 11 de abril 2020, “DGT-SGON-850CRA” (https://delajusticia.com/wp-content/uploads/2020/03/DGT_SGON_850CRA_1586571827.pdf)

iv. ¿Qué supuestos de ineficacia contractual quedan subsumidos en el art. 2 RD Ley 9/2020?

El art. 2 RD Ley también suscita la duda sobre los supuestos de ineficacia contractual a los que hace referencia. Y, en concreto, qué debe subsumirse en los conceptos de “extinción del contrato” y de “despido”. En cuanto a este último, parece que no cabe duda que se está apelando a las extinciones canalizadas a través de los arts. 51 y 52.c ET⁵¹. El hecho de que se apele a la concurrencia de las causas ETOP y FM *ex* arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020 no deja lugar a dudas (no hay otra forma de canalizar estos desequilibrios contractuales). Y, de hecho, asumiendo que (como se expondrá posteriormente) el art. 2 RD Ley 9/2020 no fuerza la nulidad (sino la improcedencia), hace innecesario plantearse si otros “tipos” de despidos también quedarían afectados, pues, serán declarados improcedentes por incumplimiento de los requisitos formales y/o causales (por ejemplo, en el despido tácito o en el disciplinario)⁵².

No obstante, la referencia a la “extinción del contrato” puede plantear más dudas interpretativas⁵³. Sin pretender abordar todos los supuestos de ineficacia contractual legalmente previstos, permítanme que me centre en los siguientes (que – salvo error – estimo que podrían ser, en potencia, los más afectados):

- En primer lugar, es claro que el desistimiento empresarial durante el período de prueba quedaría subsumido en el concepto de “extinción del contrato”. Aunque la aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020 en estos casos puede ser compleja en tanto que el empresario no tiene que alegar causa alguna (salvo en los casos relacionados con el embarazo o la maternidad); y, por ende, puede ser difícil saber si se dan las circunstancias objetivas mínimas para aplicar este precepto⁵⁴.

⁵¹ En términos similares, JURADO SEGOVIA, “Sobre la ‘incierto’ limitación de despedir...”, *op. cit.*

⁵² Manifestando que no se aplica al despido disciplinario, STSJ Asturias 26 de enero 2021 (rec. 1945/20) y también la SJS/5 Valladolid 15 de diciembre 2020 (rec. 371/2020). Y, para la SJS/1 Gijón 4 de diciembre 2020 (rec. 408/2020), el art. 2 RD Ley 9/2020 no se aplica en los supuestos en los que una empresa cesionaria no asume a un trabajador tras un traspaso. No obstante, PALOMO BALDA (“Cuestiones actuales...”, *op. cit.*) entiende que “la previsión normativa analizada no se aplica únicamente a las extinciones individuales por causas objetivas y a los despidos colectivos amparados en tales causas o en razones de fuerza mayor, sino que alcanza también a los despidos amparados formalmente en otros motivos, como los disciplinarios, cuando concurren indicios reveladores de que el sustento real de la decisión no es el esgrimido por la empresa, sino causas de fuerza mayor o ETOP asociadas al COVID”. En este sentido, se expresa la SJS/26 10 de julio 2020 (rec. 348/2020).

⁵³ En todo caso, también se ha entendido que fuera de los supuestos resolutorios de los arts. 51 y 52.c ET no cabe entender que esté incluidos otros supuestos de ineficacia contractual enumerados en el art. 49 ET (como, por ejemplo, el desistimiento durante el período de prueba). VIQUEIRA PÉREZ, “Acerca de la calificación del despido...”, *op. cit.*

⁵⁴ En relación a este supuesto, PALOMO BALDA (“Cuestiones actuales...”, *op. cit.*), entiende que “La inexigibilidad de una justificación causal del desistimiento impide atribuir la decisión extintiva a razones de fuerza mayor o ETOP asociadas al COVID, salvo en el caso, poco plausible, de que el empresario las invoque expresamente”. En cualquier caso, y sin plantearse esta cuestión, la STSJ País Vasco 12 de

- En segundo lugar, la jubilación del empresario persona física y la ineficacia por mutuo disenso (incluidas las bajas incentivas), incardinables, obviamente en el concepto de “extinción del contrato”, también podrían suscitar dudas sobre su calificación (especialmente, si no van acompañadas de compensaciones económicas equivalentes a la del despido improcedente).

- En tercer lugar, la extinción del contrato que tenga su origen en una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de una movilidad geográfica es claro que quedarían integradas en el ámbito de aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020 si las causas que las han motivado coinciden con las de los arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020.

- Y, en cuarto lugar, debe dilucidarse qué sucede con los contratos temporales. Al respecto debe recordarse que, en virtud del art. 5 RD Ley 9/2020 – hoy art. 5 Ley 3/2021 (que ha experimentado unas prórrogas paralelas a las del art. 2), en los ERTE suspensivos (y no en los de reducción de jornada), se ha previsto una interrupción de la duración prevista⁵⁵. Dicho esto, es obvio que el cumplimiento de un término (aunque sea incierto – *incertus quando*) no puede confundirse con los motivos extintivos provocados por las causas ETOP y FM (motivados, respectivamente, por una excesiva onerosidad sobrevenida y una imposibilidad objetiva). Así pues, si la duración pactada no se ha cumplido, la extinción *ante tempus* provoca su automática calificación como injustificada⁵⁶.

noviembre 2020 (rec. 9/2020) entienda que para el cómputo de la ratio efectivos/afectados debe tenerse en cuenta la extinción de 25 contratos por no superación del período de prueba (lo que, junto con la extinción de 6 contratos temporales y 34 despidos disciplinarios improcedentes, suman 65 extinciones y permite concluir que, en una plantilla de 180 trabajadores, se han superado los umbrales del despido colectivo).

⁵⁵ Si un trabajador temporal no ha sido incluido en el ERTE no se vería afectado por la citada interrupción. En este sentido, la SJS/3 Logroño 9 de diciembre 2020 (rec. 268/2020) afirma: “El hecho y circunstancia de que la empresa cesara en su actividad por causa del estado de alarma o no incluyera al actor en el ERTE por fuerza mayor cuya autorización solicitó en nada afecta tampoco a lo antedicho, pues la suspensión de contratos inherente no resultaba obligada para la empresa, siendo de su cuenta continuar atendiendo para con sus trabajadores las propias de una relación laboral (art. 30 ET); suspensión que en tanto no producida, no pudo provocar la interrupción de la duración del contrato que vinculaba a las partes y del período de referencia de su duración máxima que contemplaba el art. 5 del RDL 9/20”.

⁵⁶ Ver en este sentido, la SJS/1 Palencia 23 de noviembre 2020 (rec. 358/2020). De hecho, la STSJ País Vasco 22 de diciembre 2020 (rec. 33/2020), sin acudir al contenido del art. 5 RD Ley 9/2020, entiende que la extinción *ante tempus* provocada por el COVID-19 de contratos temporales de croupiers computa para el despido colectivo en un casino (lo que precipita la declaración de nulidad). Por otra parte, en los ERTE por reducción de jornada, la ineficacia contractual derivada del cumplimiento del término pactado impide que pueda aplicarse el art. 2 RD Ley 9/2020 porque la extinción del contrato difícilmente estaría vinculada a las causas de los arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020.

El fin del contrato de obra vinculado a la duración de una contrata (*ex* STS 29 de diciembre 2020, rec. 240/2018⁵⁷) ha contribuido a que se disiparan las posibles dudas para distinguir entre uno y otro motivo de ineficacia contractual. Hasta entonces, podrían darse situaciones en las que pudiera tratar de enmascarse una extinción por causas ETOP o FM vinculadas con la pandemia como un término (por finalización de la contrata)⁵⁸.

El análisis de estos cuatro elementos (descritos en los apartados i a iv) permiten abordar el segundo de los ámbitos de aplicación objetiva al que está sujeto el art. 2 RD Ley 9/2020. Extremo que será analizado en el epígrafe que sigue.

3.2.2. El ámbito de aplicación “general” de los arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020

La remisión del art. 2 RD Ley 9/2020 a los arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020 describe, a su vez, un nuevo espacio de controversia, pues, está condicionado a que concurren los elementos que se describen en los mismos. Así pues, y de cara a la claridad expositiva, se procederá al análisis diferenciando entre las causas ETOP y FM descritas en el RD Ley 8/2020.

i. La fuerza mayor del art. 22 RD Ley 8/2020

En relación a la fuerza mayor del art. 22.1 RD Ley 8/2020⁵⁹, cabe distinguir entre dos posibles escenarios:

- Supuestos imposibilitantes que tengan causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma. Esto es, se estaría refiriendo a hechos obstativos “externos” al círculo del empresario (e incluyen lo que se conoce como *factum principis*). Especialmente porque el propio precepto se refiere a 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

⁵⁷ Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “STS 29/12/20: El fin del contrato de obra vinculado a la duración de una contrata (¿y el principio del fin del ‘trabajador externalizado’?)”, *Blog del Autor*, 2021, <https://ignasibeltran.com/2021/01/01/sts-29-12-20-el-fin-del-contrato-de-obra-vinculado-a-la-duracion-de-una-contrata-y-el-principio-del-fin-del-trabajador-externalizado/>

⁵⁸ En este sentido también, JURADO SEGOVIA, “Sobre la ‘incierto’ limitación de despedir...”, *op. cit.*

⁵⁹ Una aproximación a las notas características de la imposibilidad objetiva y su interpretación con anterioridad a la emergencia sanitaria en BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “COVID-19 y delimitación conceptual del ERTE por fuerza mayor y su constatación”. En Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E. (Dirs. y Coords.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, p. 227 y ss.

mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad”⁶⁰.

Repárese que el concepto de *factum principis*, siguiendo con FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ⁶¹, se refiere a “toda decisión del poder o de la autoridad pública imprevisible o/e inevitable que recae en la esfera de la autonomía privada dificultando o imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes”⁶². Entendiéndose por autoridad o poder público en su más amplio sentido⁶³.

- Supuestos imposibilitantes que tengan causa directa con el contagio y la prevención (“situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria”. Esto es, situaciones que podría entenderse que se refieren a hechos obstativos pertenecientes al círculo del empresario.

En este sentido, la aproximación de las SSTSJ País Vasco 17 de noviembre y 22 de septiembre 2020 (rec. 1299/2020; y rec. 987/2020) resultan particularmente ilustrativas de la naturaleza de estos supuestos descritos:

“El concepto de fuerza mayor también se predica en el preámbulo del Real Decreto Ley 15/2020 de 21 de abril, por una serie de circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa descritas en el artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020

⁶⁰ En relación a estos supuestos, cabe distinguir, pues, entre (i) situaciones derivadas de la declaración del Estado de alarma; (ii) decisiones adoptadas por las autoridades Administrativas; y (iii) (simplificándolos) los supuestos de cierre, cancelación de actividades y restricciones de movilidad. Y sobre todas ellas ha establecido algunas directrices el “Criterio 811 Bis sobre expedientes suspensivos y de reducción de jornada por COVID-19, 19 de marzo de 2020”. Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, “COVID-19 y delimitación conceptual del ERTE por fuerza mayor ...”, op. cit., pp. 241 – 242.

⁶¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan J., *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1993, p. 105.

⁶² En términos similares, DE LA VILLA GIL, Luis E. (1970), “El ‘factum principis’”, En *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo*, Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, p. 105. Aunque (como expone el mismo autor, p. 108) también es posible que el *factum principis* constituya un supuesto de excesiva onerosidad que no imposibilite la prestación del empresario, pudiendo continuar con sus actividades, pero mellando ostensiblemente en su rentabilidad económica. En términos similares, SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando (1967), *La terminación del contrato de trabajo*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Madrid, p. 180. En términos similares, recientemente, la SAN 23 de febrero 2021 (rec. 463/2020) afirma “el concepto jurídico de fuerza mayor impropia o ‘factum principis’ ha sido definido por la jurisprudencia como un suceso de carácter extraordinario que se produce fuera del contexto interno de la empresa, de carácter imprevisible o que, siendo previsible, es inevitable, y teniendo como consecuencia la imposibilidad de trabajar, ya sea de manera temporal o definitiva”.

⁶³ DE LA VILLA GIL, “El ‘factum principis’”, op. cit., p. 106; y ORTIZA LALLANA, Carmen (1985), *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, MTSS, Madrid, p. 104. Un análisis de los diversos supuestos calificables como *factum principis* en, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La fuerza mayor ...*, op. cit., p. 113 y ss.; y ORTIZ LALLANA, op. cit., 106 y ss.

con ánimo exhaustivo, pero sin configurar una referencia de construcción doctrinal y clásica del ordenamiento civil (inevitable e imprevisible), si no más bien un concepto de creación legal y concreción administrativa, vinculado en exclusiva a una situación de excepcionalidad derivada de la crisis sanitaria sin precedentes. Por lo que el artículo 22 del Real Decreto Ley 8/2020, con los retoques posteriores citados, viene a definir los supuestos en los que se atribuye de manera objetiva o se acondiciona al carácter involuntario pero imperiosamente activo, correspondiente a la autoridad laboral para constatar la concurrencia de los hechos descritos, al necesario vínculo entre aquellos y la actividad productiva singular de la empresa, así como la proporcionalidad literal de medidas propuestas, en sus términos personales y objetivos, y el suceso configurado como de fuerza mayor.

No estamos ante eventos de fuerza mayor de sucesos catastróficos sino ante una descripción de vinculación de circunstancias concretas de carácter cambiante, que son decididas en cada caso por la Ley, por ello la definición y los elementos que se satisfacen en cada caso exigen la concurrencia de la causa y el papel atribuido que puede definir la autoridad laboral”.

No obstante, dadas las particularidades de la situación, repárese que también se ha entendido que, en vez de hablar de fuerza mayor, sería más apropiado acudir en estos supuestos a la tesis de la cláusula *rebus sic stantibus*⁶⁴. Este planteamiento no puede ser compartido⁶⁵, pues tratándose de una teoría de “carácter subjetivo” (que presume que existe una cláusula implícita con arreglo a la cual el contrato obliga mientras las cosas continúen así y, por ende, la cláusula es inmanente a la voluntad) y siguiendo a DÍEZ-PICAZO⁶⁶, esta formulación es excesivamente inconcreta, dado que “se limita a establecer que los contratos de tracto sucesivo se entienden concertados mientras las cosas

⁶⁴ En este sentido, la SAN 23 de febrero 2021 (rec. 463/2020) afirma “hemos de hacer referencia a que hay determinados supuestos que generan una gran modificación de las circunstancias en las que se pactó inicialmente el contrato, cabe la posibilidad de adaptar lo acordado al nuevo estado de las cosas y aunque puede parecer que esta afirmación vaya en contra del principio pacta sunt servanda -lo pactado obliga-, lo que realmente se pretende es configurar un mecanismo que pueda hacer viable la continuación de ‘la vida’ y efectos del contrato teniendo en cuenta la necesidad de ajustar sus términos y condiciones. No obstante, teniendo en cuenta la excepcional situación que atravesamos sería más adecuado tener en cuenta la cláusula *rebus sic stantibus* parece más operativa que la interpretación y consideración de causa de fuerza mayor, pues no se pretende incumplir o extinguir las obligaciones contractuales sino simplemente adaptar lo pactado hace un tiempo a la realidad actual, en relación con el artículo 3.1 del Código Civil que dispone: las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

⁶⁵ Sigo aquí el planteamiento expuesto a propósito de controvertida reformulación de la cláusula *rebus sic stantibus* llevada a cabo por la STS/Civil 30 de junio 2014 (rec. 2250/2012) expuesta en BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Fundamentación dogmática de la ‘alteración’ unilateral del contrato de trabajo”, *IUSLabor*, 1, 2015, pp. 7 y ss.

