

El Pleno de la Sala IV del TS concluye que el RD-Ley 9/2020 no contiene una prohibición de despedir, y que el despido desconociendo lo previsto en la norma no debe calificarse como nulo, salvo que exista algún dato que así lo justifique

Se debate en el presente litigio cómo debe calificarse un despido por causas objetivas con fundamento en las circunstancias excepcionales derivadas de la COVID-19 y la declaración del estado de alarma, en concreto las consecuencias del desconocimiento de la norma plasmada en el art. 2 del RD-Ley 9/2020.

Señala la Sala que el precepto, sobre medidas extraordinarias para la protección del empleo, ha querido que las dificultades empresariales generadoras de causas ETOP o de fuerza mayor asociadas a la pandemia se encaucen por la vía suspensiva -ERTE- y no por la extintiva, pero no especifica la calificación que merece el despido objetivo o colectivo que contradiga la norma. Al respecto declara el Tribunal que al disponer que las causas de crisis empresarial derivadas de la pandemia “no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”, no supone una prohibición de despedir, ni proclama la nulidad de los despidos desconocedores de la deseada pervivencia de la relación laboral a través del cauce suspensivo -salvo que exista algún dato específico que así lo justifique-; tampoco dispone la obligación de acudir a un ERTE.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social

Sede: Madrid

Sección: 991

Fecha: 19/10/2022

Nº de Recurso: 2206/2021

Nº de Resolución: 841/2022

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

SENTENCIA

Madrid, a 19 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Ulma Embedded Soolutions, SCOOP (Ulma Embedded), representada y defendida por la Letrada Sra. Sánchez- Guardamino Sáenz, contra la sentencia nº 699/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 20 de abril de 2021, en el recurso de suplicación nº 383/2021, interpuesto frente a la sentencia nº 262/2020 de 18 de diciembre de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao, en los autos nº 524/2020, seguidos a instancia de D. Alonso contra dicha recurrente, sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D. Alonso , representado y defendido por la Letrada Sra. Hernando Rubio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 18 de diciembre de 2020, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Bilbao, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimando la demanda presentada por Alonso frente a ULMA EMBEDDED SOLUTIONS S. COOP., debo declarar y declaro la improcedencia del despido de que ha sido objeto el demandante, condenando a la demandada a que a su elección, opte en el plazo de cinco días, por indemnizar al actor en la suma de 2.709,99 euros; o por la inmediata readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con satisfacción, si opta por la readmisión, de los salarios dejados de percibir, a razón de un salario diario de 61,59 euros, a contar desde la fecha del despido de 15 de mayo de 2020 hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiere encontrado otro empleo, si tal colocación fuese anterior a la sentencia y el empresario acreditase lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

"1º.- El demandante ha prestado servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad de 1 de febrero de 2019, categoría profesional de Técnico y salario bruto mensual de 1.873,38 euros incluida la prorrata de pagas extras y correspondiente a una jornada completa. La relación laboral se articuló con base en un contrato de trabajo en prácticas cuyo contenido se da por reproducido.

2º.- Con fecha de 15 de mayo de 2020 la empresa notifica carta de despido del siguiente tenor literal. En Oriati, a 15 de mayo de 2020

A la atención de D. Alonso Estimado Sr. Alonso :

Por medio de la presente, le comunicarnos que la Dirección de *GIMA Embedded Solutions, S. COOP., al amparo de lo establecido en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, ha adoptado la decisión de proceder a la amortización de su puesto de trabajo, lo que conlleva la extinción de su contrato de trabajo con efectos del día de hoy, decisión que viene motivada por la existencia de causas objetivas de naturaleza organizativas que pasamos a exponerle a continuación. Como Usted conoce, la pandemia de Coronavirus ha dado lugar a la declaración del Estado de Alarma y al establecimiento de diversas medidas extraordinarias tanto por el Gobierno estatal como del País Vasco que han supuesto la limitación de actividad de muchos sectores, así como el establecimiento de límites a la libertad de circulación de personas y mercancías, todo ello dirigido a limitar el riesgo de contagio entre la población. En el caso de ULMA Embedded Solutions S.COOP. la misma no se dedica a ninguna de las actividades en las que se ha decretado el cese de actividad. No obstante, el Estado de Alarma General, y el impacto que el mismo está teniendo en el nivel de actividad del tejido empresarial, ha dado lugar aun considerable descenso en los proyectos la cooperativa está ejecutando y en los nuevos pedidos que está recibiendo, de forma que se ha reducido drásticamente la producción de la misma. En esta situación, como consecuencia de la reducción su actividad en la Cooperativa fruto de la finalización y paralización de los proyectos asignados a usted y la falta de trabajo que ésta puede proporcionarle, se estima que concurren causas objetivas que justifican la finalización (anticipada) de su contrato de trabajo. En consecuencia, en cumplimiento con lo establecido en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores, le informamos que:

- De forma simultánea a la entrega de la presente comunicación, ponemos a su disposición la indemnización legalmente prevista para las extinciones basadas en causas objetivas, de 20 días de

salario por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, por importe de 1.422,33 euros, cantidad que ya le ha sido ingresada mediante transferencia bancaria en la cuenta en la que venía recibiendo su salario.

- Asimismo, le informamos que; en el plazo de 5 días desde la finalización de la relación laboral con Usted, la empresa ingresará en la cuenta en la que habitualmente ha venido cobrando su salario, la liquidación reglamentaria de haberes, conforme a la hoja de liquidación adjunta. En dicha liquidación se incluye una compensación adicional de 15 días de salario, que asciende a 887,55 euros brutos, por el preaviso incumplido. Sin otro particular, reiterándole que la decisión adoptada por la Empresa se basa únicamente en las excepcionales circunstancias que estamos viviendo como consecuencia de la Pandemia del Coronavirus, y agradeciéndole los servicios prestados a ULIVIA Embedded Solutions, le rogamos se sirva firmar el recibí del duplicado de la presente, a los tueros efectos de acreditar su recepción.

Atentamente,

3º.- El trabajador inició un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común en fecha de 24 de febrero de 2020 del que es dado de alta el 1 de mayo de 2020. El proceso fue inicialmente calificado como corto; y en el parte de confirmación de 8 de abril de 2020 como medio.

