

Acerca de la calificación del despido que vulnera la pretendida “prohibición de despedir”.

Carmen Viqueira Pérez

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante

Resumen: *La sentencia aborda la debatida cuestión de la calificación que haya de merecer el despido sin causa acaecido durante el Estado de Alarma y vigente la mediáticamente denominada “prohibición de despedir” contenida en el art. 2 RDL 9/2020, cuyo alcance, como se sabe, es un semillero de cuestiones dudosas que han sido objeto de encontradas interpretaciones.*

Palabras clave: *Despido. Estado de Alarma. COVID. Improcedencia. Nulidad.*

Abstract: *The sentence addresses the debated question of the qualification that the dismissal without cause occurred during the State of Alarm and the media called “prohibition to dismiss” contained in art. 2 RDL 9/2020, which scope, as known, is a hotbed of dubious questions that have been the subject of conflicting interpretations.*

Keywords: *Dismissal. State of Alarm. COVID. Unfair. Nullity.*

I. Introducción

El conjunto de normas de emergencia que da cuerpo al denominado “escudo social” frente a los graves efectos del COVID19 viene provocando en el mercado de trabajo no se caracteriza por una meticulosa técnica legislativa. En buena medida esta deficiencia era de esperar en una regulación realizada de manera aluvional, atropelladamente y urgida por el devastador contexto de la pandemia y, desde esa perspectiva, la confusión generada en torno a no pocos aspectos de esta amplísima “legislación laboral de excepción” (y la inevitable inseguridad jurídica asociada a ella) ha de asumirse como un mal inevitable. Ello no obstante, todo apunta a que no son estas las causas que determinan la falta de concreción que caracteriza la regulación de algunos aspectos importantes cuya ambigüedad resulta a todas luces deliberada y con toda probabilidad deudora de la proyección buscada en plano mediático.

Buen ejemplo de ello es la denominada “prohibición de despedir” a la que pretendidamente daría cobijo el art. 2 RDL 9/2020, un precepto de muy deficiente factura que deliberadamente guarda silencio acerca la calificación que deba darse al despido vulnerador de la limitación que allí se establece para no destruir la expectativa de que tales despidos acabarían en el terreno de la nulidad (que es la idea a la que remite la expresión “prohibición de despedir”). Como era de esperar, el silencio a generado la correspondiente polémica y en la doctrina judicial ya pueden encontrarse fallos que califican de nulo el despido y fallos que entienden que el despido debe declararse improcedente. En esta última posición se inscribe -acertadamente, a mi juicio- la sentencia comentada que, con un completo y bien trabado argumentario, justifica la imposibilidad de anudar a estos despidos la calificación de nulidad.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona.

Fecha de la sentencia: sentencia de 10 de julio de 2020.

Tipo y número procedimiento: procedimiento de despido núm. 348/2020.

ECLI: ES:JSO:2020:2248.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Escribano Vindel.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia aborda la debatida cuestión de la calificación que haya de merecer el despido sin causa acaecido durante el Estado de Alarma y vigente la mediáticamente denominada “*prohibición de despedir*” contenida en el art. 2 RDL 9/2020, cuyo alcance, como se sabe, es un semillero de cuestiones dudosas que han sido objeto de encontradas interpretaciones.

El caso que la sentencia resuelve tiene su origen en el despido de un trabajador que venía prestando sus servicios como chofer desde 2017 al que la empresa (dedicada al comercio del mueble) notifica su decisión extintiva, alegando disminución del rendimiento, en pleno periodo de confinamiento decretado al amparo del Estado de Alarma (el 14 de abril de 2020).

El trabajador sostuvo en su demanda que la causa disciplinaria esgrimida en la comunicación de la empresa era meramente aparente, que se trataba de un despido sin causa cuya única motivación respondía al contexto socioeconómico derivado de la crisis sanitaria provocada por la pandemia del COVID19; y, en base a ello, solicitó la declaración de nulidad del despido, por entender que un acto extintivo de estas características contraviene previsiones internacionales, constitucionales y de legalidad ordinaria al incurrir en fraude de ley, abuso de derecho, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, e incumplimiento de la “*prohibición legal*” de despedir por las causas derivadas de la crisis sanitaria provocada por la pandemia.

La empresa, por su parte, no desplegó actividad probatoria alguna para tratar de demostrar el incumplimiento imputado al trabajador y reconoció en juicio la improcedencia.