⁶⁶ DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luís, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Volumen II, 4ª Edición, Tecnos, Madrid, 1993.

continúen así, pero no puntualiza cuáles son, en rigor, las cosas que deben mantenerse inalterables, ni tampoco cuáles son los efectos de la posible o eventual alteración de tal estado”. Además, existiendo un reconocimiento normativo de esta posibilidad de alterar el programa de prestación, no parece oportuno acudir a esta formulación (pensada precisamente para la ausencia de la misma). Por este motivo, es más adecuado acudir a los conceptos de imposibilidad objetiva y excesiva onerosidad sobrevenida (aunque, sobre esta última, la doctrina no es pacífica⁶⁷).

En relación a la imposibilidad objetiva (incluido el *factum principis*) adviértase que si el hecho obstativo afecta al programa de prestación de forma parcial y la prestación es divisible, no puede entenderse que concurra un hecho imposibilitante, pues, lo pactado “puede” cumplirse (aunque sea parcialmente). En tales casos, se estaría ante una excesiva onerosidad sobrevenida. Esta cuestión es relevante, en tanto que en el marco del derecho de la emergencia, acudiendo a una conceptualización “impropia”, se ha admitido el ERTE por fuerza mayor parcial y también el ERTE por limitación. Como se expondrá posteriormente, esta particularidad debe tenerse en consideración, especialmente, para los supuestos de tránsito de ERTE a ERE y los requisitos que exige la doctrina jurisprudencial para admitirlo⁶⁸.

Por otra parte, la referencia a la naturaleza “directa” del hecho obstativo ha llevado a algunas resoluciones a entender que, para el caso de que sea “indirecta”, no se estaría ante el supuesto de hecho del art. 2 RD Ley 9/2020 (por ejemplo, si el motivo de la extinción ha sido provocado por una decisión de la principal afectada directamente por el COVID-19)⁶⁹.

En concreto, la anteriormente citada STSJ Cataluña 11 de diciembre 2020 (rec. 50/2020) – que, recuerden, cuenta con un VP -, en un supuesto de despido colectivo cuyo periodo de consultas finaliza sin acuerdo y que afecta a casi 1000 trabajadores de una empresa de contact center a raíz de la decisión de la principal (Airbnb) de dar por finalizada la contrata, entiende que, dado el contenido del art. 22 RD Ley 8/2020 y el uso del término “directo”, el art. 2 RD Ley 9/2020 “no es aplicable en los supuestos en que la COVID-19 no se configure como la causa directa o, dicho en otras palabras, se configure como una causa indirecta o mediata”. Añadiendo que “la literalidad de la expresión permite pocas dudas interpretativas, tal como nos impone el artículo 3 del Código Civil”⁷⁰. Y, en

⁶⁷ Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, *La estabilidad en el empleo...*, pp. 114 y ss.

⁶⁸ Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, “COVID-19 y delimitación conceptual del ERTE por fuerza mayor ...”, op. cit., pp. 229 – 230.

⁶⁹ En este sentido en la doctrina, FALGUERA BARÓ, *La legislación laboral durante el Estado de Alarma*, op. cit., p. 132; LÓPEZ CUMBRE, “Prohibido despedir o extinguir el contrato de trabajo por COVID-19”, op. cit.; VIQUEIRA PÉREZ, “Acerca de la calificación del despido...”, op. cit.

⁷⁰ Resolución que, siguiendo con esta argumentación, en aras a determinar si la pérdida de actividad es por causa directa de la COVID-19 o no, entiende lo siguiente: “la causa que sustenta la decisión de despido

términos similares, la STSJ Madrid 30 de noviembre 2020 (rec. 399/2020) también acude a la naturaleza “directa” de la causa para rechazar la aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020⁷¹.

A mi entender, se trata de una interpretación “restrictiva” en tanto que circunscribe la aplicación del art. 22 RD Ley 8/2020 a supuestos de afectación “directa”, pero, en cambio, también podría entenderse que sigue un criterio “amplio” o “extensivo”, con respecto al ámbito de aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020, en tanto que (a diferencia de lo que se defiende en este trabajo) entiende que se aplica a situaciones en las que previamente se haya formalizado un ERTE o no.

ii. Las causas ETOP del art. 23 RD Ley 8/2020

En relación al art. 23.1 RD Ley 8/2020, este se refiere a “causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19”.

A la luz de este apartado 1, un año más tarde, es ciertamente difícil que no haya situaciones empresariales que no estén - directa o indirectamente - “relacionadas” con el COVID-19⁷².

colectivo no tiene por causa directa la pérdida de actividad por consecuencia del COVID-19, sino que la causa directa es la resolución del contrato de prestación de servicios mercantiles a la mercantil Airbnb (...), fundado en causas objetivas organizativas y productivas derivadas de la rescisión del contrato de prestación de servicios por parte de Airbnb (...). Es cierto que no resulta difícil imaginar que la causa última de la extinción resolución del contrato mercantil por parte de Airbnb es la caída de la actividad turística internacional y, dentro de ella, la práctica desaparición de las contrataciones objeto la actividad de dicha mercantil. Pero ello de ninguna manera empuja la conclusión de que la disminución de la actividad para la empresa demandada está originada por la resolución del contrato mercantil. De modo que, aun cuando podamos plantearnos que la causa última y mediata es la COVID-19, lo cierto es que la causa directa es la resolución del contrato mercantil de prestación de servicios en el que se sustentan las relaciones laborales entre la demandada CPM y el personal laboral que presta servicios para ella. Ello nos obliga a obviar las previsiones del RDL 9/2020 y analizar la decisión empresarial desde la óptica del artículo 51 [del ET]”. La sentencia acaba resolviendo que concurre una causa productiva para sustentar la extinción de los contratos.

⁷¹ “En primer lugar hemos de señalar que no son de aplicación el artículo 2 y la disposición final 3ª 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, que solo afectan a aquellas situaciones que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del covid19, lo que aquí no acontece, al alegarse causas estructurales, por lo que el despido colectivo es el procedimiento adecuado a los fines de extinguir las relaciones laborales por causas económicas anteriores al estado de alarma, sentando el Tribunal Supremo en la jurisprudencia expuesta, que los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales”. Y añade: “nos encontramos con el supuesto contemplado en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, de pérdidas persistentes, que justifican el despido colectivo por causas económicas, habiéndose probado su existencia y, conforme a la doctrina jurisprudencial, constatada la falta de viabilidad de la empresa y la extinción de la sociedad en concurso de acreedores, la medida de despido de todos los trabajadores es razonable y proporcionada”.

⁷² En este sentido, en un supuesto en el que se plantea un ERE en agosto 2020 (previo ERTE adoptado en marzo 2020), SJS/31 Barcelona 5 de febrero 2021 (núm. 59/2021).

En relación a estas causas, algunas resoluciones judiciales han establecido una distinción con respecto a las que tenían su origen a partir de la pandemia, de otras situaciones cuyo origen era anterior. En estos últimos casos, el hecho de que la crisis las haya agudizado no ha impedido que se descartara la aplicación del art. 2 RD Ley; o, incluso, se entendiera que el despido ha sido procedente.

Así, en la doctrina judicial, por ejemplo, para la STSJ Aragón 15 de febrero 2021 (rec. 679/2020), la existencia de nuevas causas implican la no aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020 y la declaración de procedencia del despido colectivo⁷³. Y, en la instancia, la SJS/31 Barcelona 5 de febrero 2021 (núm. 59/2021), en un supuesto en el que una empresa acumulaba una situación desfavorable en años anteriores (por consiguiente, antes de la crisis sanitaria) y finalizar un ERE con acuerdo estando vigente un ERTE, entiende que el despido es procedente porque “la empresa sí hizo uso de esas medidas, con un ERTE de fuerza mayor justificado por el descenso de actividad derivado del estado de alarma y el confinamiento inicial, y lo que plantea ya en verano de 2020 (ante la evidencia de la fuerza de la segunda ola) es una extinción en la que las causas principales son unas causas ETOP previas a la crisis sanitaria que esta última ha impedido remontar mínimamente. Todo lo razonado conduce a rechazar la improcedencia basada en la infracción del art. 2 RDL 9/2020”⁷⁴.

En esta fundamentada resolución, se recurre al criterio de la STSJ Catalunya 11 de diciembre 2020 citada (pese a que se alinee con la opinión manifestada en el VP), precisamente, para “cuestionar que haya sido la crisis sanitaria la que, de forma principal o, si se quiere, de forma directa, haya originado las extinciones litigiosas”. Añadiendo que “El COVID19 fue, en este caso, una causa más o, si se quiere, la última causa, pero acaso no la más importante. Así que, si bien la causa del ERTE fue la fuerza mayor derivada del COVID19, las causas del ERE fueron unas causas ETOP en que el COVID19 había dejado sentir en el último momento sus efectos (...) Cabe entonces plantearse si unas extinciones que hubieran sido procedentes en febrero de 2019 deben ser calificadas como despidos improcedentes porque la empresa hubiese tratado hasta marzo de 2020 de mantener su actividad (y con ello el empleo de los actores) hasta que, afectada de forma tan notoria como inevitable por las consecuencias de la crisis sanitaria en el sector de la hostelería, acuerda las extinciones. Ello supondría sancionar con la improcedencia el

⁷³ En concreto, “la decisión extintiva adoptada por la empresa (con acuerdo con la RLT), afectando a 180 trabajadores, en base a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción “lo es en base a la concurrencia de las causas que motivaron los ERTEs, pero también en base a la concurrencia de nuevas causas como lo son la cancelación de otros contratos producida en agosto de 2020 por un importe de 12 millones de euros, que ha venido a agravar la situación económica de la empresa, con incidencia en la notable disminución de la producción, por lo que, con arreglo a la jurisprudencia antes citada, permite a la empresa la adopción de la extinción por dichas causas”

⁷⁴ No obstante entiende que la extinción por causas objetivas de uno de los trabajadores (mayor de 55 años) es improcedente por incumplimiento del compromiso de empleo adquirido por la empresa al finalizar el ERE con acuerdo.

intento de continuar con la actividad pese a las pérdidas y el haber sufrido además el impacto del COVID19 en su actividad”. Aunque en contraste a este planteamiento (y de forma muy controvertida), también se ha sostenido que, pudiendo proceder al ajuste de la plantilla con anterioridad a la pandemia (por la concurrencia de causa suficiente entonces), proceder al despido “aprovechando” el agravamiento motivado por la misma es una muestra de la existencia de fraude de ley⁷⁵.

También se han dado casos, en los que estando vigente un ERTE suspensivo y previa distinción entre las causas motivadoras de este y las del ERE posterior (y sin citar el contenido del art. 2 RD Ley 9/2020), se ha declarado la procedencia del despido colectivo⁷⁶.

Y, para los casos en los que sí existe una relación con el COVID-19, sí se ha entendido que debe aplicarse el art. 2 RD Ley 9/2020. En este sentido, como (*obiter dicta*) apunta la anteriormente citada SJS/31 Barcelona 5 de febrero 2021 (núm. 59/2021), “su aplicación (...) parece clara cuando se trata empresas que funcionaban con resultados positivos y justamente por el COVID19 los ven perjudicados de forma súbita y notable”. Y, siguiendo un razonamiento similar, la STSJ Madrid 25 de noviembre 2020 (rec. 590/2020), en un supuesto de despido colectivo en el que se he alcanzado un acuerdo durante el período de consultas, resuelve que la causa productiva alegada – pérdida de la contrata – es injustificada porque, en contra de lo argumentado, sí está relacionado con el COVID-19.

⁷⁵ STSJ País Vasco 26 de enero 2021 (rec. 1583/2020): “la empresa, que, como se ha acreditado, podía tener causa económica para proceder al despido objetivo del demandante con los datos del 31 de diciembre de 2019, no ha tomado esta decisión sino hasta el 21 de abril de 2020, esto es, bien entrada la crisis de la COVID-19, y pospuesto su efectividad hasta el 21 de mayo. En esta tesitura, se hace difícil comprender la razón por la que la demandada no actuó tal causa económica antes de dicha fecha, siendo así que los datos económicos que podrían haberla avalado databan del final de diciembre anterior. De tales hechos debemos concluir que la empresa, aunque podía tener causa económica, no tomó la decisión de despedir sino hasta que la situación fue aún más grave, motivada sin duda por la dicha epidemia, lo que agravó aún más, como es notorio, el ‘drástico parón económico del sector de la aeronáutica’ que la empresa invocó en su carta de despido”

⁷⁶ STSJ Comunidad Valenciana 1 de diciembre 2020 (rec. 24/2020) declara el despido colectivo procedente de un hotel, estando vigente un ERTE suspensivo por fuerza mayor, que forma parte de un grupo de empresas no patológico que arrastraba una situación económica negativa anterior a la crisis derivada de la pandemia. Sin que, como se ha avanzado, se cite el contenido del art. 2 RD Ley 9/2020, entiende que “al no existir un grupo de empresas patológico la situación económica negativa no se ha de acreditar respecto de todas las empresas del grupo sino solo respecto a Reuma Sol Helse, S.L. que como resulta de las cuentas anuales de la misma no ha obtenido beneficios desde su creación, lo que se traduce a la larga en una situación insostenible que justifica el despido colectivo de todos sus trabajadores”. Y, finalmente, afirma “el ERTE llevado a cabo por Reuma Sol Helse, S.L. proviene de una situación de fuerza mayor que tiene su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, mientras que el posterior despido colectivo tiene como causa las continuas pérdidas económicas derivadas de la actividad empresarial desde el inicio de la misma, por lo que no se trata de las mismas causas, aunque no cabe duda que la crisis ocasionada por el Covid-19 ha ahondado la ya mala situación económica en la que se encontraba Reuma Sol Helse, S.L.”.

No obstante, este criterio (de forma controvertida) parece no impactar en los supuestos de liquidación de la empresa (al menos, en los “testimonios” judiciales identificados hasta la fecha). En concreto (y sin cita del art. 2 RD Ley 9/2020), la STSJ Madrid 28 de octubre 2020 (rec. 450/2020) entiende que es procedente el despido colectivo de toda la plantilla (acordado con la representación de los trabajadores en mayo de 2020) de una empresa de limpieza a la que se le ha denegado un ERTE por COVID-19 con anterioridad (abril 2020) y que, solicitado concurso voluntario posteriormente (septiembre 2020), se ha dado curso a la extinción de la entidad. O bien, en la STSJ Comunitat Valenciana 22 de marzo 2021 (rec. 29/2020), en un supuesto de despido colectivo (no acordado con la RLT) que afecta a toda la plantilla de un hotel, con posterioridad a un ERTE suspensivo⁷⁷, es calificado como procedente porque (aunque la empresa tuvo ganancias en el año anterior): primero, concurren las causas económicas y productivas provocadas por el COVID-19; y, segundo (aunque – como se analizará posteriormente - no tenga afectación en la calificación del despido), tampoco aplica el compromiso de empleo *ex DA 6ª RD Ley 8/2020* porque se ha concluido el concurso de acreedores (extinguiéndose la sociedad)⁷⁸.

