

Calificación de los ceses laborales por fuerza mayor y causas ETOP relacionadas con la covid-19

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

La situación de emergencia ocasionada por la COVID-19 ha sido el detonante de un caudal de medidas destinadas a gestionar y mitigar tanto el devastador impacto sanitario de la pandemia cuanto la gravísima crisis social y económica resultante de la misma, cuyos efectos perdurarán más allá de la superación de la alerta sanitaria. Partiendo de que el objetivo central de las medidas sociales en defensa del empleo establecidas por el RDL 8/2020 y mantenidas, con ajustes, por los decretos-leyes que se han sucedido desde entonces, ha sido mantener a las empresas a flote y conservar los puestos de trabajo durante esta “travesía del desierto” por la que nos está conduciendo el SARS-CoV-2, con un elevado coste para las arcas públicas, se comprende -y comparte- que la activación de los ERTES, con notables ventajas para empresas y personas trabajadoras, cierre el paso a la posibilidad de apelar a la crisis del coronavirus para justificar, sobre esa misma y excepcional causalidad, ajustes estructurales de plantillas. De esta filosofía se nutre la norma contenida en el art. 2 del RDL 9/2020, donde se establece que la fuerza mayor y las causas ETOP relacionadas con el COVID-19, habilitantes de ERTES suspensivos y/o de reducción de jornada ex. arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, “*no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido*”.

Desde su establecimiento, esta pretendida prohibición de despedir por pérdidas o disminución de actividad ocasionadas por la covid-19 -en vigor hasta el 31 de mayo de 2021- ha polarizado el debate doctrinal y judicial, dando pie a opiniones divergentes tanto sobre el ámbito material de afectación del art. 2 RDL 9/2020, cuanto sobre la calificación y efectos de los ceses que se producen contraviniendo lo dispuesto en dicho precepto. Respecto a lo primero, baste señalar, como aspecto de singular relevancia, que está arraigando en determinados ámbitos judiciales la indebida identificación de cualquier despido por crisis de empresa con un despido por fuerza mayor o causas ETOP directamente derivadas del COVID-19. Se trata de un exceso interpretativo, pues no todo despido por fuerza mayor o por causas ETOP ocurrido a partir del 14 de marzo de 2020 tiene que ser consustancialmente un despido por dificultades relacionadas con la pandemia (aunque en abundantes supuestos así ocurra y logre acreditarse en sede judicial).

Pero las incertidumbres en torno a la limitación ex. art. 2 del RDL 9/2020 no se refieren únicamente a su ámbito de aplicación; se plantean también respecto de las consecuencias jurídicas de su contravención. Las extinciones y los despidos que se verifiquen transgrediendo la interdicción legal ¿serán nulos o improcedentes? La norma nada dice, la exposición de motivos del RDL 9/2020 no arroja luz sobre la anterior incógnita y aún no tenemos doctrina jurisprudencial al respecto. Por el momento, lo único que existen son pronunciamientos discrepantes en la temprana doctrina judicial que ha debido afrontar la interpretación y aplicación de la norma.

Para un grupo de pronunciamientos, la nulidad es la calificación que debe atribuirse a un despido injustificado por covid. Así lo han entendido los Juzgados de lo Social núm. 3 de Sabadell (sentencia 93/2020, de 6 de julio), núm. 29 de Barcelona (sentencia 180/2020,

de 28 de julio), núm. 6 de Oviedo (sentencia 363/2020, de 22 de octubre), o, más recientemente, la STSJ País Vasco nº 119/2021, de 26 de enero. Se acogen para extraer esta conclusión a lo establecido en el art. 6, números 3 y 4, del Código Civil, sobre nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas y sobre las consecuencias del fraude de ley, ya que la calificación de improcedencia podría conllevar la infracción de la prohibición establecida al poderse extinguir unilateralmente la relación laboral por voluntad empresarial en virtud del derecho de opción, con lo cual la prohibición quedaría en una mera declaración de intenciones y burlado el propósito de la norma de potenciar los ERTES y mantener el empleo como alternativa a los despidos en tiempos de pandemia.