IV. Posición de las partes

Partiendo de la base de que en nuestro ordenamiento jurídico la extinción del contrato de trabajo exige la concurrencia de alguna de las causas que la norma establece, entiende el trabajador que al despido sin causa debe necesariamente anudarse la declaración de nulidad porque calificarlo de improcedente implicaría admitir el desistimiento empresarial como causa válida de extinción contraviniendo así no sólo la norma interna sino también el mandato contenido en el artículo 4 del Convenio 158 OIT que señala que no se pondrá poner término a la relación de trabajo “*a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*”. A la calificación de nulidad conduciría también -a juicio del trabajador- la aplicación del régimen general previsto para el fraude de ley y el abuso de derecho en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil; así como -según parece desprenderse de los Fundamentos de Derecho de la sentencia- la infracción de la “*prohibición de despedir*” contenida en art. 2 RDL 9/2020.

La empresa, por su parte, reconoció la improcedencia de la extinción y se opuso a la declaración de nulidad del despido argumentando que la insuficiente acreditación de la causa alegada conduce a la declaración de improcedencia (no a la de nulidad) y que

tampoco podría pretenderse la declaración de nulidad por infracción del art. 2 RDL 9/2020 porque la prohibición de despedir contenida en el precepto viene referida a los despidos objetivos y, por tanto, no alcanza a los despidos disciplinarios.

V. Normativa aplicable al caso

El primer texto normativo al que se debe atender es el Convenio 158 OIT, concretamente a su artículo 4 que señala: *“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”*.

Con respecto a la calificación que el despido pueda merecer se barajan en el caso diversos preceptos del Código Civil y del ET:

- Artículo 6.3 Código Civil: *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*.
- Artículo 6.4. Código Civil: *“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”*.
- Artículo 7.2 Código Civil: *“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”*.
- Artículo 55.4 ET *“El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1.*
- Artículo 55.5 ET: *“Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

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

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

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

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

Con respecto a los efectos que hayan de anudarse al despido, ha de considerarse el artículo 56 ET *“Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.*

Finalmente, con respecto a la posibilidad de despedir durante el Estado de Alarma ha de estarse a lo señalado en el RDL 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, y en cuyo artículo 2 (bajo el título *“Medidas extraordinarias para la protección del empleo”*) se formula la denominada *“prohibición de despedir”*: *“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”.*

VI. Parte dispositiva

La sentencia, estimando la petición subsidiariamente formulada por el trabajador, declara la improcedencia del despido y concluye *“Este juzgador considera, en tanto en cuanto no exista doctrina jurisprudencial unificada, que los despidos que tengan lugar contrariando el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 deben ser declarados improcedentes, y no nulos, por las siguientes razones:*

1º Por no existir obstáculo que permita predicar la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los despidos sin causa.

2º Porque la declaración de nulidad debería reservarse para los casos más graves, expresamente previstos en la ley, especialmente relacionados con los derechos fundamentales.

3º Porque el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 no introduce una prohibición. Se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el Covid19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) de los previstos en el Real Decreto Ley 8/2020 " no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido". Y un despido sin causa es improcedente; pero no nulo.

La declaración de improcedencia producirá los efectos previstos en el art. 56 del ET, en la redacción vigente en el momento del despido, Por tanto, la empresa debe optar, en el plazo de 5 días, entre la readmisión del actor en su mismo puesto y condiciones de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir, a razón de 52,60 euros brutos diarios, o el abono de la correspondiente indemnización”.

VII. Pasajes decisivos

Sobre la vulneración del Convenio 158 OIT: *“En nuestro régimen jurídico laboral la extinción del contrato de trabajo debe responder a una justa y tasada causa, no*

admitiéndose el simple desistimiento empresarial, salvo en algunas relaciones laborales especiales. Se da cumplimiento con ello a las previsiones del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) "La declaración de improcedencia no implica acoger como causa válida de extinción de la relación laboral el desistimiento empresarial. Todo lo contrario, implica negar que la simple voluntad de la empleadora justifique el despido".

Con respecto a la calificación del despido sin causa: "Pero la calificación de un despido sin causa, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial, incluso aplicable a los despidos no comunicados por escrito, verbales o incluso tácitos, es la improcedencia. Y no la nulidad, que queda reservada para los casos más graves, con vulneración de derechos fundamentales, o relacionados con situaciones susceptibles de especial protección, para evitar, precisamente la vulneración de un derecho fundamental, el de no sufrir discriminación, previstos en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores".