3.3. El ámbito de aplicación temporal del art. 2 RD Ley 9/2020

El ap. 6 del art. 3 RD Ley 2/2021 ha extendido (por tercera vez⁷⁹) la vigencia del art. 2 del RD Ley 9/2020 hasta el 31 de mayo 2021. No obstante, al margen de estas sucesivas prórrogas, la cuestión está en determinar si el ámbito de aplicación “específico” del propio art. 2 RD Ley 9/2020 y, en particular, la consustancial vinculación con las “medidas” adoptadas (ERTEs por fuerza mayor y CETOP) tendría alguna afectación.

En este sentido, si se acepta este planteamiento, debería colegirse que el ámbito de aplicación del citado art. 2 no estaría afectando a todos los ERTE a pesar de las prórrogas.

Para facilitar la exposición, permítanme que desarrolle mi argumentación distinguiendo entre ERTE/FM y ERTE/CETOP:

- En relación a los ERTE/FM, debe tenerse en cuenta que, a partir del 27 de junio 2020, en virtud del art. 1 RD Ley 24/2020, ya no pueden aprobarse ERTE/FM de acuerdo con el art. 22 RD Ley 8/2020.

⁷⁷ Sigue el criterio de la STSJ Comunidad Valenciana 1 de diciembre 2020 (rec. 24/2020) citada en la nota anterior.

⁷⁸ En concreto (sin aplicar el art. 2 RD Ley 9/2020 – aunque lo “enumera”) afirma: “no cabe sino concluir que el despido impugnado es ajustado a derecho al haberse acreditado tanto las causas económicas como productivas alegadas y haber sido declarada la empresa en concurso de acreedores con simultánea conclusión del mismo por insuficiencia de la masa”.

⁷⁹ Y, con anterioridad, lo hizo el art. 6 RD Ley 30/2020 hasta el 31 de enero 2021; el art. 7 RD Ley 24/2020 hasta el 30 de septiembre; y la DF 2ª RD Ley 18/2020 hasta el 30 de junio.

Por consiguiente, el contenido del art. 2 RD Ley 9/2020 sólo puede afectar a los ERTE aprobados con anterioridad al RD Ley 24/2020 (y los todavía vigentes han sido prorrogados hasta el 31 de mayo 2021 *ex art. 1 RD Ley 2/2021*). O, dicho de otro modo, los ERTE/FM aprobados a partir del RD Ley 24/2020 (27 de junio 2020) quedarían fuera del ámbito de aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020.

- En relación a los ERTE/CETOP, y a diferencia de lo anterior, en la medida que, a la luz del art. 3 RD Ley 30/2020, los ERTE/CETOP siguen remitiéndose al art. 23 RD Ley 8/2020 y también los iniciados tras la entrada en vigor del RD Ley 2/2021 y hasta el 31 de mayo de 2021 (*ex art. 3.1 RD Ley 2/2021*), debe entenderse que el ámbito de aplicación del contenido del art. 2 RD Ley 9/2020 es mucho mayor, extendiéndose a todos ellos.

No obstante, reparen que si, en virtud del art. 3.3 RD Ley 30/2020, se pasa de un ERTE/FM posterior al RD Ley 24/2020 a un ERTE/CETOP, en la medida que se remite al art. 23 RD Ley 8/2020, sí se aplicaría el art. 2 RD Ley 9/2020.

En todo caso, debe advertirse que, hasta la fecha, no se ha localizado resolución judicial alguna que aborde esta problemática.

3.4. ¿Qué significa que la extinción es “injustificada”?

El art. 2 RD Ley 9/2020 no especifica qué calificación jurídica debería atribuirse a estas extinciones “injustificadas”. Esto es, si nulidad o improcedencia.

Esta “imprecisión” normativa, a mi entender, deliberada (especialmente, si se atiende a las numerosas ocasiones que se ha tenido para concretarla)⁸⁰, ha suscitado una notable controversia, precipitando que, de forma impropia, se hablara (especialmente en los medios de comunicación) de la existencia de una “prohibición” de despedir⁸¹. Y somete a los Tribunales a la árdua tarea de esclarecer una norma que presenta, como se ha expuesto en los epígrafes anteriores, numerosas imprecisiones. Con el añadido de que el tiempo (mientras se resuelve la controversia) no es un factor que juegue a favor.

⁸⁰ En este sentido también, SJS/3 Pamplona 21 de diciembre 2020 (rec. 637/2020). Y, en la doctrina, VIQUEIRA PÉREZ, “Acerca de la calificación del despido...”, *op. cit.*; y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la ‘prohibición’ de despedir...”, *op. cit.*

⁸¹ Comparto con CRUZ VILLALÓN (“El despido injustificado por COVID”, *op. cit.*) que “afirmar que un despido se encuentra ‘prohibido’ tiene una escasa precisión técnica desde el punto de vista jurídico, pues lo prohibido a lo más puede interpretarse como sinónimo de conducta ‘ilícita’, cuando el jurista espera concreción de cuáles son las concretas consecuencias de ese ilícito, que por ampliar el abanico va desde el ilícito contractual hasta el ilícito penal, pasando por el ilícito administrativo”.

Las posturas interpretativas (con seguimiento desigual) serían, hoy por hoy, las siguientes: nulidad, improcedencia o improcedencia y una indemnización complementaria. A continuación se exponen de forma separada.

3.4.1. ¿El carácter injustificado describe un despido nulo?

Los motivos para sostener que el art. 2 RD Ley lleva aparejada la calificación de nulidad gravitan fundamentalmente sobre el art. 6.3 y 4 CC. Aunque no sólo⁸². En este sentido, por ejemplo, FALGUERA BARÓ⁸³ entiende que, aunque la “doctrina casacional ha venido insistiendo con reiteración que el fraude de ley no comporta la nulidad del despido”, no obstante, “se ha excepcionado a los despidos colectivos, tal y como se ha analizado anteriormente, y también a los despidos objetivos (STS UD 12.03.2014 -Rec. 673/2013). De ello se difiere que en los tipos extintivos de los artículos 51 y 52 c) ET la no superación del juicio de antijuridicidad podría determinar la calificación de nulidad, siempre que las causas alegadas por la empresa guarden relación con la tipología de supuestos susceptibles de plasmación mediante ERTES”. Aunque matiza que “no parece lógico sancionar con la nulidad supuestos en los que aunque las causas económicas o productivas tengan un nexo directo con la pandemia se acredite en forma suficiente y

⁸² En la doctrina, defendiendo la nulidad, BAYLOS GRAU, Antonio, “La prórroga del estado de alarma y medidas laborales adicionales de garantía del empleo en la crisis del COVID-19”, *Blog del Autor*, 2020, <https://baylos.blogspot.com/2020/03/la-prorroga-del-estado-de-alarma-y.html>; y “La Corte Constitucional italiana prosigue...”, op. cit.; POQUET CATALÀ, Raquel, “Despido realizado contravenido el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, ¿nulo o improcedente?”, *Revista Trabajo y Derecho*, 74, 2021; MUÑOZ-SABATÉ, Jordi, “Despido sin causa en tiempos de coronavirus. ¿Improcedencia o nulidad?”, *Revista de Derecho VLex*, 191, 2020; y RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Jesús, “El despido por causas del Covid, ¿improcedente o nulo?”, *Diario La Ley*, 9791, 2021. Por su parte, Eduardo ROJO TORRECILLA (“Covid-19 y protección del empleo. ¿La rescisión de una contrata el 10 de abril de 2020 puede ser causa de un despido colectivo y no de un ERTE? A propósito de la polémica sentencia del TSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2020, con voto particular discrepante”, *Blog del autor*, 2021, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2021/01/covid-19-y-proteccion-del-empleo-la.html>) entiende que “el legislador perseguía la nulidad”. Y añade: “supongo que es la finalidad de la norma, se pretende que no exista despido alguno, ni extinción de contratos por razón de las causas que permite la presentación de ERTES ya sea de suspensión o de reducción de jornada y que el gobierno ha escuchado las quejas, hechas públicas en días anteriores, por las organizaciones sindicales más representativas por los despidos o extinciones contractuales efectuados ante la grave situación económica y sin acudir a las vías previstas en el RDL 8/2020”. Y para el caso de que se planteen “Es probable entonces que la vía de la declaración de improcedencia prevaleciera, pero en tal caso, permítanme y discúlpenme que esté dando vueltas a la cuestión como un tiovivo, ¿no se habría vaciado de contenido real y útil la norma que pretende justamente que no se den tales despidos o extinciones?”. Ver también del mismo autor, y “Sobre la aplicación de las cláusulas de suspensión de la duración de los contratos temporales, y prohibición de despidos, durante la crisis sanitaria, y sus efectos sobre una decisión empresarial. Notas a la sentencia del JS núm. 3 de Sabadell de 6 de julio de 2020”, *Blog del Autor*, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2020/07/sobre-la-aplicacion-de-las-clausulas-de.html>. Y, Carolina MARTÍNEZ MORENO (“Calificación del despido contrario a la normativa COVID”, *Blog Net21*, 2021, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/CALIFICACION-DEL-DESPIDO-CONTRARIO-A-LA-NORMATIVA-COVID.pdf>), entiende que “la posible la regla común sobre los efectos de las conductas o decisiones en fraude de ley del referido art.6.4 CC sigue siendo plenamente susceptible de ser invocada y aplicada”.

⁸³ FALGUERA BARÓ, *La legislación laboral durante el Estado de Alarma*, op. cit., p. 131 y 132.

razonable que la situación generada por la misma comporta una situación irresoluble en un futuro inmediato (...). En estos casos el simple sentido común nos puede llevar, incluso, a la calificación de la procedencia. La interpretación de la ley no puede llevar al absurdo de reclamar al empleador que ante una situación irreversible deba tener que seguir manteniendo la totalidad de los contratos, en tanto que aun acudiendo a la suspensión de los mismos se generan costes susceptibles de empeorar la situación”.

En la doctrina judicial, el criterio de las resoluciones que han defendido la *restitutio in integrum* en aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020 puede sintetizarse como sigue, destacando al respecto el posicionamiento del TSJ del País Vasco. Así en las Sentencias 23 de febrero y 26 de enero 2021 (rec. 57/2021; y rec. 1583/2020) – la primera de ellas, con un VP -, se entiende que los parámetros funcionales y de reacción ante la pandemia y sus consecuencias ha quedado delimitado por un tercero ajeno a las partes del contrato y estos son indisponibles. Precisamente, la pretensión de mantenimiento del empleo a la se aspira sólo puede alcanzarse con la “reposición de la situación previa del trabajador al acto ilícito de su despido”. Y añade que “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, finalmente, entiende que, admitir la posibilidad de habilitar la compensación por equivalente (indemnización) comportaría una quiebra de la propia norma, “dejándola sin contenido eficaz”. Es importante tener en cuenta que este enfoque se aparta de la discusión sobre el despido fraudulento y lo “empaca” en la idea de que “la voluntad de las partes ha quedado criogelizada, y se ha asumido por el legislador una función propia de los interlocutores sociales, que es la negociación y la disponibilidad de determinadas instituciones, creando un marco de derecho necesario”. De lo que extrae que la preservación del empleo haya adquirido, por voluntad del legislador, una “significación mayor a aquella que se había pretendido para otros casos (...) 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”.

Por otra parte (en la resolución de 26 de enero 2021 citada), partiendo de que el art. 2 RD Ley 9/2020 “impide” la extinción en los supuestos que describe, también entiende que la norma ha primado (de forma nítida) la flexibilidad interna a la externa, de modo que, la formulación de un despido colectivo en el marco de la pandemia debe ser calificada como un fraude de ley. De modo que la “necesaria efectividad del derecho al trabajo del artículo 35 CE”, permite justifica la nulidad. Añadiendo que “solo mediante esta

calificación puede entenderse de aplicación efectiva la norma que la demandada pretendió eludir, tal como prevé el artículo 6.4 CC”⁸⁴.

De hecho, en la instancia, también se ha acudido a la (impropia) idea de la “prohibición” (fruto de una “regulación excepcional imperativa”⁸⁵) y de los apartados 3 y 4 del art. 6 CC para alcanzar idéntica calificación⁸⁶. O bien, porque si se admitiera la posibilidad de extinguir indemnizando “la relación laboral podría extinguirse unilateralmente por voluntad empresarial en virtud del derecho de opción, con lo cual la prohibición quedaría en una mera declaración de intenciones”⁸⁷.

3.4.2. ¿El carácter injustificado describe un despido improcedente?

El carácter injustificado de la ineficacia contractual, como se ha expuesto al inicio de este trabajo, no puede identificarse, *per se*, con la nulidad “procesal” – esto es, con el cumplimiento de la prestación *in natura* (sin perjuicio, de lo que – como se apuntará – podría plantearse en el marco de un despido colectivo). Especialmente porque, ante la falta de especificación normativa al respecto, debe entenderse que el criterio jurisprudencial vigente prevalece. En este sentido, esta doctrina (por todas, STS 5 de mayo 2015, rec. 2659/2014)⁸⁸ ha rechazado la vigencia del despido nulo por fraude de

⁸⁴ Un comentario al respecto en ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Covid 19 y despido sin causa. Sigue el debate sobre la nulidad o improcedencia, y ahora interviene, a favor de la primera, el TSJ del País Vasco. Una nota a la sentencia de 26 de enero de 2021”, *Blog del autor*, 2021 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/02/covid-19-y-despido-sin-causa-sigue-el.html>

⁸⁵ SJS/29 Barcelona 28 de julio 2020 (núm. 180/2020).

⁸⁶ SJS/29 Barcelona 28 de julio 2020 (núm. 180/2020); y SJS/3 Sabadell 6 de julio 2020 (núm. 93/2020). Aunque de forma controvertida en este último supuesto, pues acude a la aplicación del art. 2 RD Ley 9/2020 en un supuesto extintivo anterior a la entrada en vigor del RD Ley 9/2020. Un comentario crítico al respecto en BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “La ‘prohibición’ de despido del art. 2 RD Ley 9/2020 no acarrea la nulidad (comentario crítico a la SJS/3 Sabadell 6/7/20)”, *Blog del Autor*, 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/07/22/la-prohibicion-de-despido-del-art-2-rdley-9-2020-no-acarrea-la-nulidad-comentario-critico-a-la-sjs-3-sabadell-6-7-20/>. Mostrándose crítico también, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la ‘prohibición’ de despedir...”, op. cit.; y AGUSTÍ MARAGALL, “La extinción del contrato en el marco del COVID-19...”, op. cit., p. 18.

⁸⁷ SJS/6 Oviedo 22 de octubre 2020 (rec. 305/2020).