Por el contrario, se han decantado por la improcedencia del despido, entre otros, los Juzgados de lo Social núm. 26 de Barcelona (sentencia 170/2020, de 31 de julio), núms. 1 (sentencia 194/2020, de 18 de septiembre) y 3 de Gijón (sentencia 236/2020, de 3 de noviembre), el Juzgado único de Mieres (sentencias 276/2020 y 277/2020, de 26 de octubre), el Juzgado de lo Social núm. 1 de León (sentencias 210/2020 y 211/2020, de 22 de septiembre, y 218/2020, de 1 de octubre), el Juzgado de lo Social 3bis de Ciudad Real (sentencia 286/2020, de 29 de septiembre), el Juzgado de lo Social núm. 1 de Palencia (sentencia 146/2020, de 1 de octubre), el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona/Iruña (sentencia 304/2020, de 21 de diciembre), el Juzgado de lo Social núm. 1 de Soria (sentencia 94/2020, de 8 de septiembre) y, decidiendo en instancia sobre la impugnación de un despido colectivo, la STSJ Madrid (Social) núm. 1036/2020, de 25 de noviembre, calificándolo como no ajustado a derecho. A tenor de estos pronunciamientos –que aventajan por ahora a los defensores de la nulidad–, el art. 2 del RDL 9/2020 no prohíbe taxativamente los despidos por covid-19 durante la crisis sanitaria (con lo que no entraría en juego el art. 6.3 del Código Civil, que declara nulos de pleno derecho los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas), sino que, simplemente, viene a privar de justificación a las extinciones de contratos de trabajo acordadas de acuerdo con las previsiones marcadas en la misma norma (por fuerza mayor COVID-19 y por causas ETOP COVID-19), lo que determina su improcedencia, quedando la calificación de nulidad restringida a los supuestos previstos en los arts. 51.2, 53 y 55 ET y preceptos concordantes de la LRJS (arts. 108, 122.2 y 124.11 y 13: vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas y otras causas especialmente graves relacionadas con la infracción de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, con omisiones o defectos en la sustanciación de los despidos colectivos o con infracción de las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas). No se produce, por tanto, una genuina prohibición de despedir que garantice la indemnidad del vínculo, cuanto un encarecimiento del coste del despido para la empresa.

Esta es, en mi opinión, la interpretación correcta de la pretendida prohibición de despedir contenida en el art. 2 del RDL 9/2020. A falta de una declaración normativa expresa, la calificación de nulidad debe descartarse porque, de acuerdo con las previsiones del ET y de la LRJS, se colige que cuando el legislador ha querido que se produzca tal consecuencia, lo ha previsto de forma expresa. Las causas de nulidad del despido están tasadas legalmente y, en la actualidad, el fraude de ley en los despidos solo determina la nulidad en los casos de extinciones objetivas que se realizan por goteo para evitar la tramitación exigida a los despidos colectivos. Además, el tenor del citado art. 2 del RDL 9/2020 abonaría una interpretación en tal sentido, pues la limitación se establece considerando que las causas de fuerza mayor y ETOP que permiten acudir a un ERTE

por COVID-19 no se pueden entender “como justificativas” de la extinción o del despido, y la consecuencia natural y lógica de la ausencia de justificación, según reiterada jurisprudencia, es la declaración de improcedencia, con independencia del fraude en la actuación empresarial. Así lo viene manteniendo el Tribunal Supremo a partir de la entrada en vigor del texto articulado de la LPL de 1990 (no modificado en este punto en el texto refundido de la LPL de 1995 ni en la vigente LRJS) que suprimió la categoría del despido disciplinario radicalmente nulo por fraude de ley, por inexistencia de causa o por causa ficticia, que creó la jurisprudencia bajo la vigencia de la LPL de 1980. Constituye un exceso deductivo pretender proyectar en este ámbito (calificación del despido) la consecuencia prevista en el art. 6.3 del Código Civil para los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas, cuando el art. 2 del RDL 9/2020 no está redactado como una norma prohibitiva, ni se configuran como imperativas u obligatorias en el RDL 8/2020 las medidas excepcionales previstas en sus arts. 22 y 23. La nulidad sustantiva y la nulidad procesal no se desenvuelven en un mismo plano ni son categorías equivalentes. La legislación laboral ha previsto una categoría *ad hoc*, la improcedencia, para los supuestos de ausencia de causa justificativa en los despidos individuales, objetivos y disciplinarios, cuyos efectos jurídicos son compatibles con lo ordenado por el Convenio 158 de la OIT –que no impone la declaración de nulidad y el restablecimiento de la relación en todos los casos de despido injustificado (modelo de estabilidad real)-, y con lo dispuesto en el art. 6.3 del Código Civil, que califica como nulos los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas (si éste fuera el caso), “*salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”. Como razona –en un asunto sobre despido no relacionado con el covid- la STSJ Andalucía/Sevilla, de 19 noviembre 2020 (rec. 1795/2019), “la responsabilidad del empresario nace por la existencia de un sistema causal y por el hecho de que no se ha respetado, de modo 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 artículo 6 del CC y, por tanto, la nulidad del apartado 3 se circunscribe al acto extintivo y así es distinta de la calificación judicial de nulidad”; y se recuerda que, conforme a la STC 185/2014, no existe “la posibilidad de una interpretación constitucional de la ley, de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención de causa conlleva la nulidad”. Si el Gobierno-legislador pretendía garantizar la estabilidad real del empleo durante la pandemia, tendría que haber sido más explícito y haber recogido el efecto de la nulidad en la formulación del art. 2 del RDL 9/2020 para los despidos injustificados por covid.