4º.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia con fecha 20 de abril de 2021, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por Alonso contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de los de Bilbao de fecha 18 de diciembre de 2020, dictada en proceso sobre DSP (autos 524/20), y entablado por Alonso frente a ULMA EMBEDDED SOLUTIONS S. COOP. Se revoca la resolución de instancia, declarando nulo el despido del que fue objeto el trabajador demandante el 15/05/2020, condenando a la empresa demandada ULMA EMBEDDED SOLUTIONS S. COOP a su inmediata readmisión en las mismas condiciones que regían con anterioridad y hasta el 31/01/2021 (finalización del contrato de prácticas) con el abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha de despido hasta esta finalización de 31/01/2021 y la correspondiente compensación de las indemnizaciones extintivas adelantadas. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Sánchez-Guardamino Sáenz, en representación de la empresa Ulma Embedded Soolutions, SCOOP (Ulma Embedded), mediante escrito de 3 de junio de 2021, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Burgos) de 24 de febrero de 2021 (rec. 21/2021). SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 2 RDL 9/2020, en relación con los arts. 6.3, 6.4 y 7.2 CC.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 4 de abril de 2022 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 LOPJ. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el 28 de septiembre de 2022, trasladando el mismo para el día 19 de octubre de 2022, para cuya fecha se convoca a todos los Magistrado de esta Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y términos del debate casacional.

Se debate cómo debe calificarse un despido por causas objetivas con fundamento en las circunstancias excepcionales derivadas de la COVID 19 y la declaración del estado de alarma. En concreto, la duda surge por las consecuencias derivadas del desconocimiento de la norma plasmada en el artículo 2º del RDL 9/2020.

1. Hechos y datos relevantes.

Más arriba han quedado reproducidos los hechos que la sentencia de instancia considera acreditados, parcialmente alterados en suplicación. Del resultado interesa destacar solo un par de aspectos.

A) El demandante venía prestando servicios mediante un contrato de trabajo en prácticas con una duración máxima hasta el 31 de enero de 2021.

B) El 15 de mayo de 2020 la empresa le notificó su despido por causas organizativas y la consiguiente finalización anticipada del contrato de trabajo, aduciendo la reducción de actividad en la cooperativa debido a la paralización de los proyectos que tenía asignados y la falta de trabajo.

2. Sentencias dictadas en el procedimiento.

A) Mediante su sentencia 262/2020 de 18 diciembre el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao estima parcialmente la demanda y considera que ha existido un despido improcedente. Sus núcleos argumentales son los siguientes:

* La carta de despido es vaga e imprecisa pues no aporta datos de los que colegir cuál es la situación económica de la cooperativa empleadora.

* La nulidad no puede anudarse a la situación de incapacidad temporal (IT) en que se encontró el trabajador, pues solo la discapacidad o situaciones asimiladas están especialmente protegidas; además, la IT ya no existía en el momento del despido.

* Desde la perspectiva de las repercusiones del estado de alarma, la existencia de un despido sin causa tampoco aboca a la nulidad sino a la improcedencia. Son tres las razones para esa conclusión: 1ª) La jurisprudencia sobre carácter improcedente de los despidos sin causa. 2ª) La nulidad debe reservarse para los casos graves, como cuando hay vulneración de derechos fundamentales. 3ª) El RDL 9/2020 no incorpora una prohibición.

B) La sentencia nº 699/2021 de 20 abril, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ahora recurrida, estima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador (nº 383/2021) y califica como nula la extinción de su contrato de trabajo; incorpora un Voto Particular. Aplica el criterio de la Sala (aprobado en Plenillo "por mayoría simple, y sin perjuicio de los votos particulares"). Sus argumentos son los que siguen.

El art. 2º del RDL 9/2020 hay que relacionarlo con los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020: de ahí deriva una total preferencia del legislador hacia la suspensión contractual (ERTE) por causas asociadas a la pandemia. La empresa acaba cometiendo un fraude pues queda sin efecto la decisión legislativa de impedir los despidos por tales motivos. El artículo 6.4 del Código Civil (CC) refuerza esa conclusión.

Salvo que quede acreditada una causa extintiva totalmente ajena al COVID-19 hay que concluir que el despido es irregular. La norma de emergencia ha acordado el mantenimiento del empleo previo al estado de alarma (la "no disposición de la facultad de despedir"), de modo 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". El

bloque normativo de emergencia "ha colocado la protección del empleo frente a la pandemia en un rango electivo similar al de la protección de los derechos fundamentales".

Además, la nulidad en despidos objetivos y colectivos es más amplia que en el caso del despido disciplinario, lo que aporta un argumento de legalidad ordinaria adicional.

3. Recurso de casación unificadora y escritos concordantes.

A) Con fecha 3 de junio de 2021 la Abogada y representante de Ulma Embedded Solutions, SCOOP (Ulma Embedded) formaliza su recurso de casación unificadora, estructurado en un único motivo en el que denuncia la aplicación errónea del artículo 2º del RDL 9/2020 en relación con diversos preceptos del Código Civil (arts. 6.3; 6.4 y 7.2 CC). Realiza la preceptiva comparación entre sentencias y defiende la improcedencia del despido objetivo acordado en su día, ya que si la causa de la carta que lo comunica se considera vaga e imprecisa es que no se conoce cuál es realmente.

Invoca la tramitación parlamentaria de la norma en respaldo de su tesis, así como los propios argumentos de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social y diversa doctrina judicial.

B) Con fecha 16 de mayo de 2022 la Abogada y representante del trabajador formaliza la impugnación al recurso, reforzando los argumentos de la sentencia recurrida por entender que ha habido un despido abusivo, debiendo prosperar la consecuencia del artículo 6.3 CC.

Subraya que la carta de despido invocaba los efectos de la pandemia en la actividad de la Cooperativa, por lo que ha existido un abuso de derecho (art. 7.2 CC). Invoca en su favor asimismo diversa doctrina judicial.