⁸⁸ Seguida recientemente por la STS 29 de noviembre 2017 (rec. 1326/2015). Y, en la doctrina judicial, STSJ Pleno Cataluña 21 de junio 2020 (rec. 4708/2019), siguiendo – entre otros motivos – la doctrina jurisprudencial (STS 2 de noviembre 1993, rec. 3669/1992), descarta que el contenido del C158 OIT y de la CSEr (así como su interpretación), justifiquen la readmisión en el despido sin alegación de causa o por causa falsa (criterio que reitera también en la STS 31 de marzo 2021, rec. 348/2020). Un comentario de la primera en BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “El despido sin alegación de causa alguna o por causa falsa es improcedente (STSJ Pleno Cataluña 21/6/20)”, *Blog del Autor*, 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/10/28/el-despido-sin-alegacion-de-causa-alguna-o-por-causa-falsa-es-improcedente-stsjpleno-cataluna-21-6-20/>. Y, en términos similares, aunque siguiendo una argumentación distinta, STSJ Andalucía Sevilla 19 de noviembre 2020 (rec. 3571/2020). Un comentario en BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “STSJ And\Sevilla 19/11/20: el despido con causa falsa es improcedente (y una reflexión sobre el art. 24 Carta Social Europea)”, *Blog del Autor*, 2020 <https://ignasibeltran.com/2020/11/23/stsj-andsevilla-19-11-20-el-despido-con-causa-falsa-es->

ley o sin justa causa, estableciendo que “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 - concluye STS 29-2-2001 (citada) - la calificación aplicable es la de improcedencia’ del despido, y no la de nulidad del mismo”⁸⁹.

Como punto de partida, adviértase que, como expone SEGALÉS FIDALGO⁹⁰, el carácter “injustificado” de la extinción *ex art. 2 RD Ley 9/2020* tiene una “textura” que no es exclusiva de este controvertido precepto, sino que también está presente en otros (de hecho de forma más categórica - arts. 39.3 o 12.4.e ET), sin que, hasta la fecha, nadie haya colegido que, por este motivo, debía entenderse que se estaba refiriendo a la nulidad⁹¹.

Y, también resulta especialmente clarificadora la reflexión de PALOMO BALDA⁹² sobre esta cuestión cuando puntualiza que “lo que dispone el precepto no es que las empresas ‘no podrán acordar despidos fundados en la reducción de la actividad derivada del COVID’, es decir, no contiene el mandato de no proceder al despido por esa causa y en cualquier circunstancia, sino que ‘esa reducción no constituirá causa que justifique decisiones extintivas’”. Por consiguiente, prosigue, se desprenden dos conclusiones: La primera es que la norma “no configura una auténtica prohibición de despedir, ni siquiera formulada de manera encubierta en el sentido de no permitir realizar un despido asentado en ese dato, pues de haberlo querido así el legislador lo habría dicho expresamente”. Y, la segunda, es que no cabe declarar la nulidad.

[improcedente-y-una-reflexion-sobre-el-art-24-carta-social-europea/](#). A su vez, la STSJ Asturias 26 de enero 2021 (rec. 1945/2020), en el marco de la pandemia (tras rechazar que el art. 2 RLDey 9/2020 sea aplicable al despido disciplinario), afirma: “del articulado del Convenio 158 de la OIT no cabe deducir que la consecuencia derivada de un despido sin causa haya de ser necesariamente la declaración de nulidad del mismo y la consiguiente readmisión del trabajador. El propio Convenio permite, como alternativa a la anulación de la decisión extintiva, la compensación del trabajador mediante el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

⁸⁹ Como expone el SEGALÉS FIDALGO (“A la búsqueda de la nulidad perdida...”, op. cit., pp. 41), “el Alto Tribunal descartaría nulidades implícitas, basadas en construcciones teóricas como la que hemos presentado en las primeras páginas de estas notas. De suerte que, dejando al margen del despido que en su momento se clasificó como nulo radical (hoy nulo por anticonstitucionalidad), o bien el legislador señala la nulidad como consecuencia necesaria de la decisión extintiva (lo que afecta a los supuestos que hemos descrito, sean obvios o precisen levantamiento del velo), o el acto extintivo será tomado como improcedente, permitiéndose así la ruptura indemnizada del vínculo (de no tratarse de un trabajador protegido por el ejercicio de funciones representativas)

⁹⁰ SEGALÉS FIDALGO, “A la búsqueda de la nulidad perdida...”, op. cit., pp. 39, 40 y 42.

⁹¹ En concreto afirma (p. 40), “No está uno para afirmar verdades estadísticas, pero no creo errar de bulto si afirmo que ningún TSJ ha declarado nulo un despido en este contexto. Ello a pesar de que la norma lleve en el Estatuto suficientes décadas como para haberse dado el caso. En fin, si había una buena razón para invocar la nulidad civil *ex art. 6.3 CC* no era necesario esperar a contemplar la normativa de excepción generada a cuenta de la pandemia”

⁹² PALOMO BALDA, “Cuestiones actuales...”, op. cit.

Aunque, como se ha apuntado en el anterior epígrafe, se trata de una cuestión controvertida (existiendo ya criterios dispares en suplicación), puede entenderse que la improcedencia es la posición mayoritaria judicialmente (siendo apoyada también por un sector muy amplio de la doctrina⁹³). Comparto con AGUSTÍ MARAGALL⁹⁴ que, descartada la existencia de una “prohibición”, el art. 2 RD Ley 9/2020 “es, en rigor, una limitación en la justificación de la causalidad de las extinciones, consistente en que aquellas causas que podían justificar medidas de flexibilidad interna no podrán justificar medidas de flexibilidad externa, esto es, la procedencia de los despidos –colectivos o individuales- por las mismas causas”.

Así, en la doctrina judicial, puede destacarse la STSJ Madrid 25 de noviembre 2020 (rec. 590/2020). En esta resolución se afirma que “el artículo 2 del RDL 9/2020, pudiendo haber calificado al despido como nulo, ha optado por no hacerlo. Nada dispone tampoco sobre la calificación, la Exposición de motivos del propio RDL. (...) En ningún momento se anuncia en la norma, como una medida a adoptar, en aras a evitar que las causas del artículo 22 del RDL 8/2020 se traduzcan en un despido, su calificación de nulidad. No se prevé en el RDL 9/2020 de este modo, una prohibición de despido bajo sanción de nulidad por lo que, siendo un principio general de derecho el que afirma que donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete (SSTS 12-7-18, Rec. nº 182/17 y 13-06-2018, Rec. nº 128/2017), sobre todo, porque tampoco se ha modificado y bien podía haberlo hecho, la redacción del artículo 124 de la LRJS, el despido no puede calificarse como nulo”. De modo que, “(...) si la norma en cuestión, detallada y densa en su contenido, nada prevé, no es razonable interpretar ese silencio como un mero olvido”.

Desde este enfoque, el mismo pronunciamiento añade que el uso del término “justificativas” en dicho precepto es determinante porque de acuerdo con su definición

⁹³ Entre otros, AGUSTÍ MARAGALL, “La extinción del contrato en el marco del COVID-19...”, op. cit., p. 21; CRUZ VILLALÓN, “El despido injustificado por COVID”, op. cit.; SEGALÉS FIDALGO, “A la búsqueda de la nulidad perdida...”, op. cit., pp. 41 y ss.; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la ‘prohibición’ de despedir...”, op. cit.; FERNÁNDEZ AVILÉS, José A., “¿Es suficiente este derecho laboral excepcional ‘por aluviones’ frente a la pandemia del COVID-19?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 2020, p. 23; CASAS BAAMONDE, María E., “La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfiamento. Las modificaciones del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de Medidas Sociales en Defensa del Empleo”, *Diario La Ley*, 9680, 2020; CASAS BAAMONDE, María E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “Las medidas laborales y de Seguridad Social en el estado de alarma y en la ‘desescalada’”, En Baamonde y Rodríguez-Piñero (Coords.), *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Lefebvre, 2020, p. 41; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “Prohibido despedir o extinguir el contrato de trabajo por COVID-19”, *Gómez-Acebo & Pombo, Publicaciones*, 2020, <https://www.gomez-acebo.com/publicaciones/prohibido-despedir-o-extinguir-el-contrato-de-trabajo-por-covid-19/>; DE CASTRO MARÍN, “¿Resulta viable la declaración de nulidad de las extinciones contractuales...”, op. cit. (aunque defendiendo la nulidad si la causa es simulada); VIQUEIRA PÉREZ, “Acercas de la calificación del despido...”, op. cit.; CAVAS MARTÍNEZ, “Calificación de los ceses laborales...”, op. cit.; ALFONSO MELLADO, Carlos y FABREGAT MONFORT, Gemma, *COVID-19: medidas del RDL 8/2020 en el ámbito laboral*, Tirant Lo Blanch, 2ª Ed., Valencia, 2020, p. 205; LÓPEZ HORMEÑO, María C., “La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?”, *Diario La Ley*, 9818, 2021.

⁹⁴ AGUSTÍ MARAGALL, “La extinción del contrato en el marco del COVID-19...”, op. cit., p. 21

literal, “La palabra ‘justificativa’ significa que ‘sirve para justificar algo’ y el verbo ‘justificar’ significa, según la primera acepción de la RAE ‘probar algo con razones convincentes, testigos o documentos’. Por ello, si la causa productiva, no es justificativa del despido, esto significa que la causa productiva relacionada con el Covid-19 no lo prueba, el despido no está probado y por lo tanto, resulta improcedente o en este caso, no ajustado a derecho. No nulo”⁹⁵. El TSJ de Catalunya (en un pleno muy dividido), en la sentencia de 31 de marzo 2021 (rec. 3825/2020)⁹⁶, también ha confirmado la calificación de improcedencia en estos casos. En concreto, entiende que “no puede colegirse, sin soporte expreso auténtico, la declaración de que la extinción es constitutiva de despido nulo porque el dador de la norma bien pudo anudar tal consecuencia de forma expresa y no lo hizo. Y, al respecto, añade, “ha tenido muchas y sucesivas ocasiones de aclarar esta cuestión”. Por otra parte, también aclara que no se está estableciendo “una verdadera prohibición de despedir sino mas bien una limitación en relación a las causas que pueden justificar la procedencia de un despido en esta coyuntura”. De modo que “la duda hermenéutica, cuando concurren causas objetivas vinculadas a la crisis sanitaria, se sitúa entre la declaración de improcedencia por no poder, en la excepcionalidad, utilizar las mismas para la hábil y lícita extinción. O la de procedencia del despido, en función de si existe o no causa para el despido. Y no entre la declaración de nulidad o improcedencia porque sobre esto nada dice el dador de la norma”⁹⁷.

⁹⁵ Y la STSJ Madrid 27 de noviembre 2020 (rec. 438/2020), a propósito del art. 2 RD Ley 9/2020, *obiter dicta*, entiende que “si la norma establece que determinadas situaciones no podrán considerarse como causa del despido, y la empresa alega precisamente esas situaciones, está llevando a cabo un despido sin causa, y por tanto no ajustado a derecho, o improcedente, pero no nulo”. No obstante, acaba declarando el despido nulo por no haber especificado las causas del despido colectivo y la falta de documentación al respecto (y con ello, viciando todo el procedimiento). La STSJ CyL\Burgos 15 de enero 2021 (rec. 429/2020), en un supuesto de despido improcedente habiéndose declarado el estado de alarma, pero antes de la entrada en vigor de los RD Ley 8/2020 y 9/2020, *obiter dicta*, afirma: “no nos encontramos en estos supuestos ante un despido prohibido sino injustificado (‘no se podrán entender como justificativas’ las causas COVID-19 señala el precepto Y con ello ante un despido improcedente. Ni siquiera la vía de despido por fraude de ley permitirá la declaración de nulidad, que no admite como tal la jurisprudencia, salvo para determinados supuestos de despidos colectivos fraudulentos (STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013), pero más por la vinculación con la vulneración del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical por las graves irregularidades o incumplimientos de los deberes documentales e informativos que impone a la empresa la normativa aplicable”.

⁹⁶ Un comentario al respecto en BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “STSJ Cataluña (Pleno) 31/3/21: la calificación del art. 2 RD Ley 9/2020 es la improcedencia”, *Blog del Autor*, 2021, <https://ignasibeltran.com/2021/04/14/stsj-cataluna-pleno-31-3-21-la-calificacion-del-art-2-rdley-9-2020-es-la-improcedencia/>

⁹⁷ Y, finalmente, también añade: “Si no se prevé por la norma excepcional una expresa prohibición de despedir, no es aplicable el artículo 6.3 del CC que sanciona con la nulidad los actos contrarios a las normas prohibitivas (...). Por su parte el artículo 6.4 CC dispone que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. 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, mas 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

En la instancia, partiendo de que la jurisprudencia no consagra la categoría del despido nulo por falta de causa, también se ha aportado argumentos de peso para descartar la expansión de la teoría del despido radicalmente nulo a este ámbito. Por ejemplo, en la fundamentada SJS/3 Pamplona 21 de diciembre 2020 (rec. 637/2020) se afirma que “Ni siquiera la vía de despido por fraude de ley permitirá la declaración de nulidad, que no admite como tal la jurisprudencia, salvo para determinados supuestos de despidos colectivos fraudulentos (STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013), pero más por la vinculación con la vulneración del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical por las graves irregularidades o incumplimientos de los deberes documentales e informativos que impone a la empresa la normativa aplicable”. Añadiendo (de un modo similar al que se ha expuesto al inicio de este ensayo) que “El legislador ha situado el debate en el plano procesal de los efectos del despido, conduciendo la conclusión que se obtiene a la declaración de improcedencia y quedando descartada la nulidad”. Quedando esta reservada “a despidos con vulneración de los derechos fundamentales, o relacionados con las situaciones susceptibles de especial protección para evitar, cabalmente, la vulneración de un derecho fundamental”. En este sentido, también se ha apuntado que “la declaración de la improcedencia no implica acoger como causa válida de extinción de la relación laboral el desistimiento empresarial, lo que prohíbe el Convenio 158 de la OIT. Todo lo contrario, implica negar que la simple voluntad de la empleadora justifique el despido”.

Y, a partir del planteamiento expuesto por el JS/1 León⁹⁸, puede añadirse que “no cabe interpretar que toda conducta empresarial de dejar sin efecto un compromiso de empleo comporta ineludiblemente la concurrencia de un fraude de ley y, por tanto, de declaración de nulidad del despido colectivo”. O bien, como apunta la SJS/1 Soria 9 de septiembre 2020 (rec. 216/2020), no puede desprenderse ni de su tenor literal ni de la exposición de motivos del texto legal que “la intención del legislador sea añadir una nueva causa de nulidad a las enumeradas taxativamente en dichos preceptos”; ni “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”⁹⁹.

COVID-19, el despido ha de declararse improcedente. También sobre esta cuestión nos extendimos en el Pleno al que hemos hecho referencia y del que hemos hecho generosa transcripción”.

⁹⁸ SSJS/1 León 1 de octubre 2020 (rec. 253/2020); y (2) 22 de septiembre 2020 (rec. 261/2020; rec. 331/2020).

⁹⁹ En términos similares sobre esta última cuestión, entre otras, SJS/3 Ciudad Real 29 de septiembre 2020 (rec. 234/2020); SJS/35 Barcelona 18 de noviembre 2020 (núm. 50/2020); y SJS/31 Barcelona 5 de febrero 2021 (núm. 59/2021).