Es cierto que el Tribunal Supremo ha rescatado la añeja figura del despido nulo en fraude de ley para considerar nula la extinción colectiva en varios supuestos. Así, se ha declarado nulo el despido colectivo cuando el mismo se adopta con la finalidad de evitar las superiores indemnizaciones derivadas de las sentencias dictadas previamente contra el empleador sobre extinción de los contratos de trabajo por falta de abono de salarios o retrasos continuados en el pago (STS 4ª de 29 diciembre 2014, rco. 93/2012); o incumpliendo la empresa el compromiso adquirido en un pacto colectivo de no proceder a despedir por causas empresariales durante la vigencia del expediente temporal, sin haber variado las circunstancias que motivaron este último (SSTS 4ª de 12 marzo 2014, -rcud. 673/2013-, 16 abril 2014 -rco. 57/2013-, 24 septiembre 2014 -rco. 271/2013- o 23 mayo 2015 -rco. 286/2014-); o se recurre a un despido masivo para evitar la subrogación empresarial prevista en el art. 44 del ET (SSTS 4ª de 18 febrero 2014 -rco. 108/2013-, 17 febrero 2014 -rco. 142/2013- o 16 abril 2014 -rco. 261/2013-, entre otras). Con todo, es muy discutible que esta doctrina pueda expandirse a los despidos individuales sin causa,

con ampliación de la consecuencia de nulidad más allá de los supuestos a los que la ley reserva taxativamente esa calificación.

Desmarcándose de las tesis postuladas sobre la improcedencia o nulidad de los despidos basados en causas COVID, algún pronunciamiento de instancia (JS Barcelona nº 1, Sentencia 283/2020, de 15 diciembre), ha calificado como procedente el despido por causas económicas relacionadas con el COVID-19, considerando que la limitación contenida en el art. 2 del RDL 9/2020 no es de aplicación por ser contraria al art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea. Para esta sentencia, la normativa española, al establecer una prohibición incondicionada a una medida de readaptación empresarial de amplio reconocimiento en todas las economías de la UE y que todas las legislaciones someten a varios requisitos formales, materiales y de compensación -en cuanto que no es una causa imputable al trabajador- “no respeta esa legalidad comunitaria, de establecer un marco común de desarrollo social y económico, por lo que generando derechos subjetivos en los justiciables, merecen la protección y tutela de los órganos jurisdiccionales, como tribunales de la UE”. Con independencia del resultado que pueda deparar la eventual impugnación de esta llamativa decisión judicial, su fundamentación no es convincente. De un lado, porque no parece tan evidente -como sí lo es, en cambio, para el magistrado autor de la sentencia, hasta el punto de considerar innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial- la contradicción entre el ordenamiento interno y la normativa europea que reconoce el derecho a la libertad de empresa y, formando parte de ésta, la facultad de las empresas de acudir a medidas de reestructuración empresarial por causas justificadas. De otro lado, porque debe recordarse que el art. 2 del RDL 9/2020 no establece una prohibición absoluta de despedir o extinguir contratos que ponga en riesgo la viabilidad de las organizaciones productivas y, de paso, la supervivencia de las relaciones laborales; lo que hace es limitar la posibilidad de efectuar despidos por las mismas causas que transitoria y excepcionalmente permiten acudir a expedientes temporales de regulación de empleo generosamente financiados con recursos públicos, como alternativa a la destrucción de puestos de trabajo, correspondiendo al legislador interno, en uso de sus competencias y respetando las previsiones de derecho internacional y europeo que le vinculan, delimitar la causalidad habilitante del despido, habiendo determinado el ordenamiento español que las situaciones de dificultad empresarial ocasionadas por la pandemia de COVID-19 no revisten ese carácter justificativo dado su carácter excepcional y limitado en el tiempo.

Por cierto, también está suscitando discrepancias de pareceres la calificación de los ceses que suponen incumplimiento del compromiso de mantenimiento de empleo regulado en la disposición adicional sexta del RDL 8/2020, y ello a pesar de que la norma ha circunscrito los efectos de tal infracción al ámbito de las medidas de Seguridad Social, sin contemplar impacto alguno sobre la relación de trabajo ni sobre la calificación de la extinción determinante del incumplimiento, que será así procedente, improcedente o nula, en función de la causa alegada y, en su caso, acreditada, o de la concurrencia de alguno de los supuestos determinantes de nulidad de la decisión extintiva, con arreglo a la normativa vigente. Discrepo, por ausencia de previsión legal, de la calificación de improcedencia que algún pronunciamiento ha aplicado al cese producido por una causa no incluida entre las excepciones legales al deber de mantenimiento del empleo (SJS Bilbao nº 5, de 9 febrero 2021, considerando despido improcedente el cese de una trabajadora basado en la jubilación de su empresario, cese ocurrido un día después de haber finalizado el ERTE en el que aquélla estuvo incluida).

Para concluir estas reflexiones, cabe reiterar que tanto el radio de acción de la medida alojada en el art. 2 del RDL 9/2020 cuanto la calificación y los efectos del despido por causas COVID-19 están siendo objeto de atención e intenso debate, tanto doctrinal como judicial, y continuarán siéndolo mientras no exista una intervención legislativa que concrete las consecuencias de tales despidos, o hasta que la Sala Cuarta del TS fije su propia doctrina al respecto.