C) Con fecha 9 de junio de 2022 el representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta, dando cumplimiento a lo previsto en el artículo 226.3 LRJS, ha emitido su Informe en sentido favorable al recurso. Ni las normas excepcionales de pandemia anudan la nulidad a los despidos sin causa, ni las reglas generales abocan a esa conclusión; al cabo lo que hay es un despido sin causa que, conforme a doctrina reiterada, conlleva su improcedencia.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Puesto que constituye una exigencia de orden público, aunque no haya sido cuestionada, hemos de comprobar si concurre la contradicción legalmente exigida entre las sentencias opuestas por la recurrente.

1. Alcance de la exigencia legal.

El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales.

2. Sentencia referencial.

A efectos de esa comparación el recurso ha seleccionado la STSJ Castilla y León (Burgos) 51/2021 de 24 febrero (rec. 21/2021). El actor en este caso venía prestando servicios para la empresa demandada hasta que el 27 de marzo de 2020 recibió un email comunicándole su despido por motivos de fuerza mayor debido a la pandemia por el coronavirus. La relación laboral se extinguió el 31 de marzo de 2020.

Calificado el despido de improcedente en la instancia, el trabajador recurrió en suplicación para solicitar la nulidad por fraude de ley por contravenir los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 y el art. 2 del RDL 9/2020, pero la sentencia de contraste desestima el recurso por varias razones: 1ª) El precepto pudo calificar el despido como nulo y no lo hizo. 2ª) No es argumento el que se trata de una legislación de urgencia porque en muchas ocasiones esa legislación ha supuesto reformas importantes. 3ª) El artículo citado utiliza el término "justificativa" y según la RAE el verbo justificar significa probar algo con razones convincentes, testigos o documentos, de modo que si la causa alegada, productiva en el caso, no justifica el despido la consecuencia es la improcedencia.

3. Contradicción existente.

Reiteramos ahora la valoración interina que realizamos en el momento de admitir a trámite el recurso, en el sentido de que las sentencias confrontadas son contradictorias.

En ambos casos se reclama frente a un despido que aparece vinculado a los problemas que la pandemia del Covid-19 proyecta sobre las respectivas empresas. Al no poderse tomar como válida esa causa, la calificación otorgada al despido (en aplicación de idénticas normas, dadas las fechas de las respectivas extinciones contractuales) difiere pues abraza ora la nulidad (sentencia recurrida), ora la improcedencia (caso de contraste).

En consecuencia, debemos decidir si el despido acordado por causas objetivas, con fundamento en las circunstancias excepcionales derivadas del COVID pero sin llegar a acreditarse, ha de calificarse como improcedente o como nulo.

TERCERO.- Examen de las principales normas aplicables.

Para una más ágil exposición de nuestro ulterior razonamiento, así como para acabar de centrar los términos del debate, por lo demás de estricto corte interpretativo, conviene comenzar recordando el tenor de los preceptos laborales (tanto de excepción cuanto estructurales) que lo acotan; también, como ya ha podido comprobarse, resulta pertinente traer a colación alguna regla común sobre teoría general del negocio jurídico y de las fuentes del Derecho.

1. Código Civil.

A) El artículo 6.3 CC recoge la figura de la nulidad asociada a los actos contrarios a normas prohibitivas:

Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

B) El artículo 6.4 CC define el fraude de ley y asigna las consecuencias inherentes al mismo:

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 hubiere tratado de eludir.

C) El artículo 7.2 CC delinea el abuso de derecho y precisa el modo en que ha de abordarse:

La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a

la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

2. Normas sobre calificación del despido como nulo o improcedente.

Versando el debate sobre la calificación que corresponda a la extinción contractual acordada por la empresa (con apariencia de despido objetivo) es lógico que deban entrar en liza las reglas dedicadas a tal menester, presentes tanto en la norma sustantiva por excelencia cuanto en la Ley procesal.

A) El artículo 53 ET, sobre "Forma y efectos de la extinción por causas objetivas" y su apartado 4 es el que ahora interesa examinar con atención:

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

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

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

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

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

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.

En el resto de supuestos, la decisión extintiva se considerará procedente cuando se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubiesen cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.

B) Por su lado, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social dedica el artículo 122 a la calificación de la extinción del contrato por causas objetivas, albergando el siguiente contenido:

2. La decisión extintiva será nula:

- a) Cuando resulte discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.
- b) Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- c) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- d) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra c), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.
- e) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras c), d) y e) será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.

3. Normas de emergencia sanitaria.

Al exponer los antecedentes relevantes para encuadrar la actual discusión ya ha sido necesario aludir a dos de las normas de emergencia que inciden sobre las relaciones laborales y que fueron aprobadas para afrontar las devastadoras consecuencias de la pandemia debida al Covid-19. Ampliemos seguidamente esta alusión.

A) Mediante RD 463/2020, de 14 de marzo, se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Contiene restricciones a la libre circulación de personas, incluyendo la excepción representada por los desplazamientos al lugar de trabajo ("para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial") y retorno al lugar de residencia habitual (art. 7º), habiendo sido parcialmente considerado opuesto a la Constitución (STC 182/2021 de 27 octubre) pero en materia no relacionada con la que aquí interesa.

B) El RDL 8/2020 de 17 marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, introduce numerosas reglas sobre cuyo alcance nos hemos debido ocupar en múltiples ocasiones. Conviene recordar que "las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establecen en la presente norma tienen como objetivos prioritarios garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria" (art. 5º).

Su artículo 22 aborda la "Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor". La evolución de los acontecimientos

sociosanitarios y el deseo de acomodar la norma a los diversos problemas evidenciados por su aplicación explica que en el plazo de año y medio conociera hasta nueve redacciones distintas. La vigente en el momento de acaecer el despido aquí examinado (cuarta de ellas) inicia su extenso contenido del siguiente modo:

Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

En paralelo, el artículo 23 (que ha experimentado la misma movilidad que el ya examinado) afronta las "Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción". El precepto introduce determinadas especialidades "respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes".

Asimismo, su Disposición Adicional Sexta, que ha conocido cinco redacciones distintas, en la vigente al momento de producirse el despido aquí enjuiciado, bajo la rúbrica "Salv guarda de empleo" precisaba que "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".