Sobre la imposibilidad de declarar la nulidad del despido por fraude de ley o abuso de derecho: "Y ni el régimen general del fraude de ley, ni el del abuso de derecho, recogidos en los art. 6.4 y 7.2 del Código Civil (CC), respectivamente, imponen la declaración de nulidad del correspondiente acto jurídico. La consecuencia es la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir en el caso del fraude de ley (que para el despido implica la declaración de improcedencia al no estar justificada la extinción), y la correspondiente indemnización (en el supuesto del abuso de derecho). La nulidad sólo se contempla para los actos jurídicos contrarios a normas imperativas y/o prohibitivas, en el art. 6.3 del CC; y sólo cuando en aquellas normas no se haya previsto un efecto distinto".

Acerca de la aplicabilidad del art. 2 RDL 9/2020 a los despidos sin causa: "La transcrita disposición aplica también al despido ahora enjuiciado, aunque el mismo sea formalmente disciplinario, pues, si, como antes hemos razonado, los hechos imputados son excesivamente genéricos y no tienen el mínimo respaldo probatorio, podemos presumir que la decisión empresarial no atiende a la conducta del trabajador, sino al contexto socioeconómico en que acaece, en plena crisis por el Covid 19".

Sobre la calificación del despido que infrinja el art. 2 RDL 9/2020: "Es discutible la calificación que merecen los despidos verificados desconociendo esta previsión legal. La norma nada dice, la exposición de motivos no arroja luz sobre la anterior incógnita, y, evidentemente, no hay doctrina jurisprudencial al respecto. Deberá ser la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la que en unificación de doctrina se pronuncie en el futuro. Este juzgador considera, en tanto en cuanto no exista doctrina jurisprudencial unificada, que los despidos que tengan lugar contrariando el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 deben ser declarados improcedentes, y no nulos, por las siguientes razones:

1º Por no existir obstáculo que permita predicar la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los despidos sin causa.

2º Porque la declaración de nulidad debería reservarse para los casos más graves, expresamente previstos en la ley, especialmente relacionados con los derechos fundamentales.

3º Porque el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 no introduce una prohibición. Se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el Covid19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) de los previstos en el Real Decreto Ley 8/2020 " no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido". Y un despido sin causa es improcedente; pero no nulo".

VIII. Comentario

Como se ha señalado ya, el objeto central de la sentencia es determinar la calificación que haya de merecer el despido sin causa acaecido durante el Estado de Alarma y vigente la denominada “*prohibición de despedir*” contenida en el art. 2 RDL 9/2020, lo que obliga al juez a abordar tres cuestiones: la calificación que -con carácter general- corresponde al despido sin causa (a); a qué tipo de despidos viene referida la previsión contenida en el art. 2 RDL 9/2020 (b); y, finalmente, cuál es la calificación que ha de anudarse a los despidos que infrinjan esa previsión (c).

(a) La calificación del despido sin causa, como señala la sentencia, es una cuestión resuelta jurisprudencialmente y cerrada ya en unificación de doctrina (S.TS 29 septiembre 2014 Rcd. 3248/2013) afirmando su improcedencia. Ciertamente, la tutela que se ofrece a los despidos sin causa puede percibirse como insuficiente pero, en tanto no se produzca un cambio normativo, no creo que pueda mantenerse otra solución que la sustentada por el Tribunal Supremo, habida cuenta de que el carácter claramente cerrado de los supuestos de nulidad y la ya conocida historia del despido radicalmente nulo por fraudulento (de los años 90) excluyen la posibilidad de reconducir la calificación de este tipo de despidos a la nulidad (sobre este punto resulta muy ilustrativa la lectura de la S.TS 5 mayo 2015 -Rcd. 2659/2014-).

A este respecto, conviene tener en cuenta, además, que la mejora de la tutela que el legislador pueda articular para los despidos sin causa no pasa necesariamente por un deslizamiento de los mismos al terreno de la nulidad y que es posible articular soluciones más matizadas como puede ser atribuir la titularidad del derecho de opción al trabajador o reconocer en favor del trabajador el derecho a percibir una indemnización adicional si -como acontece en el supuesto que analiza la sentencia comentada- en el juicio se evidencia una patente ausencia de causa. Cualquiera de estas vías, a mi juicio, resultaría razonable aun cuando es preciso reconocer que esta suerte de improcedencia “*cualificada*” podría generar un aumento de litigiosidad.