En definitiva, ante la ausencia de concreción, debe acudir al régimen general¹⁰⁰. O, como expone la SJS/1 Oviedo 19 de octubre 2020 (rec. 295/2020), en este caso, “se pruebe o no se pruebe la existencia de esas causas, no pueden justificar la procedencia del despido y, por tanto, su procedencia, pues en tal situación esas causas no justifican un despido objetivo. En definitiva, lo que establece el Real Decreto Ley es que si concurre fuerza mayor vinculada al estado de alarma o causas económicas, organizativas, técnicas o productivas también vinculadas al estado de alarma, y éstos son los únicos motivos que se esgrimen como justificativos del despido, este nunca puede ser procedente”¹⁰¹.

3.4.3. ¿El carácter injustificado describe un despido improcedente y habilita el reconocimiento de una indemnización complementaria?

El repaso de las reacciones judiciales al art. 2 RD Ley 9/2020 debe cerrarse con un criterio interpretivo, en mi modesta opinión, muy discutible. En efecto, en la instancia también se ha defendido el reconocimiento de una indemnización complementaria a la calificación de improcedencia. Así, las SSJS/26 Barcelona (2) 31 de julio 2020 (núm. 170/2020)¹⁰², entienden que, en virtud del C158 de la OIT (interpretado conforme a la CSEr de 1996), la indemnización legal tasada no es suficientemente disuasoria y por ello reconoce una indemnización complementaria (respectivamente, de 60.000 € y 49.000 €) a compensar con la ya percibida, salvo que se produzca una readmisión¹⁰³.

El planteamiento sostenido en estas resoluciones no puede ser compartido (emplazándoles, para evitar la reiteración, a los argumentos esgrimidos en el apartado 1 de este trabajo).

¹⁰⁰ En este sentido, SSJS/1 Palencia 1 y 29 de octubre 2020 (rec. 281/2020; y rec. 274/2020); SJS/3 Gijón 18 de septiembre 2020 (rec. 277/2020); SJS/5 Valladolid 21 de julio 2020 (rec. 237/2020); SJS/11 Bilbao 19 de noviembre 2020 (núm. 76/2020); y SJS/1 Mieres 4 de agosto 2020 (rec. 319/2020).

¹⁰¹ Otras resoluciones en la instancia entendiendo que el carácter injustificado de la extinción debe identificarse con la improcedencia: SSJS/4 Palma de Mallorca 5 de julio 2020 (rec. 346/2020); y 31 de agosto 2020 (rec. 304/2020); SSJS/1 Ponferrada 9 de octubre 2020 (rec. 225/2020); y 24 de junio 2020 (rec. 174/2020); SJS/3 Arrecife 24 de marzo 2021 (núm. 325/2020); SJS/3 Gijón 3 de noviembre 2020 (rec. 316/2020); SSJS/2 Salamanca 21 de octubre 2020 (rec. 444/2020); 21 de diciembre 2020 (rec. 600/2020); SSJS/5 Valladolid 23 de noviembre (rec. 302/2020); y 15 de diciembre 2020 (rec. 371/2020); SSJS/4 Valladolid 14 y 26 de octubre 2020 (rec. 335/2020; y rec. 355/2020); SSJS/26 Barcelona 10 y (3) 31 de julio 2020 (rec. 348/2020; núm. 168/2020; núm. 170/2020; y núm. 174/2020); y 13 de octubre 2020 (núm. 229/2020); SJS/1 Ciudad Real 10 de diciembre 2020 (rec. 414/2020); SJS/3 Ciudad Real 30 de noviembre 2020 (rec. 418/2020); SJS/2 Toledo 18 de noviembre 2020 (rec. 959/2020); y SJS/1 Palencia 1 de diciembre 2020 (rec. 269/2020).

¹⁰² Estas resoluciones sigue parcialmente el cuerpo doctrina de la citada SJS/34 Madrid 21 de febrero 2020 (rec. 843/2019) que (en un supuesto ajeno a la pandemia) entiende que, en virtud del C158 de la OIT (interpretado conforme a la CSEr), la improcedencia de un despido exige la readmisión obligatoria. Criterio seguido también en la SJS/34 Madrid 21 de octubre 2020 (núm. 177/2020).

¹⁰³ Un comentario crítico al respecto de estas resoluciones en BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “COVID-19, despido (objetivo) improcedente e indemnización compensatoria de 60.000 € (SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020)”, *Blog del Autor*, 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/09/02/covid-19-despido-objetivo-improcedente-e-indemnizacion-compensatoria-de-60-000-e-sjs-26-barcelona-31-de-julio-2020/>

De hecho, este criterio controvertido también ha tenido respuesta (en contra) en otras resoluciones en la instancia. En concreto, la SJS/35 Barcelona 18 de noviembre 2020 (núm. 50/2020) entiende (*ex* STS 23 de octubre 1990, núm. 1350) que el importe del art. 56 ET ya es disuasorio y añade que, en virtud del ATC 12 de febrero 2014, “la fórmula legal para determinar el cálculo de la indemnización por despido improcedente no se opone al invocado convenio núm. 158”.

3.4.4. A pesar del contenido del art. 2 RD Ley 9/2020, ¿hay espacio para la procedencia?

Aunque es un aspecto que ya ha sido abordado en un epígrafe anterior, es importante reparar que, en función de la causa resolutoria alegada, en algunos casos los Tribunales han entendido que el contenido del art. 2 RD Ley 9/2020 no impedía que pudiera alcanzarse la calificación de procedencia. Hasta la fecha, que se tenga constancia, han sido cuatro los principales elementos a tener en cuenta: el carácter “indirecto” de la causa (especialmente, en los supuestos en los que la decisión extintiva de la contratista ha sido provocada por la decisión de la principal)¹⁰⁴; el carácter previo de la causa a la pandemia (pese a su agravación motivada por esta)¹⁰⁵; nuevas causas diferenciadas de las que provocaron el ERTE¹⁰⁶; y la extinción (acordada o no con los trabajadores) en un supuesto de liquidación¹⁰⁷.

En estos supuestos, el contenido del art. 2 RD Ley 9/2020 no ha sido suficiente para precipitar la calificación de improcedencia.

3.5. ¿El art. 2 RD Ley 9/2020 es contrario al derecho de la UE?

El análisis del ámbito de aplicación objetivo y temporal, así como la concreción de lo que debe entenderse como extinción injustificada permiten abordar la cuestión relativa a la adecuación del art. 2 RD Ley 9/2020 al derecho de la UE y que ha sido cuestionada (de forma controvertida) por la SJS/1 Barcelona 15 de diciembre 2020 (núm. 283/2020).

¹⁰⁴ SSTSJ Cataluña 11 de diciembre 2020 (rec. 50/2020); Madrid 30 de noviembre 2020 (rec. 399/2020); y SJS/31 Barcelona 5 de febrero 2021 (núm. 59/2021).

¹⁰⁵ SJS/31 Barcelona 5 de febrero 2021 (núm. 59/2021); SJS/4 Gijón 25 de noviembre 2020 (rec. 223/2020); SJS/3 Logroño 11 de diciembre 2020 (rec. 282/2020); SJS/2 Salamanca 30 de noviembre 2020 (rec. 558/2020); SJS/1 Gijón 21 de diciembre 2020 (rec. 506/2020).

¹⁰⁶ STSJ Aragón 15 de febrero 2021 (rec. 679/2020).

¹⁰⁷ STSJ Madrid 28 de octubre 2020 (rec. 450/2020); y STSJ Comunitat Valenciana 22 de marzo 2021 (rec. 29/2020).

Es claro que este (hipotético) debate está intrínsecamente condicionado por la propia conceptualización del citado precepto: si se entiende como una efectiva “prohibición” del despido, no es lo mismo que si se estima que el efecto derivado del carácter injustificado de la ineficacia contractual sea la improcedencia.

El sentido de la argumentación del JS citado sugiere que interpreta la norma en términos de “prohibición”. Por este motivo, entiende que, como una derivada del art. 3.3 del Tratado de la UE y la idea de una economía de mercado que promueve, se desprende que, aunque puede ser limitada, ésta no puede ser de tal intensidad que la vacíe de contenido. Y, en este sentido afirma (rechazando la formulación de una cuestión prejudicial), “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 trabajadores – no respeta esa legalidad comunitaria, de establecer un marco común de desarrollo social y económico, por lo que generando derecho subjetivos en los justificables merecen la protección y tutela de los órganos jurisdiccionales como tribunales de la Unión”. En definitiva, entiende que en la medida que el art. 2 RD Ley 9/2020 vulnera el art. 3.3 TFUE y el art. 16 CEDF, “procede su inaplicación (STJCE 15/7/1964 Costa-Enel) en tanto en cuanto es merecedora de tutela el derecho de la demanda reconocido en los preceptos del TFUE y CEDF señalados”.

La principal objeción a la (escueta – por su trascendencia) argumentación de esta resolución radica en que parte de la idea de que el art. 2 establece una prohibición. Es obvio que una vez “desactivada” esta concepción, automáticamente, ya no puede afirmarse que el art. 2 RD Ley 9/2020 vacíe de contenido la normativa comunitaria. A su vez, como ha apuntado un autorizado sector doctrinal¹⁰⁸, sorprende que en esta tesitura, no se formulara una cuestión prejudicial ni tampoco una cuestión de inconstitucionalidad.

Y aunque se entendiera en términos de “prohibición”, es muy controvertido que pueda afirmarse que vulnera el derecho de la UE. En primer lugar, porque la CDFUE también reconoce el derecho de los trabajadores a una protección en caso despido injustificado (art. 30); y, por consiguiente, el conflicto debería abordarse en aras a alcanzar un equilibrio entre los intereses concurrentes (y no sólo desde el punto de vista empresarial)¹⁰⁹. Por otra parte, en la interpretación que se sostiene en este trabajo, repárese que la norma sólo estaría circunscrita a las empresas que mantienen vigente un ERTE aprobado conforme al derecho de la emergencia. Y, desde este punto de vista, es razonable que así sea (sin que pueda entenderse que se ha vaciado de contenido el derecho

¹⁰⁸ CRUZ VILLALÓN, “El despido injustificado por COVID”, op. cit.; y CAVAS MARTÍNEZ, “Calificación de los ceses laborales...”, op. cit.

¹⁰⁹ Al respecto también, CRUZ VILLALÓN, “El despido injustificado por COVID”, op. cit.

de la UE¹¹⁰), en tanto que esta limitación estaría anudada a las ayudas públicas recibidas (y mientras se perciben). El resto de motivos de ineficacia contractual siguen “operativos” y, por consiguiente, puede acudir a ellos¹¹¹.

¹¹⁰ O, al menos, quedaría muy lejos del supuesto resuelto para el ordenamiento jurídico griego, en la STJUE 21 de diciembre de 2016 (C-201/15), *AGET Iraklis*.

¹¹¹ En términos similares; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la ‘prohibición’ de despedir...”, op. cit.; FALGUERA BARÓ, *La legislación laboral durante el Estado de Alarma*, op. cit., p. 131; ROJO TORRECILLA, “Covid-19 y protección del empleo...”, op. cit. Y también el Criterio de la DGT, 11 de abril 2020 “DGT-SGON-850CRA”, (https://delajusticia.com/wp-content/uploads/2020/03/DGT_SGON_850CRA_1586571827.pdf).

4. El tránsito del ERTE a un despido objetivo individual/plural o colectivo y calificación judicial

El planteamiento de este ensayo (y lo reitero a los efectos de la exposición que sigue) es que el contenido del art. 2 RD Ley sólo se aplica para los supuestos en los que una empresa tenga un ERTE aprobado conforme al derecho de la emergencia y esté activo. Por consiguiente, esta regla queda “desactivada” en el instante que no queden trabajadores afectados (lo que no impide – como se ha apuntado – que, de forma simultánea, pueda aplicarse la CSE para los supuestos en los que esté condicionada a la reanudación de la actividad).

Repáren en este contexto, el tránsito de un ERTE activo a una resolución individual/plural o colectiva por fuerza mayor o por CETOP plantea la problemática relativa a qué calificación debe atribuirse.

La doctrina jurisprudencial (anterior a la pandemia) ha admitido la posibilidad de acudir a un ERE estando vigente un ERTE, aunque lo ha sometido a ciertos condicionantes. En cambio (salvo error u omisión) no ha tenido oportunidad de pronunciarse en los supuestos en los que la resolución sea individual o plural.

A partir de todo lo expuesto, y asumiendo que en estos supuestos la extinción del contrato sería “injustificada” si concurre el ámbito de aplicación específico – art. 2 RD Ley 9/2020 – y “general” – arts. 22 y 23 RD Ley 8/2020 -, la clave está en determinar si cabría alcanzar la calificación de nulidad en los supuestos en los que se tramite un despido colectivo a sabiendas que es injustificado. No obstante, antes de llegar a este extremo, permítanme que les recuerde la doctrina jurisprudencial sobre el tránsito de ERTE a ERE.

4.1. El tránsito de ERTE a ERE: síntesis de doctrina jurisprudencial y “tránsitos” posibles

El TS¹¹² (siguiendo una doctrina controvertida¹¹³) ha admitido la posibilidad de transitar de un ERTE activo (o haya de estarlo al amparo del art. 47.1 ET) a un ERE si se da una de las siguientes condiciones:

- bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión;

¹¹² STS 17 de julio 2014 (rec. 32/2014).

¹¹³ En tanto que acude simultáneamente a las difícilmente compatibles teorías “rebus sic stantibus”, excesiva onerosidad y base del negocio (subjética y objetiva).

- bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión”.

Criterios que deben complementarse con dos criterios más, en función de las circunstancias en las que se ha aprobado el ERTE. Así, para el caso de que se haya alcanzado un pacto colectivo sobre la suspensión de contratos, cabe revisarlo (excepcionando el principio de *pacta sunt servanda* y por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*), si se ha producido un cambio radical y la gravedad de la crisis, así como su carácter estructural, eran notorias. Esto es, que concurren acontecimientos posteriores, trascendentes e imprevistos y que resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener el negocio – acuerdo – en su inicial contexto.

Y, finalmente, en el caso de que el ERTE hubiese obedecido a exclusiva decisión empresarial, ese negocio jurídico unilateral tiene plena eficacia (art. 1258 CC) y no puede ser dejado sin efecto de forma unilateral, por expresa disposición del art. 1256 CC, a no ser que también mediase aquella grave alteración de las circunstancias concurrentes o de la base del negocio¹¹⁴.

Asumiendo esta doctrina (que podría ser susceptible de modulación) en el marco de la pandemia, cabría distinguir los siguientes escenarios (tránsitos):

– (*Primer tránsito*) “ERTE por FM” al que le sigue un “ERE por CETOP”: En la medida que el despido colectivo (excesiva onerosidad) se fundamenta en una causa diferenciada al ERTE (imposibilidad objetiva), *a priori*, la doctrina jurisprudencial, debería admitir el tránsito.