C) Mediante el Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo, se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. De hecho, alguna de ellas viene a clarificar y, sobre todo, complementar lo previamente dispuesto por el RDL 8/2020.

La Exposición de Motivos contextualiza las medidas aprobadas por el RDL 8/2020, indicando que el enfriamiento de la economía derivado de la pandemia "va a tener una duración limitada y sujeta a un periodo de tiempo concreto", lo que abunda en la idea de no destruir empleo:

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.

Pero es el artículo segundo de esta norma el que centra el presente debate. Viene rubricado como "Medidas extraordinarias para la protección del empleo" y ha conocido cuatro redacciones, siendo aplicable a nuestro caso la originaria, conforme a la cual

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.

D) La exposición de motivos del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, aunque posterior a la fecha del despido impugnado, explica asimismo la finalidad del acervo normativo relativo a la pandemia: "toda la normativa adoptada por causa del COVID-19, cuyo pilar o eje fundamental está constituido por las medidas de flexibilidad interna, de carácter coyuntural, ha tenido por objetivo estabilizar el empleo, evitar la destrucción de puestos de trabajo y sostener el tejido productivo, a través además de una flexibilización de los mecanismos precisos, evitando cargas adicionales innecesarias."

CUARTO. - Doctrina pertinente.

No hemos abordado de manera frontal el dilema que se somete a nuestra consideración. Pero sí que hay ciertas premisas doctrinales que venimos proclamando y que, por evidentes razones de seguridad jurídica, debemos mantener (o variar de modo razonado y justificado).

1. Calificación del despido conforme al mandato legal.

A) La STS 28 octubre 1987 (infracción de ley, Albesa S.A.) sostiene que la calificación del despido incumbe al órgano jurisdiccional y no a la parte a la que lo único que le corresponde es la prueba de que dicho despido se produjo. Razona así:

"[...] No se debe desconocer que la calificación jurídica correspondiente al despido del trabajador es misión exclusiva del magistrado de Trabajo, quien a la vista del resultado de las pruebas verificadas en el acto del juicio, procederá a calificarlo en derecho sin tener que atenerse ni vincularse a la que se ha hecho en la demanda, bastando con que el demandante impugne en su demanda el despido de que ha sido objeto, señalando los datos personales de las parte litigantes, lugar y clase de trabajo, antigüedad y salario en las de despido, su fecha y los motivos alegados por la empresa, para que a la vista de ello y de las pruebas practicadas, calificar en derecho el despido de, procedente, improcedente, nulo o radicalmente nulo".

B) La STS 835/2020 de 2 octubre (rcud. 4443/2017) mantiene la validez de la doctrina recién expuesta y añade lo siguiente, precisamente respecto de un despido por causas objetivas:

Aunque en el proceso laboral rige el principio de justicia rogada (art. 216 LEC), el mandato del art. 108.2 LRJS obliga al juez a declarar el despido nulo (art. 108.3 LRJS), pues las circunstancias a las que se refieren los apartados a), b) o c) del artículo 108.2 LRJS constituyen un sistema de tutela objetiva y automática frente al despido (STS de 23 de diciembre de 2014, rec. 2091/2013), de modo que si el empleador no acredita la concurrencia de la causa que justifique su decisión extintiva, ésta no será declarada improcedente sino nula (STS de 20 de enero de 2015, rec. 2415/2013), sin necesidad de que la persona despedida tenga que aportar indicio alguno sobre la conculcación de un derecho fundamental, sino que basta con que acredite alguna de las circunstancias descritas en los apartados a), b) o c) del artículo 108.2 LRJS (STS de 30 de abril de 2009, rec. 2428/2008).

C) La STS 104/2022 de 2 febrero (rcud. 4633/2018) resume abundante doctrina sobre la competencia del órgano judicial para calificar la extinción del contrato de trabajo acordada por el empleador:

En la instancia, la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo debe realizarse conforme a derecho, sin que el órgano judicial esté vinculado por la calificación efectuada por el actor. La razón es que no es una materia dispositiva que dependa de la petición de la parte actora sino que corresponde al órgano judicial determinar cuál es la calificación ajustada a Derecho, con sujeción en todo caso a los hechos alegados por el demandante.

Asimismo, recalca que la citada doctrina jurisprudencial no excluye que la calificación del despido deba hacerse de conformidad con la causa petendi. El principio de congruencia exige que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social se ajuste a la causa de pedir. En caso contrario, la sentencia de instancia sí que incurriría en incongruencia, causando indefensión al demandado, que no habría podido defenderse de ella.

Por ello, ejemplificativamente, si el demandante no invoca la garantía de indemnidad, el Juzgado tampoco puede declarar nulo el despido por vulnerar el art. 24 de la Constitución porque ello causaría indefensión a la parte demandada, que no pudo defenderse de dicha alegación de la parte recurrente. Añade que debemos diferenciar:

a) Si el actor alega los hechos y fundamentos relativos a la vulneración de la garantía de indemnidad, la calificación del despido realizada por el órgano judicial debe ajustarse a Derecho. Puede declarar el despido nulo aunque el demandante no haya solicitado dicha calificación.

b) Por el contrario, si el demandante no invoca la garantía de indemnidad, que es ajena al debate litigioso, el órgano judicial no puede declarar la nulidad del despido por una causa que no ha sido alegada por el trabajador.

2. El despido fraudulento solo es nulo si lo ha previsto el legislador laboral.

A) La STS 15 diciembre 1994 (rcud. 985/1994) da cuenta de que anteriormente la jurisprudencia consideraba como nulos ciertos despidos vinculados a situaciones "en que la actuación arbitraria, desligada de causa conocida o derivada de la torticera búsqueda del incumplimiento legal, mediante ficciones que pudieran permitirles ampararse en otra figura jurídica. Pero aquella calificación, aceptada restrictivamente durante la vigencia de la Ley Procesal de 1980 desaparece en la actualidad legal, dados los términos del artículo 108 que determina los casos en que el despido debe ser declarado nulo".

B) De este modo, puede afirmarse que a partir de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 1989 es inexistente la figura del despido nulo por fraude de ley. Por ejemplo, hemos descartado la nulidad del despido por fraude en casos como los siguientes:

* Cuando ha mediado cesión ilegal de trabajadores entre empresas: SSTS 2 noviembre 1993 (rcud. 3669/1992), 19 enero 1994 (rcud. 3400/1992) y 26 enero 1996 (rcud. 635/1995).

* Cuando se ha despedido en función de hechos ya prescritos: STS 28 febrero 1995 (rcud. 1564/1994).

* Cuando la empresa invoca la invalidez total como causa de extinción pese a que el convenio cuando el convenio colectivo la descarta: STS 23 mayo 1996 (rcud. 2369/1995).

* Cuando la empresa invoca la conclusión del término para extinguir un contrato temporal que adquirió fijeza por celebrarse en fraude de ley: STS 10 julio 1996 (rcud. 4027/1992).

* Cuando existe falta absoluta de prueba por el empresario de la causa alegada en la carta de despido; STS 10 diciembre 1997 (rcud. 1649/1997).

* Cuando el empleador reconoce de inmediato que ha procedido al despido (invocando un motivo genérico) sin causa justificada: SSTS 29 septiembre 2014 (rcud. 3248/2013); 5 mayo 2015 (rcud. 2659/2013); 944/2017 de 29 noviembre (rcud. 1326/2015).

* 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 (STS 29 abril 2014, rcud. 3248/2013).

C) La STS 944/2017 de 29 noviembre (rcud. 1326/2015), con cita de abundantes precedentes, recopila nuestra doctrina del siguiente modo:

1. Pero es que, además, el principal problema que el recurrente plantea, esto es, el de la calificación del despido nulo por fraude de ley o abuso de derecho, como reconoce y admite el dictamen del Ministerio Fiscal, ha de entenderse resuelto por la doctrina unificada de esta Sala cuando, en palabras del propio Ministerio Público, "no encuentra causa de nulidad en el llamado despido fraudulento".

2. Y así es, en efecto. En todas estas resoluciones se ha llegado invariablemente a la conclusión de que en aquellos supuestos, como los allí enjuiciados, en que la empresa no ha alegado y probado la causa

justificada de extinción objetiva enunciada en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores -ET- ("faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes", que alcancen o superen determinados niveles), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo.

A su vez, esta jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad enlaza expresamente (STS 29-2-2001) con una línea jurisprudencial anterior, según la cual la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo - el llamado "despido fraudulento"- no justifica por sí misma la calificación de nulidad.

3. De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990, no modificado en este punto en el texto refundido de 1995 ni en la vigente LRJS, el art. 108.2 ésta última disposición "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese.

Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos entrecomillados, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997). "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.

4. Así pues, la cuestión debatida, como se ha anticipado, se ha resuelto ya por la Sala, entre otras, en las sentencias de 22 de enero de 2008 (R. 3995/2006), 27 de enero de 2009 (R. 602/2008) y 22 de noviembre de 2007 (R. 3907/2006). Esta última sentencia, igual que la más reciente, además de mantener la doctrina jurisprudencial anterior sobre la calificación de improcedencia del despido motivado por "bajas médicas" del trabajador, ofrecen también respuestas a la mayoría de los argumentos específicos que aparecen en el presente debate procesal. A sus razonamientos y decisión final hemos de atenernos ahora por evidentes razones de seguridad jurídica".

3. Nulidad por vulneración de derechos fundamentales.

Son muy numerosos los supuestos en que hemos debido afrontar la calificación de un despido vulnerador de derechos fundamentales, y en todos ellos (fuere cual fuere el texto procesal vigente) hemos asignado a tales casos la consideración de extinciones nulas si se considera existente esa conducta.

Buen ejemplo de ello es la STS 17 febrero 2016 (rcud. 808/2014): acaba considerando improcedente el despido por falta de acreditación de la causa imputada (relacionada con el blanqueo de capitales) y pese a que el trabajador considera vulnerado su derecho al honor. Descarta la nulidad, precisamente, al no constatar esa lesión del derecho al honor pues no concurre intencionalidad empresarial de atentar contra la buena reputación del trabajador, ni un descrédito procedente de la difusión de la información hacia terceros o más allá de las fronteras de la relación privada.

La STS 696/2022 de 26 julio (rcud. 1675/2021), con base en la STC 61/2021 de 15 marzo, entiende que la calificación como nulo del despido basado en pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no puede ser automática, sino que ha de basarse en la mayor o menor conexión entre ese dato y la extinción contractual. De ese modo gana firmeza la sentencia recurrida (declarando nulo el despido) pero "no significa ello que consideramos en todo caso inescindible la declaración de que

una prueba ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales y la ulterior calificación del despido como nulo. Lo que sucede es que la determinación de en qué medida concurre la 'conexidad' entre la vulneración de derechos fundamentales y el despido es cuestión tributaria de la valoración de cuantas circunstancias concurren".

4. Los despidos colectivos asociados a la Covid-19 sin causa y su calificación.

A) La STS 168/2022 de 22 febrero (rec. Precision Casting Bilbao) contiene una extensa doctrina acerca de los despidos (allí colectivo) asociados al Covid-19 que puede sintetizarse así:

1ª) Respecto de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (ETOP) relacionadas con la pandemia causada por el COVID, en el caso de que la empresa acredite que las causas son estructurales y no meramente coyunturales, la suspensión contractual no constituiría una medida idónea para afrontarlas y se podría realizar un despido colectivo.

2ª) En los despidos colectivos realizados durante la vigencia de la pandemia que estén relacionados con el COVID-19, incumbe a la empresa acreditar que las circunstancias que motivaron el despido colectivo son estructurales y no meramente coyunturales.

3ª) Al no haber acreditado la empresa que concorra una situación estructural, debió haber articulado medidas de flexibilidad interna y no externa.

4ª) Al existir indicios de la vulneración de la garantía de indemnidad: la conexión temporal entre la sentencia declarando nulo el ERTE y el inicio del procedimiento de despido colectivo, sin una justificación razonable de que fue ajeno a la vulneración de derechos fundamentales, el despido colectivo debe declararse nulo.