- (*Segundo tránsito*) “ERTE por CETOP” al que le sigue un “ERE por CETOP”: en la medida que se trata de un tránsito entre supuestos subsumibles en el concepto de excesiva onerosidad, la doctrina jurisprudencial admitiría este tránsito sólo en el caso de que, o bien, la causa (ETOP) y/o la intensidad de la misma fueran claramente diferenciadas (por ejemplo, que se pasara de una causa técnica a una económica; y/o bien, siendo la misma, la intensidad del desequilibrio contractual hubiera cambiado de manera sustancial).

– (*Tercer tránsito*) “ERTE por CETOP” al que le sigue un “ERE por FM”: en este caso, sería de aplicación lo mismo que en el “Primer Tránsito”.

¹¹⁴ Añadiendo, para este último supuesto que “incluso a mayor abundamiento podría sostenerse -al margen del citado art. 1256 CC – que frente a ese cambio de criterio en último término siempre resultaría invocable la doctrina de los actos propios, que impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad – de significación jurídica inequívoca- al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla”.

- (*Cuarto tránsito*) “ERTE por FM” al que le sigue un “ERE por FM”: en este caso, la naturaleza del hecho obstativo debería ser claramente diferenciada para justificar este tránsito y/o bien, dejara de ser temporal para pasar a ser definitiva.

4.2. El tránsito de ERTE a ERE en la pandemia y el art. 2 RD Ley 9/2020

La afectación del derecho de la emergencia en los diversos tránsitos descritos en el apartado anterior, plantea tres tipos de consideraciones:

- En primer lugar, en relación a los supuestos de ERTE por FM, debe recordarse que, en la medida que en el marco de la pandemia se ha admitido la imposibilidad objetiva “parcial” y “limitativa”, en aquellas prestaciones de los trabajadores que sean divisibles, en puridad, no puede hablarse de la concurrencia de un “hecho obstativo”. Como se ha expuesto anteriormente, se trataría de un caso de excesiva onerosidad sobrevenida y, por consiguiente, estos supuestos, lejos de subsumirse en el primer tránsito (esto es, “ERTE por FM” al que le sigue un “ERE por CETOP”), deberían estarlo en el segundo (“ERTE por CETOP” al que le sigue un “ERE por CETOP”). Lo que podría plantear algunas dificultades para admitir que concurren los requisitos necesarios para ser admitido.
- En segundo lugar, las sucesivas prórrogas automáticas de los ERTE por FM si bien han mantenido, sin solución de continuidad, la eficacia de los contratos, reparen que la llegada del término (en estos momentos, prevista para el 31 de mayo), al menos formalmente, debería provocar su automática ineficacia. En concreto, porque la imposibilidad objetiva deja de ser “transitoria” (y, por consiguiente, justificar la suspensión/reducción de la jornada) para ser “definitiva” (y, por ende, impedir que el programa de prestación pueda cumplirse en los términos inicialmente acordados). Pues bien, creo que este escenario podría subsumirse sin problema en el “Tránsito Cuarto” descrito (“ERTE por FM” al que le sigue un “ERE por FM”). Aunque, efectivamente, pueda pensarse que el mero transcurso de 24 horas no parece un motivo suficiente (en este caso, pasar del 31 de mayo al 1 de junio), porque no sea una “alteración de las circunstancias”, creo que no conviene olvidar que este pequeño “cambio”, en realidad, como si de la ebullición del agua se tratara, es la culminación de muchos otros previos (“invisibles” o “inapreciables” hasta que no se alcanza la “temperatura de ebullición”).
- En tercer lugar, debe dilucidarse qué calificación jurídica debe artibirse a un ERE (por CETOP o FM) a sabiendas de que, en virtud del art. 2 RD Ley 9/2020 (para los casos en los que sea aplicable), debe ser calificado como “injustificado”. Podría entenderse que se produce un fraude y, por ende, la calificación debería ser

la nulidad; o bien, que no hay fraude y que el despido debe ser improcedente. A mi modo de ver, si efectivamente concurre la causa (y se acredita suficientemente) y se sigue (escrupulosamente) el procedimiento legalmente establecido, no puede hablarse en sentido estricto de “fraude” (al menos, tal y como se ha venido entendiendo por la jurisprudencia¹¹⁵); y, por consiguiente, a la luz del art. 2 RD Ley 9/2020, parece que lo más razonable sería calificar el despido colectivo como improcedente¹¹⁶.

Hasta el momento de cierre de este ensayo, son pocas las resoluciones judiciales (que se tenga constancia) que hayan abordado la cuestión relativa a estas situaciones de tránsito. En este sentido, únicamente puede destacarse la STSJ Andalucía\Sevilla 29 de octubre 2020 (rec. 21/2020), aunque declara el despido colectivo nulo por incumplimiento del período de consultas de una empresa que tiene un ERTE/FM vigente *ex* RD Ley 8/2020. No obstante, a los efectos de lo expuesto, esta resolución es interesante porque entiende que esta calificación no puede derivarse del hecho de que ausencia de concurrencia de causa. En concreto, afirma: “resulta que el ERTE citado tuvo por causa la declaración de estado de alarma, y se acordó al amparo de lo dispuesto en el art. 22 del RD Ley 8/2020, teniendo por causa directa la pérdida de la actividad derivada de las medidas adoptadas como consecuencia del COVID-19, que supusieron la suspensión de las actividades de restauración con cierre temporal de los locales destinados a tal fin. Y por otra parte, el despido colectivo, al margen de la referencia que se hace de manera accesoria a la previsión de un difícil futuro para el sector tras ser levantado el estado de alarma debido a las restricciones impuestas, tiene causa esencial y directa en la grave situación económica de la empresa, con unas muy notables pérdidas desde el inicio de la actividad en el ejercicio de 2018, que se incrementaron notablemente en el ejercicio de 2019 y aún más en el primer trimestre de 2020”.

Y tras reproducir la doctrina jurisprudencial sobre el tránsito de ERTE a ERE (a la que se ha hecho referencia anteriormente), afirma: “Entendemos que este criterio jurisprudencial debe servir para descartar la imposibilidad de iniciar un despido colectivo por causas económicas durante el período de suspensión de las relaciones laborales a causa de la pérdida de la actividad derivada de las medidas adoptadas como consecuencia del COVID-19. Por un lado son distintas las causas que motivaron aquella suspensión y las que justifican a juicio de la empresa el despido económico (persistentes pérdidas), y por

¹¹⁵ Por todas, STS 17 de febrero 2014 (rec. 142/2013).

¹¹⁶ En este sentido también, ORTEGA LOZANO, Pompeyo G. (2021), «¿Y después de la crisis sanitaria? Cuestiones litigiosas consecuencia del derecho excepcional en materia laboral y eventuales escenarios interpretativos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 238. No obstante, PALOMO BALDA (“Cuestiones actuales...”, *op. cit.*), partiendo del contenido del art. 124.9 LRJS, afirma que “la decisión empresarial adoptada en un procedimiento de despido colectivo, o mediante un despido colectivo encubierto o de hecho, vulnerando lo dispuesto en el art. 2 del RDL 9/2020, eludiendo los mecanismos establecidos por el legislador para hacer frente a las causas que lo motivan, y burlando el principio de estabilidad en el empleo, constituye un fraude de ley que implica la nulidad del despido colectivo”.

otro lado esas causas económicas invocadas son anteriores a la declaración de estado de alarma, y distintas a las que causaron la suspensión temporal de las relaciones laborales al amparo de lo dispuesto en el RD Ley 8/2020”¹¹⁷.

¹¹⁷ Por otra parte, aunque sin abordar la cuestión relativa al tránsito entre un ERTE a un ERE pueden destacarse las siguientes resoluciones: en primer lugar, la STSJ Aragón 27 de octubre 2020 (rec. 395/2020) declara el despido colectivo nulo de una escuela de aviación (que forma parte de un grupo internacional) que, tras un ERTE por fuerza mayor *ex* RD Ley 8/2020 (finalizado en julio 2020), procede a un ERE (efectivo a partir de mediados de agosto 2020). La empresa ha sido declarada en concurso voluntario en octubre 2020. Los motivos para declarar la nulidad es la ausencia de un período de consultas evidenciada, entre otros motivos, por la decisión de la empresa de trasladar los principales elementos para la actividad empresarial a otro centro de trabajo (se trasladaron los aviones y el simulador a otra de las bases del grupo, no identificada). En todo caso, se declara la imposibilidad de readmisión por cierre de la empresa. En segundo lugar, la STSJ Asturias 26 de octubre 2020 (rec. 27/2020) declara la nulidad del despido colectivo (finalizado sin acuerdo) de un restaurante que se encuentra en un ERTE por fuerza mayor *ex* art. 22 RD Ley 8/2020 y que, estando vigente, solicita un ERE por causas económicas. Los motivos que llevan a declarar la nulidad es la insuficiencia de la documentación aportada y de la causa. Y, en tercer lugar, la STSJ País Vasco 12 de noviembre 2020 (rec. 9/2020), anteriormente citada, que declara el despido nulo porque entiende que, para el cómputo de la ratio efectivos/afectados, debe computarse la extinción de 25 contratos por no superación del período de prueba.

5. ¿El incumplimiento de la cláusula de salvaguarda del empleo puede precipitar la nulidad/improcedencia del despido?

La CSE – *ex* DA 6ª RD Ley 8/2020 – también ha suscitado una controversia doctrinal sobre sus efectos en la calificación judicial de la ineficacia contractual que precipita su incumplimiento.

En relación a esta cuestión, debe establecerse una distinción entre la redacción original de la CSE y la vigente (lo que, a su vez, también forzará una distinción en función de la tipología de ERTE – por FM o CETOP).

5.1. La redacción original de la DA 6ª RD Ley 8/2020

La redacción original de la DA 6ª RD Ley 8/2020 suscita dudas sobre el impacto del incumplimiento de la CSE.

Recuerden que rezaba como sigue: “Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el 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”. Reparen que la norma no especifica las medidas concretas, ni tampoco los efectos de su incumplimiento.

En cuanto a las “medidas”, el uso del término “extraordinarias” sugiere que se estaría refiriendo no a todas las previstas en el RD Ley 8/2020, sino únicamente a los ERTE/FM y ERTE/CETOP que se han acogido a lo previsto en los arts. 24 y 25 RD Ley 8/2020 (pues, ambos se refieren también a “medidas extraordinarias”).

No obstante, tengan en cuenta que, a partir del RD Ley 18/2020 (que establece la redacción vigente de la DA 6ª), la CSE sólo afecta a los ERTE/FM aprobados en virtud del art. 22 RD Ley 8/2020.

Por consiguiente, desde el RD Ley 18/2020 hasta el RD Ley 24/2020, los ERTE/CETOP no estarían sometidos a la DA 6ª RD Ley 8/2020 vigente.

A partir del RD Ley 24/2020, los ERTE/CETOP aprobados desde entonces están sometidos a la CSE vigente. Y los aprobados a partir del RD Ley 18/2020 también lo están si hubieran recibido exoneraciones en virtud del art. 4 RD Ley 24/2020.

Asumiendo que el ámbito de aplicación temporal de la redacción original de la CSE está sujeto a esta compleja matriz temporal, debe determinarse qué efectos jurídicos implicaría

su incumplimiento. O, mejor dicho, a los efectos de este ensayo, si cabe entender que provocaría la nulidad o la improcedencia de las extinciones contractuales.

Vaya por delante que en los supuestos en los que el Legislador de la emergencia ha exonerado la vigencia de la DA 6ª RD Ley 8/2020, debe colegirse que explícitamente no hay compromiso de empleo alguno y, por ende, su incumplimiento no puede afectar a la calificación de las extinciones.

Para los supuestos en los que el compromiso de empleo en su redacción original esté activo debe determinarse los efectos de su incumplimiento.

El derecho “ordinario” (para el caso de que se entendiera aplicable durante la emergencia sanitaria) no da una respuesta en estos términos. La DA 4ª del RD Ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo, circunscribe los efectos del incumplimiento al reintegro del “importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas con el recargo y los intereses de demora correspondientes” (ap. 4)¹¹⁸.

Por analogía, podría colegirse, por consiguiente, que el incumplimiento de la CSE (del mismo modo que en la redacción vigente) se limitaría a estos efectos (sin afectación en la calificación de las extinciones).

Para el caso de que se entendiera que no cabe acudir a la citada DA 4ª del RD Ley 16/2014 (pues, el derecho “ordinario” ha permanecido paralelo al de la emergencia), parece claro que el incumplimiento de la CSE no podría acarrear en ningún caso la nulidad de las extinciones. Especialmente porque, por un lado, la doctrina jurisprudencial (anteriormente expuesta) la limita a los supuestos explícitamente recogidos por el ordenamiento jurídico (y este no sería un caso)¹¹⁹.

No obstante, antes de descartar definitivamente la posible calificación de nulidad, debe hacerse un repaso a la doctrina jurisprudencial sobre el incumplimiento de las cláusulas de salvaguarda del empleo acordadas entre los interlocutores sociales. En efecto, en este sentido, es cierto que la STS 12 de marzo 2014 (rec. 673/2013) ha anudado la nulidad a un supuesto en el que se produce un despido durante un período de consultas pese a que se había acordado que no se produciría ninguna extinción. No obstante, creo que hay factores para entender que esta doctrina no es extrapolable al escenario de la DA 6ª

¹¹⁸ El apartado 1º del art. 24.b) Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, tampoco contribuye a dar luz al respecto.

¹¹⁹ Tampoco podría acudirse, por analogía, al art. 9 RD Ley 9/2020 porque, como se ha tratado de exponer, tampoco precipita la nulidad.

original (ni tampoco para la vigente), pues, la CSE es un imperativo legal en el que no ha mediado acuerdo alguno.

Corroboraría esta idea el hecho de que la STS 23 de octubre 2018 (rec. 2715/2016) se refiere a la calificación que merece un despido objetivo por causas económicas cuando en la empresa existe una cláusula de empleo pactada en un acuerdo de empresa, entendiéndose que debe ser la improcedencia¹²⁰.

Y, en términos similares, en las SSTS 29 de septiembre 2014 (rec. 3248/2013); 5 de mayo 2015 (rec. 2659/2013); 27 de noviembre 2017 (rec. 1326/2015) se entiende que el compromiso de la empresa de no acudir a los despidos *ex arts. 51/52.c ET* no impide que la empresa pueda acudir al despido disciplinario, especialmente porque no puede llevarse a cabo una interpretación extensiva del objeto pactado ni tampoco que el objeto del acuerdo era salvar el empleo a toda costa. A su vez, aunque el número de despidos disciplinarios es numeroso, el TS entiende: “aún admitiendo, por hipótesis, que hubiera habido incumplimiento empresarial, éste nunca sería ‘abierto, completo y frontal’ (términos empleados por la jurisprudencia: SSTS 26-6-1998 y 11-6-2003), hasta el punto de que ‘menospreciara’ y vaciara de todo contenido al pacto, puesto que, por un lado, los despidos disciplinarios no atañeron más que a un tercio de los afectados, por otro, se referirían sólo a esas medidas extintivas, no al resto del amplísimo contenido del propio Acuerdo, y, en fin, inicialmente se cumplió de forma total porque los despidos se produjeron después de impartirse cursos de acomodación y de comprobar su resultado en los afectados (3 meses en el caso del actor)”.