B) La STS 239/2022 de 16 marzo (rec. 265/2021, Aernnova Aeroestructuras Álava SAU) insiste en la expuesta doctrina conforme a la cual la cautela del artículo 2º del RDL 9/2020 no resulta de aplicación cuando el origen de las causas económicas o productivas que justifican el despido se hubieran iniciado antes de la pandemia y trajeran causa de una crisis estructural propia o sectorial, pero no en la crisis sanitaria. "De tal forma que si concurren las causas coyunturales previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 no se considerará justificado el despido o la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que dichas circunstancias facultan, en su caso, para proceder a la suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor (artículo 22) o para la suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 23). Por el contrario, si la empresa acredita la existencia de una situación estructural, sí que puede acordar el despido colectivo".

C) La STS 358/2022 de 20 abril (rec. 241/2021, CPM International Telebusiness SLU) rechaza la nulidad del despido colectivo por vulneración de la "cláusula de salvaguarda de empleo" por no tener su causa directa en la pérdida de actividad como consecuencia del COVID-19, sino en la rescisión de contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta que si concurren causas estructurales y no meramente coyunturales ha de acudir a esta medida y no a la suspensión de los contratos; acreditada la pérdida de la contrata la decisión extintiva ha de declararse ajustada a Derecho.

QUINTO.- Alcance del artículo 2º del RDL 9/2020 .

Sobre cuanto hemos expuesto vamos a abordar ya frontalmente el tema suscitado: la calificación de un despido que ha desconocido la previsión del artículo 2º del RDL 9/2020 sin que esté en juego la vulneración de derecho fundamental especial, aunque respecto de esto último volveremos de inmediato.

1. Recapitulación.

El artículo 2º del RDL 9/2020 ha querido que las dificultades empresariales generadoras de causas ETOP o de fuerza mayor asociadas a la pandemia se encaucen por la vía suspensiva ("ERTE") y no por la extintiva. Del tenor literal de dicho precepto se desprende, y en eso coinciden las sentencias sujetas a comparación, que el legislador no especifica la calificación que merece el despido objetivo (o colectivo) que contradiga tal norma. La sentencia impugnada sostiene que estaríamos ante un despido efectuado en fraude de ley, desconocedor de regla prohibitiva, por lo que debe calificarse como nulo.

Nuestra doctrina viene asignando al órgano judicial la tarea de calificar el despido a la vista de la pretensión formulada en la demanda y de los hechos acreditados. Ya hace tiempo que puede considerarse consolidada la idea de que resulta necesaria la previa indicación legal de que el despido es nulo para que proceda esa calificación, sin que sea posible reconducir a tal categoría los identificados como fraudulentos (salvo indicación legal al efecto).

Respecto de los despidos con vulneración de derechos fundamentales hay que estar a las circunstancias de cada caso, especialmente de cara a aquilatar la conexión entre los indicios de que así ha sucedido y la extinción contractual.

Por último, en materia de despidos asociados a causas originadas por la COVID-19 venimos entendiendo que si el problema es estructural resulta posible proceder a la terminación del contrato de trabajo (lo que comporta su calificación como procedente, ajustado a Derecho). Y no hemos considerado suficiente que se desconozca la regla del artículo 2º del RDL 9/2020 para declarar la nulidad, sino que hemos examinado circunstanciadamente si concurre la afirmada vulneración de derechos fundamentales.

Sobre esas bases debemos desarrollar ya el argumentario que nos inclina a considerar correcta la doctrina albergada en la sentencia referencial.

2. Las normas de emergencia aplicables no inciden en la calificación del despido.

A) El transcrito artículo segundo del RDL 9/2020 dispone que las causas de crisis empresarial (ETOP o fuerza mayor) derivadas de la pandemia "no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido".

Esa prescripción ha sido identificada como una prohibición de despedir por la sentencia recurrida ("nos encontramos con la aplicación de previsiones de derecho imperativo y de prohibición"). No es ese el alcance que debe darse a la norma. Lo que contiene es una destipificación, una neutralización de causas extintivas. Problemas referidos al normal funcionamiento de la empresa que, de no existir la norma, encajarían en el despido objetivo o colectivo, sin embargo, quedan ayunos de ese cauce. Dificultades empresariales que podrían justificar, en condiciones de normalidad, una extinción ajustada a Derecho ya no pueden alcanzar esa legitimación. Tal es el sentido y la consecuencia del precepto en cuestión. Como si desapareciera de nuestro ordenamiento la apertura legal que en el artículo 49 ET y concordantes contemplan esa posibilidad de ajuste laboral.

La magra formulación legislativa no prohíbe la extinción contractual, sino que retira la cobertura del despido por dificultades empresariales.

B) El cumplimiento cabal de lo preceptuado en el artículo 2º del RDL 9/2020 comporta que las causas ETOP o de fuerza mayor que posibilitaban la suspensión contractual a través del ERTE carecen de virtualidad.

Puesto que la empresa ha invocado razones genéricas, además de conectadas con la pandemia, nos encontramos ante supuesto en que la terminación del contrato queda sin causa válida y, además, choca con la prescripción del repetido artículo 2º. El silencio legislativo sobre la calificación del despido es lo que nos aboca a proyectar sobre el supuesto las construcciones generales sobre la materia.

Ni el legislador ha establecido una verdadera prohibición ni, lo que resulta decisivo, ha proclamado la nulidad de los despidos desconocedoras de su deseada pervivencia de la relación laboral a través del cauce suspensivo (arts. 22 y 23 del RDL 8/2020).

C) Tampoco puede confundirse la regla aquí examinada con la exigencia de mantenimiento del empleo para las empresas acogidas a los ERTes asociados a la pandemia. La empresa no ha puesto en marcha un ERTE y desconocido luego su deber de mantener el nivel de empleo, sino que ha orillado aquella figura suspensiva mediante la instrumentación de la extinción enjuiciada.

D) Las múltiples reformas que los RRDDL 8 y 9/2020 han experimentado, omiten la precisión sobre las consecuencias de que se desconociera la regla del reseñado artículo 2º. Ello, pese a la evidente duda que se generaba desde su promulgación y a la existencia de la acrisolada línea jurisprudencial que hemos recordado (apartado 2 del Fundamento Cuarto). En consecuencia, ese silencio legislativo solo puede abocar a la aplicación de las previsiones generales acerca de qué sucede cuando una extinción contractual acordada por el empleador carece de encaje en las diversas aperturas del artículo 49.1 ET.

El precepto pretende impedir que la empresa extinga válidamente un contrato por causas objetivas relacionadas con la pandemia que podrían haber motivado la suspensión del contrato o la reducción de jornada a través de los mecanismos de flexibilidad interna dispuestos en la normativa excepcional COVID-19 (ERTes de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020). El legislador no ha anudado la nulidad al desconocimiento de la norma, pese a disponer de múltiples ocasiones para ello.

La ausencia de causa acreditada, sea cual fuere la invocada por el empresario (o incluso en ausencia de cualquiera), reconduce el supuesto al despido improcedente. Por descontado, salvo que existiera vulneración de derechos fundamentales.

2. La vulneración de derechos fundamentales.

Los artículos 53.4 ET y 122.4 LRJS califican como nulo el despido que "se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador". Sin duda alguna, es el resorte que deberíamos activar en caso de haberse aportado indicios de ello sin que la empresa los hubiera contrarrestado.

La sentencia recurrida sostiene que el bloque normativo de emergencia ha colocado la protección del empleo frente a la pandemia en un rango electivo similar al de la protección de los derechos fundamentales, por lo que la nulidad surge cuando se vulnera la previsión del artículo 2º en estudio. Son varias las razones que nos llevan a censurar esa apreciación:

Primera.- Que un Real Decreto-Ley pueda alterar el contorno de los derechos fundamentales y libertades públicas en su contenido esencial resulta inviable, pues se precisa a tal efecto de una Ley Orgánica (art. 81.1 CE).

Segunda.- Que el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) alcance la dimensión de derecho fundamental es algo que solo está al alcance del propio constituyente.

Tercera.- Los artículos 35 (derecho al trabajo) y 38 (libertad de empresa) de la Ley Fundamental aparecen integrados en la misma Sección del Capítulo Segundo del Título I de la Norma Fundamental. En consecuencia, no parece viable que entre ellos se produzca una impropia alteración de rango o de protección, sin perjuicio de que el legislador vaya dando preponderancia a uno u otro a medida que adopta sus decisiones.

Cuarta.- Que el estado de alarma (art. 116.2 CE) afectase a determinados derechos fundamentales y libertades públicas (RD 463/2020) o que el mismo fuese declarado parcialmente inconstitucional (STC 148/2021); o que la pandemia generase evidente afeción del derecho a la integridad física y a la vida (art. 15 CE) no significa que cualquier comportamiento ilegal relacionado con aquel vulnere esos derechos fundamentales

Quinta.- El trabajador no ha invocado, directa o indirectamente, la vulneración de derecho fundamental alguno como causa de su pretensión de que el despido sea considerado como nulo.

3. El artículo 2º del RDL 9/2020 no contiene una prohibición.

El artículo 6.3 CC establece la nulidad "de pleno derecho" respecto de los actos contrarios a las normas prohibitivas, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto.

Son las normas laborales sustantivas y procesales las que se vienen encargando de establecer la tipología valorativa de los despidos y sus consecuencias.

Además, conviene insistir en la apuntada idea de que el RDL 9/2020 no contiene una verdadera interdicción del despido, sino una temporal restricción de su procedencia; durante ese tramo cronológico, por así decirlo, ha quedado suspendida la vigencia de los preceptos sobre las referidas causas de despido objetivo, colectivo o por fuerza mayor.

Tal restricción es la consecuencia de que "no se podrán entender como justificativas" de la extinción las expuestas causas. Así las cosas, si el empleador activa una extinción por causa imposible lo que surge es un despido acausal. Los despidos sin causa justificada, con arreglo a nuestra doctrina, son reconducibles a la calificación como improcedentes.

Solo si la norma asigna la nulidad expresamente, como sucede cuando la extinción comporta la elusión de las normas sobre despido colectivo (art. 122.2.b LRJS), es cuando hay que activar esa calificación.

Por tanto: ni estamos ante una verdadera prohibición de despedir, ni los efectos de desconocer un mandato normativo son los de la teoría general del negocio jurídico, sino los específicos del despido, ni en el caso se ha eludido el mecanismo del despido colectivo.

4. La eventual conducta fraudulenta de la empresa no desemboca necesariamente en la nulidad del despido.

Expone la sentencia recurrida que al encontrarnos ante un despido fraudulento, lo que procede es aplicar las consecuencias previstas en la norma eludida y ello desemboca en la nulidad.

Sin embargo, como queda expuesto más arriba, las consecuencias de que un despido aparezca ante los ojos del juzgador como carente de causa no es (en la actualidad) la de su nulidad, sino la improcedencia. Ni el abuso de derecho, ni el fraude de ley desembocan en la calificación acogida por la Sala de suplicación recurrida, no porque ello fuese exigible desde alguna perspectiva supralegal sino, sencillamente, porque es el deseo de las Leyes (tanto sustantivas cuanto adjetivas) que desde tiempo atrás vienen ocupándose del tema.

Con arreglo a la doctrina jurisprudencial expuesta, cuando el despido carece de causa debe considerarse improcedente. Esa es, al cabo, la regulación de la que estaría intentando huir la empresa al articular un despido como el ahora enjuiciado. Como sostiene la sentencia de instancia (Fundamento Primero, apartado 2.A), aunque pudiera obviarse el tratamiento común que conduce a la declaración de improcedencia y fuese aplicable el CC, no procedería nulidad porque ni el fraude de ley ni el abuso de derecho la imponen: en caso de fraude se aplica la norma eludida (declaración de improcedencia al no estar justificada la extinción), en caso de abuso de derecho se abona la indemnización (la de improcedencia), en caso de nulidad prevalece el efecto de la norma especial (el ET y la LRJS).