A la luz de lo anterior, parece claro que en aquellos supuestos en los que sea aplicable la redacción original de la DA 6ª RD Ley 8/2020 no cabe declarar la nulidad por el incumplimiento de la CSE.

La pregunta es si cabría la calificación de improcedencia. Como ya se ha apuntado, la aplicación analógica del ap. 4ª DA 4ª RD Ley 16/2014 sugiere que tampoco sería posible. Y la redacción vigente de la DA 6ª RD Ley 8/2020 también. Sería muy controvertido que se habilitara un paréntesis temporal de esta naturaleza en la calificación de las extinciones. Aunque, como se ha apuntado, la jurisprudencia ha admitido la calificación de improcedencia para los compromisos acordados, el carácter imperativo de la CSE de la emergencia establecería un factor diferenciador que impediría su extensión a este ámbito.

¹²⁰ Extensamente al respecto, BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Cláusula de empleo prevista en acuerdo de empresa: un despido objetivo incumpléndola debe calificarse como improcedente”, *Blog del Autor*, 2019 <https://ignasibeltran.com/2018/11/18/clausula-de-empleo-prevista-en-acuerdo-de-empresa-un-despido-objetivo-incumplendola-debe-calificarse-como-improcedente/>

5.2. La redacción vigente (ex DF 1.3 RD Ley 18/2020) de la DA 6ª RD Ley 8/2020

A partir de la redacción dada por la DF 1.3 RD Ley 18/2020, 12 de mayo, y la clara y expresa acotación de los efectos (ap. 5^o¹²¹), no caben dudas de que el incumplimiento de la CSE no puede impactar en la calificación de las extinciones¹²². Como apunta CRUZ VILLALÓN¹²³, “el incumplimiento del deber de mantenimiento del empleo se refiere a un incumplimiento administrativo que comporta la necesidad de la devolución de las bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social disfrutadas, mientras que el despido injustificado se sitúa en el terreno del incumplimiento contractual que conduce a la declaración como improcedente del despido con las consecuencias previstas a tal efecto por parte del Estatuto de los Trabajadores”¹²⁴.

No obstante, en la medida que hay espacios temporales en los que la CSE vigente podría no ser de aplicación, conviene identificar cuáles son y, de nuevo, qué reglas deben

¹²¹ Recuerden: “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”.

¹²² En el marco del análisis del art. 2 RD Ley 9/2020, AGUSTÍ MARAGALL (“La extinción del contrato en el marco del COVID-19...”, op. cit., p. 14) afirma “la única norma determinante para la calificación judicial del despido en el marco COVID 19 no es otra que el art. 2 del RDL 9/2020 (...). En contra de lo que he leído en algún comentario doctrinal, considero irrelevante –en tal aspecto- la cláusula de “salvaguarda del empleo”, en la disposición adicional 6ª del RDL 9/2020, ya que, como única consecuencia al incumplimiento del compromiso de mantenimiento del empleo inherente a las medidas extraordinarias contempladas en el art. 22 del RDL 8/2020, se establece la devolución de las cuotas exoneradas, sin ninguna referencia a la calificación del despido ‘incumplidor’ de dicho compromiso”. En términos similares, CASAS BAAMONDE, “La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento...”, op. cit.

¹²³ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El deber de mantenimiento del empleo para los trabajadores en ERTES bonificados: una regulación de compleja interpretación”, *Blog del Autor*, 2021 <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/el-deber-de-mantenimiento-del-empleo.html>

¹²⁴ No obstante, algunas resoluciones judiciales identifican el CSE con una “prohibición de despedir”. Así, la SJS/3 Talavera de la Reina 15 de diciembre 2020 (rec. 452/2020), en un supuesto de despido objetivo por causas económicas que califica de improcedente establece que “la Disposición Adicional Sexta bajo el título ‘Salvaguarda del Empleo’ impone la prohibición expresa de extinguir contratos de trabajo durante los seis meses posteriores a la finalización del ERTE, un compromiso de mantenimiento en el empleo por seis meses de los trabajadores afectados por el ERTE desde la fecha de reanudación de la actividad que en este caso se ha incumplido”. Y en otras resoluciones se entiende esta prohibición puede ser “desactivada” si la empresa se encuentra ante el riesgo de concurso. En este sentido, las anteriormente citadas SSTSJ Comunitat Valenciana 22 de marzo 2021 (rec. 29/2020); y 1 de diciembre 2020 (rec. 24/2020); y, en la instancia, la SJS/1 Gijón 21 de diciembre 2020 (rec. 506/2020). En la doctrina (con posterioridad la reforma de la DA 6ª ex DA 14ª RD Ley 11/2020, 12 de mayo), defendiendo la improcedencia, MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “‘Nueva normalidad’ y ‘recortes por fases’ de las garantías de empleo: ¿más flexibilidad (posibilismo) que seguridad?”, *CEF Laboral Social*, 2020, <https://www.laboral-social.com/comentario-critico-real-decreto-ley-18-2020-cristobal-molina-navarrete-nueva-normalidad-recortes-por-fases-de-garantias-de-empleo-mas-flexibilidad-que-seguridad.html>; y la nulidad, BAYLOS GRAU, Antonio, “El Acuerdo Social en el BOE: el RDL 18/2020 de medidas sociales en defensa del empleo”, *Blog del Autor*, 2020, <https://baylos.blogspot.com/2020/05/el-acuerdo-social-en-el-boe-el-rdl.html>

aplicarse durante los mismos y si cabe entender que pueden precipitar la nulidad o la improcedencia.

Así pues, a los efectos de determinar los espacios temporales durante los cuales la CSE vigente es aplicable, debe hacerse una distinción entre los ERTE/FM y los ERTE/CETOP:

- En relación a los primeros, salvo error o mejor doctrina, si a partir del RD Ley 24/2020 ya no pueden formalizarse ERTE/FM *ex art.* 22 RD Ley 8/2020, se colige que los ERTE/FM aprobados a partir del RD Ley 24/2020 quedarían excluidos de la CSE prevista en la DA 6ª vigente¹²⁵.

El compromiso del empleo se “reactivaría”, no obstante, con el art. 5.2 RD Ley 30/2020, pero sólo para los ERTE/FM que “reciban exoneraciones” según lo previsto en esta norma¹²⁶.

Por otra parte, en virtud del ap. 4 del art. 3 RD Ley 2/2021, se mantiene la vigencia de la salvaguarda del empleo. De modo que será de aplicación de acuerdo con lo previsto en el art. 5 RD Ley 30/2020. Por consiguiente, las empresas que se beneficien también de las exoneraciones previstas en el RD Ley 2/2021 podrían acumular un período de salvaguarda del empleo de hasta 18 meses (en función de si han recibido otras exoneraciones en virtud del RD Ley 30/2020 y también con anterioridad al mismo).

- En relación a los ERTE/CETOP el régimen jurídico es algo más complejo.

Como se ha avanzado, los aprobados a partir del RD Ley 18/2020 están sometidos a las reglas de la DA 6ª hoy vigente si, en virtud del art. 6.1 RD Ley 24/2020, se hubieran beneficiado de las exoneraciones previstas en el art. 4 RD Ley 24/2020. Por consiguiente, si no se acogieron a las mismas, no están sometidos a la CSE vigente¹²⁷.

¹²⁵ En términos similares, también se expresan MERCADER UGUINA, Jesús R. y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Los ERTes por fuerza mayor en la nueva normalidad: El RDL 24/2020, de 27 de junio”, *Blog Foro de Labos*, 2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/07/los-ertes-por-fuerza-mayor-en-la-nueva.html>

¹²⁶ Debe entenderse que la remisión del art. 5.2 RD Ley 30/2020 a la DA 6ª vigente debe hacerse sin tener en cuenta la cita explícita al art. 22 RD Ley 8/2020 que esta última contiene (de otro modo, la CSE sería inaplicable para estos “nuevos” ERTE/FM).

¹²⁷ Recuerden que, desde el RD Ley 18/2020 hasta la aprobación del RD Ley 24/2020, los ERTE/CETOP no estaban sometidos a la redacción vigente de la DA 6ª (que, desde el RD Ley 18/2020 sólo se refiere a los ERTE/FM *ex art.* 22 RD Ley 8/2020). Con anterioridad al RD Ley 18/2020, desde entenderse que la CSE se refiere indistintamente a los ERTE/FM y ERTE/CETOP.

Los ERTE/CETOP aprobados a partir del RD Ley 24/2020 están sometidos a la DA 6ª vigente. No obstante, en estos específicos casos (*ex art. 6.2 RD Ley 24/2020*), el compromiso de 6 meses empieza a computar a partir de la entrada en vigor del RD Ley 24/2020 (esto es, el 27 de junio 2020) y no cuando se reanuda la actividad de los trabajadores afectados por el ERTE (como establece el ap. 1 de la DA 6ª vigente).

No obstante, adviértase que los ERTE/CETOP a los que no se les aplique la DA 6ª vigente, pueden verse afectados por la misma, si se han beneficiado de las exoneraciones previstas en el RD Ley 30/2020 (art. 5.2 RD Ley 30/2020).

Por otra parte, tengan en cuenta que las empresas que hayan sido beneficiarias de exoneraciones con anterioridad al RD Ley 30/2020 y con posterioridad al mismo, el contenido del párrafo 2º del art. 5.2 provoca que el período de salvaguarda del empleo resultante sea de 12 meses, sin que pueda producirse solapamientos entre ellos (pues, el segundo período de 6 meses empieza a computarse cuando finalice el primero).

En todo caso, en virtud del citado párrafo 2º, para los ERTE/CETOP sujetos al art. 6.2 RD Ley 24/2020 y que puedan beneficiarse de las exoneraciones previstas en el RD Ley 30/2020, el segundo período de 6 meses de compromiso del empleo empezaría a computar a partir del 27 de diciembre 2020 (y no en el momento que reanuden la actividad).

Finalmente, en virtud del ap. 4 del art. 3 RD Ley 2/2021, del mismo modo que para los ERTE/FM, se mantiene la vigencia de la salvaguarda del empleo. De modo que será de aplicación de acuerdo con lo previsto en el art. 5 RD Ley 30/2020. Por consiguiente, las empresas que se beneficien también de las exoneraciones previstas en el RD Ley 2/2021 podrían acumular un período de salvaguarda del empleo de hasta 18 meses (en función de si han recibido otras exoneraciones en virtud del RD Ley 30/2020 y también con anterioridad al mismo – manteniéndose *dies a quo* diferenciados).

Así pues, existen diversos lapsos temporales durante los cuales la CSE vigente no sería de aplicación.

Ahora bien, a diferencia de la redacción original de la DA 6ª RD Ley 8/2020 (en la que se prevé una genérica aplicación de la CSE - sin especificar los efectos del incumplimiento), en estos nuevos escenarios no puede afirmarse que el compromiso de mantenimiento del empleo esté activo (debe entenderse que, explícitamente, así lo ha querido el legislador de la emergencia). Por consiguiente, su incumplimiento no puede comportar un efecto en la calificación de las extinciones. De hecho, para el caso de que se entendiera que debe

aplicarse, por analogía, la DA 4ª RD Ley 16/2014, el incumplimiento tampoco impactaría en este ámbito extintivo porque sus efectos son explícitamente acotados¹²⁸.

¹²⁸ No obstante, sin reparar en todas estas cuestiones, téngase en cuenta que la SJS/5 Bilbao 5 de febrero 2021 entiende que la extinción del contrato por jubilación del empresario un día después del ERTE por reducción de jornada por fuerza mayor *ex* RD Ley 8/2020 (producida el 15 de julio 2020 – vigente, por tanto, el RD Ley 24/2020) acompañado del cierre del establecimiento y fin de la actividad (venta al por menor de ropa) es improcedente por incumplimiento de la CSE *ex* DA 6ª RD Ley 8/2020. En cambio, con mejor criterio a mi entender, la SJS/1 14 de diciembre 2020 (rec. 275/2020) entiende que “la consecuencia prevista en la norma para los supuestos de infracción del compromiso citado no es la nulidad de los despidos que puedan constituir dicha infracción, sino el reintegro de las cotizaciones correspondientes previa valoración a tal efecto por la ITSS, que habrá de determinar si se ha infringido el compromiso de mantenimiento del empleo”.

6. Valoración final

La fragilidad creciente de muchos sectores productivos es evidente y el paso del tiempo está agudizando la profundidad de la crisis.

Mantener las constantes vitales de las empresas en estado comatoso es esencial para aspirar a ser reanimadas si la evolución de la vacunación progresa a la velocidad esperada y, con ella, se alcanza la ansiada inmunidad de rebaño. No obstante, es evidente que la contención del empleo subvencionada con ayudas públicas no será suficiente para evitar la destrucción del tejido productivo.

En este doloroso tránsito del empleo al desempleo que (muy probablemente) se avecina, no puede afirmarse que los instrumentos jurídicos a nuestro alcance estén a la altura. El art. 2 RD Ley 9/2020 presenta numerosas lagunas y (calculadas) imprecisiones y está sometido a reglas cuyos ámbitos de aplicación objetivo y temporal conforman una complejísima matriz. Sus sucesivas prórrogas, automáticas e (inexplicablemente) sin modulación alguna, han atrapado al marco normativo en una realidad (la de las semanas siguientes al primer estado de alarma) que se ha evaporado. Si bien es cierto que la protección del empleo debe seguir siendo una prioridad, con el marco normativo vigente, en muchos sectores gangrenados a causa de la paralización (literal) de la actividad económica, puede que ya no sea suficiente (o, quizás, lo más adecuado). De hecho, pueden intuirse síntomas de desbordamiento y se corre el riesgo de que pueda acabar siendo contraproducente (la duración temporal de la CSE – hasta 18 meses - y los efectos de su incumplimiento ilustrarían a la perfección este riesgo). En efecto, la solución (resultante de dos efectos combinados: uno de “patada hacia adelante” y otro de “bola de nieve”), podría convertirse en uno de los principales obstáculos para alcanzar la “normalidad”.

En este contexto, quizás, debería empezar a admitirse que la prioridad ya no puede consistir “simplemente” en tratar de dar continuidad a los contratos de los afectados por los ERTE (como si la esperada reactivación – cuando sea posible - fuera a producirse en un “click” y restablecerse de forma plena). Es probable que también (o, principalmente) deba empezarse a aunar esfuerzos para, por un lado, tratar de preservar, al menos, la continuidad de la actividad empresarial y, con ella, su capacidad de generar empleo (el que sea posible) a corto y medio plazo; y, por otro lado, y de forma paralela, articular una (verdadera) política “activa” de empleo que promueva el tránsito “efectivo” del desempleo al empleo (sin duda, en términos históricos, la gran asignatura pendiente de nuestro mercado de trabajo).

Este cambio de las circunstancias (y en aras a preservar el empleo), de hecho, está forzando una reorientación finalística del marco normativo de la emergencia, mutando el foco de atención, principalmente, hacia la pervivencia de la empresa (y no son pocas las

resoluciones judiciales que – con todo el sentido común - así lo están abordando). El problema es que, hoy por hoy, esta aproximación no tiene un amparo legal explícito (o, mejor dicho, en algunos casos, está directamente enfrentado al contenido del art. 2 RD Ley 9/2020 o de la CSE *ex* DA 6ª RD Ley 8/2020).