5. Al quedar el despido sin causa justificada debe considerarse improcedente.

Puesto que la normativa de emergencia examinada no altera las premisas para calificar los despidos carentes de causa (anterior apartado 2) y nuestra doctrina viene calificando como improcedentes los de tal índole (Fundamento Cuarto, apartado 2) la conclusión aparece nítida: estamos ante un despido improcedente.

Pertencen al terreno de las posibles construcciones normativas (de lege ferenda) las reflexiones acerca de la mayor o menor concordancia entre los esfuerzos de las Autoridades Públicas para que el tejido productivo o el empleo no se vieran afectados por la pandemia y la posibilidad de que, mediando el abono de la indemnización correspondiente, la empresa acabara extinguiendo un contrato de trabajo

La renuencia legislativa a alterar el descrito estado de cosas (Fundamento Tercero), la necesaria sujeción al principio de legalidad (art. 9.3 CE) y la dispensación de tutela judicial acorde con la doctrina reiteradamente mantenida constituyen argumentos sólidos para abrazar la solución de la sentencia referencial.

6. La improcedencia no convalida la decisión empresarial.

A) Dados los términos en que aparece formulado el debate conviene añadir una reflexión más acerca de si las consecuencias del despido improcedente bastan para llenar las exigencias preventivas y reparativas respecto de una decisión ilegal como la ahora enjuiciada. Lo primero que conviene advertir es que esa cuestión puede plantearse en términos de generalidad, esto es, respecto de cualquier otro despido de carácter improcedente.

B) Nuestra STS 156/2022 de 16 febrero (rcud. 222/2021) ha recordado el carácter autónomo de la decisión extintiva empresarial:

Resulta evidente, tal como venimos poniendo reiteradamente de relieve a partir de nuestra STS de 10 de junio de 2009, Rcdud 3098/2007, que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo de despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo; así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y demás preceptos del Estatuto que disciplinan las diversas modalidades de despidos (objetivo - arts. 52 y 53 ET- colectivos - artículo 51 ET y del artículo 3 del Convenio 158 OIT; así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia 33/1987 de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular (STS de 21 de diciembre de 1990, Rec. 2397/1989). Doctrina ratificada en STS de 21 de octubre de 2004, Rcdud. 4966/2002, que reitera la idea de que el acto del despido es de naturaleza constitutiva, es decir, extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido, de manera que el contrato de trabajo queda roto y con él la mayoría de los derechos y obligaciones que del mismo dimanar

C) Esta reflexión entronca con el respeto al Convenio 158 OIT (distingue entre "causa prohibida" y "causa justificada"), porque la declaración de improcedencia de un despido sin causa, lejos de implicar la implícita admisión de la licitud del desistimiento empresarial, implica negar que esa mera voluntad pueda servir para extinguir válidamente el contrato y, por eso, la conducta empresarial es sancionada.

D) Tampoco se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por descartarse la calificación de nulidad en tales casos. La legislación española cumple con la reparación alternativa del artículo 10 del Convenio 158 de la OIT ("Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada") pues contempla la indemnización como consecuencia posible del incumplimiento del principio de causalidad del despido. Muchas veces se ha dicho ya que no existe la

posibilidad de una interpretación constitucional de la ley, de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención o prueba de la causa conlleva la nulidad del despido.

SEXTO.- Resolución.

1. Unificación doctrinal.

Armonizando la dispar interpretación de las normas aplicadas, en especial del artículo 2º del RDL 9/2020, debemos concluir que el despido desconociendo su admonición no debe calificarse como nulo, salvo que exista algún dato específico que así lo justifique (vulneración de un derecho fundamental, elusión de las normas procedimentales sobre despido colectivo, concurrencia de una circunstancia subjetiva generadora de especial tutela).

Ni la referida norma contiene una verdadera prohibición, ni las consecuencias de que haya un despido fraudulento comportan su nulidad, salvo que exista previsión normativa expresa (como sucede en el caso de elusión del mecanismo del despido colectivo). Del mismo modo, tampoco el acudimiento al ERTE aparece como una verdadera obligación.

La calificación del despido como nulo no es asumible porque las previsiones sobre el tema (tanto del ET cuanto de la LRJS) ignoran el supuesto de fraude (salvo en despidos "por goteo" que eluden el procedimiento de la extinción colectiva). Nos encontramos ante una extinción sin causa y su enfoque ha de ser el propio de la legislación laboral vigente tanto por la especialidad de este sector del ordenamiento cuanto por la propia remisión del artículo 6.3 CC (calificando como nulos los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas "salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"), al margen de que propiamente no concurra su presupuesto aplicativo.

2. Estimación del recurso.

Por cuanto antecede, consideramos que la sentencia recurrida no alberga la buena doctrina y que el recurso presentado por la empresa debe prosperar, tal y como ha interesado el Informe del Ministerio Fiscal.

El artículo 228.2 LRJS dispone que " Si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada". En el presente caso ello comporta resolver el debate suscitado en suplicación desestimando el recurso de tal clase planteado por el trabajador y confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, por los argumentos ya expuestos.

La condición subjetiva del recurrente en suplicación y los términos del artículo 235.1 LRJS comportan que no debamos imponerle las costas procesales devengadas como consecuencia del recurso de suplicación que fracasa.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Ulma Embedded Solutions, SCOOP (Ulma Embedded), representada y defendida por la Letrada Sra. Sánchez-Guardamino Sáenz.

2º) Casar y anular la sentencia nº 699/2021 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 20 de abril de 2021, en el recurso de suplicación nº 383/2021.

3º) Resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de tal índole interpuesto por D. Alonso .

4º) Declarar la firmeza de la sentencia nº 262/2020 de 18 de diciembre de 2020, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao, en los autos nº 524/2020, seguidos a instancia de D. Alonso contra dicha recurrente, sobre despido.

5º) No adoptar decisión especial en materia de costas procesales derivadas de los recursos que ahora resolvemos, debiendo asumir cada parte las causadas a su instancia.

6º) Ordenar la devolución del depósito constituido para recurrir por la citada mercantil.

7º) Disponer que se dé a las cantidades consignadas o avaladas el destino legalmente previsto y acorde con esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.