La resultante de estos procesos describe un marco muy preocupante en términos de seguridad jurídica (y, según qué criterio interpretativo acabe prevaleciendo, también de preservación del empleo). La inexistencia de reglas claras describe el peor de los escenarios posibles, pues, frente a la pasividad legislativa (inexplicable tras la hemorragia del 2020), por un lado, está forzando a los Tribunales a colmar (según su buen criterio) estas deficiencias; y, por otro, con una Administración de Justicia colapsada y sin medios, no puede esperarse un esclarecimiento y/o unificación hermenéutica con la rapidez que la gravedad de la situación actual requiere.

Ante una realidad desbordante y extremadamente volátil, no son las mejores condiciones para legislar. Es obvio. Y también que la contención del empleo ha sido hasta la fecha positiva. No obstante, quizás, sea el momento de afrontar el futuro partiendo de la realidad empresarial que la pandemia está dejando tras de sí y, asumiendo ciertos sacrificios, responder normativamente en consecuencia.

7. Bibliografía citada

- AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La extinción del contrato en el marco del COVID-19 y su calificación judicial”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 216, 2020, pp. 5-37.
- ALFONSO MELLADO, Carlos y FABREGAT MONFORT, Gemma, *COVID-19: medidas del RDL 8/2020 en el ámbito laboral*, Tirant Lo Blanch, 2ª Ed., Valencia, 2020.
- BAYLOS GRAU, Antonio, “La Corte Constitucional italiana prosigue su labor de imponer garantías que limitan la reforma del despido del 2012”, *Blog del Autor*, 2021, <https://baylos.blogspot.com/2021/04/la-corte-constitucional-italiana.html>
- BAYLOS GRAU, Antonio, “Orientaciones europeas sobre el despido ilegítimo. a propósito de la job act italiana...y de la situación española”, *Blog del Autor*, 2020, <https://baylos.blogspot.com/2020/02/orientaciones-europeas-sobre-el-despido.html>
- BAYLOS GRAU, Antonio, “El Acuerdo Social en el BOE: el RDL 18/2020 de medidas sociales en defensa del empleo”, *Blog del Autor*, 2020, <https://baylos.blogspot.com/2020/05/el-acuerdo-social-en-el-boe-el-rdl.html>
- BAYLOS GRAU, Antonio, “La prórroga del estado de alarma y medidas laborales adicionales de garantía del empleo en la crisis del COVID-19”, *Blog del Autor*, 2020, <https://baylos.blogspot.com/2020/03/la-prorroga-del-estado-de-alarma-y.html>
- BELTRAN DE HEREDIA y ONÍS, Pablo J., *El incumplimiento de las obligaciones*, EDERSA, Madrid, 1990.
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “STSJ Cataluña (Pleno) 31/3/21: la calificación del art. 2 RD Ley 9/2020 es la improcedencia”, *Blog del Autor*, 2021, <https://ignasibeltran.com/2021/04/14/stsj-cataluna-pleno-31-3-21-la-calificacion-del-art-2-rdley-9-2020-es-la-improcedencia/>
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “STS 29/12/20: El fin del contrato de obra vinculado a la duración de una contrata (¿y el principio del fin del ‘trabajador externalizado’?)”, *Blog del Autor*, 2021, <https://ignasibeltran.com/2021/01/01/sts-29-12-20-el-fin-del-contrato-de-obra-vinculado-a-la-duracion-de-una-contrata-y-el-principio-del-fin-del-trabajador-externalizado/>
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “COVID-19 y delimitación conceptual del ERTE por fuerza mayor y su constatación”. En Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Casas Baamonde, M. E. (Dirs. y Coords.), *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020 (pp. 225 – 254).
- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “La cláusula de salvaguarda del empleo (DA 6ª RD Ley 8/20): guía interpretativa para su aplicación”, *Blog del Autor*, 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/12/06/la-clausula-de-salvaguarda-del-empleo-da-6a-rdley-8-20-guia-interpretativa-para-su-aplicacion/>

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “STSJ And\Sevilla 19/11/20: el despido con causa falsa es improcedente (y una reflexión sobre el art. 24 Carta Social Europea)”, *Blog del Autor*, 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/11/23/stsj-andsevilla-19-11-20-el-despido-con-causa-falsa-es-improcedente-y-una-reflexion-sobre-el-art-24-carta-social-europea/>

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “El despido sin alegación de causa alguna o por causa falsa es improcedente (STSJ\Pleno Cataluña 21/6/20)”, *Blog del Autor*, 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/10/28/el-despido-sin-alegacion-de-causa-alguna-o-por-causa-falsa-es-improcedente-stsjpleno-cataluna-21-6-20/>

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Art. 49.1.b ET y cláusulas de rendimiento mínimo abusivas (SSTS 1 y 3 de julio 2020)”, *Blog del autor*, 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/09/07/art-49-1-b-et-y-clausulas-de-rendimiento-minimo-abusivas-ssts-1-y-3-de-julio-2020/>

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “COVID-19, despido (objetivo) improcedente e indemnización compensatoria de 60.000 € (SJS/26 Barcelona 31 de julio 2020)”, *Blog del Autor*, 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/09/02/covid-19-despido-objetivo-improcedente-e-indemnizacion-compensatoria-de-60-000-e-sjs-26-barcelona-31-de-julio-2020/>

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “La ‘prohibición’ de despido del art. 2 RD Ley 9/2020 no acarrea la nulidad (comentario crítico a la SJS/3 Sabadell 6/7/20)”, *Blog del Autor*, 2020, <https://ignasibeltran.com/2020/07/22/la-prohibicion-de-despido-del-art-2-rdley-9-2020-no-acarrea-la-nulidad-comentario-critico-a-la-sjs-3-sabadell-6-7-20/>

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Improcedencia e indemnización: ¿corrupción de deberes cívicos?”, *Blog del Autor*, 2019, <https://ignasibeltran.com/2019/06/03/improcedencia-e-indemnizacion-corrupcion-de-deberes-civicos/>

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Cláusula de empleo prevista en acuerdo de empresa: un despido objetivo incumpléndola debe calificarse como improcedente”, *Blog del Autor*, 2019, <https://ignasibeltran.com/2018/11/18/clausula-de-empleo-prevista-en-acuerdo-de-empresa-un-despido-objetivo-incumplendola-debe-calificarse-como-improcedente/>

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Fundamentación dogmática de la ‘alteración’ unilateral del contrato de trabajo”, *IUSLabor*, 1, 2015.

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Principio de economía procesal y limitación de la responsabilidad contractual por despido injustificado”, En *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales*, XXIII Congreso Nacional de DTSS. Ediciones Cinca, Madrid, 2013.

- BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, *La estabilidad en el empleo, un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

- BLASCO PELLICER Ángel, LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, ALEGRE NUENO, Manuel, RAMOS MORAGUES, Francisco y TALÉNS VISCONTI, Eduardo, *Análisis normativo de las medidas laborales y deseguridad social frente a la crisis del COVID-19*, 2ª Ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

- CASAS BAAMONDE, María E., “La primera norma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la emergencia del desconfinamiento. Las modificaciones del Real Decreto-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de Medidas Sociales en Defensa del Empleo”, *Diario La Ley*, 9680, 2020.

- CASAS BAAMONDE, María E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “Las medidas laborales y de Seguridad Social en el estado de alarma y en la ‘desescalada’”, En Baamonde y Rodríguez-Piñero (Coords.), *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Lefebvre, Madrid, 2020 (pp. 15-90).

- CASAS BAAMONDE, María E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “Nuevas medidas laborales y de Seguridad Social, extraordinarias y temporales, tras la finalización del estado de alarma y el proceso de ‘desescalada’”, En Baamonde y Rodríguez-Piñero (Coords.), *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Lefebvre, Madrid, 2020 (pp. 545-560).

- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Calificación de los ceses laborales por fuerza mayor y causas etop relacionadas con la COVID-19”, *Blog Net21*, 2021, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/CALIFICACION-DE-LOS-CESES-LABORALES-POR-FUERZA-MAYOR-Y-CAUSAS-ETOP-RELACIONADAS-CON-LA-COVID-19.pdf>

- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El deber de mantenimiento del empleo para los trabajadores en ERTES bonificados: una regulación de compleja interpretación”, *Blog del Autor*, 2021 <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/02/el-deber-de-mantenimiento-del-empleo.html>

- CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El despido injustificado por COVID”, *Blog del Autor*, 2021 <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/01/el-despido-injustificado-por-covid-la.html>

- DE CASTRO MARÍN, Emilio, “¿Resulta viable la declaración de nulidad de las extinciones contractuales y despidos en el contexto del Covid 19 ex art. 2 del RDL 9/2020?”, *Diario La Ley*, 9694, 2020.

- DE LA VILLA GIL, Luis E., “El ‘factum principis’”. En *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo*, Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, 1970.

- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luís, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Volumen II, 4ª Edición, Tecnos, Madrid, 1993.

- DU SAUTOY, Marcus, *Lo que no podemos saber*, Acantilado, Barcelona, 2016.

- FALGUERA BARÓ, Miquel A., *Los ERTE en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- FALGUERA BARÓ, Miquel A., *La legislación laboral durante el Estado de Alarma*, (versión 31 de diciembre 2020), 2020. Disponible en <https://drive.google.com/file/d/1IQAbdjXIXLdsyJAiz8pyz9EOW-De2aB6/view?usp=sharing>
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José A., “¿Es suficiente este derecho laboral excepcional ‘por aluviones’ frente a la pandemia del COVID-19?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 445, 2020, pp. 7-26.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan J., *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1993.
- GILBERT, Daniel, *Tropezar con la felicidad*, Ariel, Barcelona, 2006.
- GOERLICH PESET, José M., “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, Vol. 2, 1, 2021, pp. 4-17.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Carlos, “Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la ‘prohibición’ de despedir por las causas COVID-19”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 4, 2021.
- JURADO SEGOVIA, Ángel, “Sobre la ‘incierto’ limitación de despedir por ‘causas empresariales’ relacionadas con el Covid-19”, *Blog Foro de Labos*, 2020 <https://forodelabos.blogspot.com/2020/06/sobre-la-incierto-limitacion-de.html>
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “Prohibido despedir o extinguir el contrato de trabajo por COVID-19”, *Gómez-Acebo & Pombo, Publicaciones*, 2021 <https://www.gap.com/publicaciones/prohibido-despedir-o-extinguir-el-contrato-de-trabajo-por-covid-19/>
- LÓPEZ HORMEÑO, María C., “La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?”, *Diario La Ley*, 9818, 2021.
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina, “Calificación del despido contrario a la normativa COVID”, *Blog Net21*, 2021, <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/CALIFICACION-DEL-DESPIDO-CONTRARIO-A-LA-NORMATIVA-COVID.pdf>
- MERCADER UGUINA, Jesús R. y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Los ERTEs por fuerza mayor en la nueva normalidad: El RDL 24/2020, de 27 de junio”, *Blog Foro de Labos*, 2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/07/los-ertes-por-fuerza-mayor-en-la-nueva.html>
- MERCADER UGUINA, Jesús R. y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “El RD Ley 18/2020 y la ‘nueva’ concepción del compromiso de empleo: Caminando entre tinieblas”, *Blog Foro de Labos*, 2020, <https://forodelabos.blogspot.com/2020/05/el-rd-ley-182020-y-la-nueva-concepcion.html>

- MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 2021, pp. 1-16.
- MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “‘Nueva normalidad’ y ‘recortes por fases’ de las garantías de empleo: ¿más flexibilidad (posibilismo) que seguridad?”, *CEF Laboral Social*, 2020 <https://www.laboral-social.com/comentario-critico-real-decreto-ley-18-2020-cristobal-molina-navarrete-nueva-normalidad-recortes-por-fases-de-garantias-de-empleo-mas-flexibilidad-que-seguridad.html>
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 1967.
- MULLAINATHAN, Sendhil y SHAFIR, Eldar, *Escasez*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.
- MUÑOZ-SABATÉ, Jordi, “Despido sin causa en tiempos de coronavirus. ¿Imprudencia o nulidad?”, *Revista de Derecho VLex*, 191, 2020.
- ORTEGA LOZANO, Pompeyo G. (2021), «¿Y después de la crisis sanitaria? Cuestiones litigiosas consecuencia del derecho excepcional en materia laboral y eventuales escenarios interpretativos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 238.
- ORTIZA LALLANA, Carmen, *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, MTSS, Madrid, 1985.
- PALOMO BALDA, Emilio, “Cuestiones actuales en relación con los ERTES, ERES y despido (COVID-19)”. *Ponencia a las IV Jornadas Laborales de La Palma* (noviembre 2020).
- PÉREZ CAPITÁN, Luís y DEL POZO SEN, Alberto, “Comentarios y exposición de las medidas económicas y de empleo aprobadas para hacer frente a la crisis del coronavirus en España”. En Baamonde y Rodríguez-Piñero (Coords.), *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la pandemia*, Lefebvre, 2020, pp. 507-544.
- POQUET CATALÀ, Raquel, “Despido realizado contraviniedo el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, ¿nulo o improcedente?”, *Revista Trabajo y Derecho*, 74, 2021.
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Jesús, “El despido por causas del Covid, ¿improcedente o nulo?”, *Diario La Ley*, 9791, 2021.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Sobre la aplicación de las cláusulas de suspensión de la duración de los contratos temporales, y prohibición de despidos, durante la crisis sanitaria, y sus efectos sobre una decisión empresarial. Notas a la sentencia del JS núm. 3 de Sabadell de 6 de julio de 2020”, *Blog del Autor*, 2020 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/sobre-la-aplicacion-de-las-clausulas-de.html>

- ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Covid 19 y despido sin causa. Sigue el debate sobre la nulidad o improcedencia, y ahora interviene, a favor de la primera, el TSJ del País Vasco. Una nota a la sentencia de 26 de enero de 2021”, *Blog del autor*, 2021 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/02/covid-19-y-despido-sin-causa-sigue-el.html>

- ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Covid-19 y protección del empleo. ¿La rescisión de una contrata el 10 de abril de 2020 puede ser causa de un despido colectivo y no de un ERTE? A propósito de la polémica sentencia del TSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2020, con voto particular discrepante”, *Blog del autor*, 2021 <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/01/covid-19-y-proteccion-del-empleo-la.html>

- SEGALÉS FIDALGO, Jaime, “A la búsqueda de la nulidad perdida. Bagatelas a propósito del art. 2 del RDL 9/2020”, *Jurisdicción Social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 219, 2021, pp. 34-45.

- SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando, *La terminación del contrato de trabajo*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Madrid, 1967.

- TALEB, Nassim N., *¿Existe la suerte?*, Espasa, Barcelona, 2009.

- VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, “Acerca de la calificación del despido que vulnera la pretendida ‘prohibición de despedir’”, *Revista de Jurisprudencia Social*, 9, 2020.

Puede accederse a todas las resoluciones citadas en este enlace: <https://ignasibeltran.com/extincion-contrato-despido-covid/>

Fecha de consulta de todos los enlaces: 24 de marzo 2020.