(b) La cuestión relativa a si el despido del trabajador se encuentra incluido en el radio de acción del art. 2 RDL 9/2020 es un asunto más complejo porque el ámbito de aplicación de esta previsión admite cierto margen de duda. La escueta redacción del precepto indica que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción “en las que se amparan” la suspensión contractual y a la reducción de jornada previstas en los art. 22 y 23 RDL 8/2020, no pueden entenderse como “causa justificativa” de la “extinción del contrato de trabajo ni del despido”.

Aunque la literalidad del precepto no es precisamente un ejemplo de correcta técnica legislativa, un primer acercamiento induce a pensar que el sentido del precepto apunta a que las causas que posibilitan un ERTE no pueden amparar la extinción del contrato, de modo que la medida extendería sus efectos a las extinciones producidas ex art. 52.1.b y 51 ET (despido objetivo y colectivo basado en causas empresariales y fuerza mayor) no alcanzando al resto de los supuestos de extinción que enumera el art. 49 ET.

En efecto, la excepcionalidad de la norma y su carácter limitativo con respecto al poder organizativo de la empresa obligan a abordar su interpretación restrictivamente, de modo que nada impide que pueda extinguirse el contrato por cualquier otra causa de las contempladas en el art. 49 ET. Nada impide, pues, que pueda producirse la extinción por causa objetiva distinta de la contemplada en el art. 52.1.c ET, despido disciplinario o desistimiento durante el periodo de prueba, y, con mayor motivo, por causas que no penden de la decisión de la empresa como la muerte o la incapacidad. Y nada impide -conviene significarlo- que opere la extinción por fuerza mayor o por causas empresariales siempre que éstas no sean las que en pueden amparar un ERTE, ya sea por tratarse de causas empresariales ajenas a la excepcionalidad de la emergencia sanitaria (en cuyo caso no estarían “*relacionadas con el COVID19*” como exige el artículo 23 RDL 8/2020), ya sea por tratarse de una fuerza mayor que tenga su causa en pérdidas de actividad derivadas del COVID19 de modo “*indirecto*” (en cuyo caso esa ligazón no sería “*directa*” como exige el artículo 22 RDL 8/2020).

Señalado el ámbito en el que opera la limitación, no hace falta decir que, para evitar su elusión por el sencillo camino de utilizar artificiosamente mecanismos extintivos formalmente no vinculados a ella, habrá de indagarse acerca de la causa que verdaderamente sustenta la decisión extintiva. Esto es lo que hace -con acierto, a mi juicio- la sentencia comentada al afirmar que un despido formalmente disciplinario sin el más mínimo respaldo probatorio permite presumir que la decisión extintiva no responde realmente a un incumplimiento contractual del trabajador (que, por lo demás, la empresa tampoco ha formulado concretamente en la carta de despido, como requiere el ET) *“sino al contexto socioeconómico en el que acaece, en plena crisis por el COVID19”*. La sentencia ejemplifica de forma elocuente hasta qué punto esta técnica de garantía está llamada a desplegar sus efectos muy especialmente con respecto a los despidos sin causa (o con causa arbitraria) producidos en contexto COVID.

(c) Cual deba ser la calificación que corresponda a los despidos verificados transgrediendo la limitación impuesta por el art. 2 RDL 9/2020 es, como la sentencia indica, una cuestión “discutible” porque la norma únicamente señala que el despido amparado en las causas que dan lugar a la suspensión contractual o a la reducción de jornada vinculados al COVID (esto es, en las causas que dan lugar a los ERTE COVID) es un despido sin causa justificada pero no indica los efectos que han de anudarse a ello.

Si inicialmente ya había elementos para pensar que la ambigüedad del precepto no era fruto de la urgencia, las decenas de oportunidades que la copiosa “legislación laboral de excepción” ha brindado al legislador para señalar claramente si el despido que contraviene esa limitación ha de tenerse por nulo o por improcedente (la última en el reciente RDL 30/2020) no hacen sino confirmar que aquella ambigüedad es tan deliberada como deudora de la intención de no socavar el mantra mediático que presenta a esta previsión como una *“prohibición de despedir”*. Calculado o no, efecto de esta operación son las dispares interpretaciones que provoca la norma en la doctrina científica y judicial, y, claro está, la consecuente inseguridad jurídica que genera (grave siempre, pero especialmente indeseable en el incierto panorama en el que nos encontramos).

Frente a quienes mantienen que la norma constituye (y forma parte de) una legislación excepcional en la que se crea una nueva categoría de despidos “prohibidos” a los que, al amparo de esa excepcionalidad, cabría aplicar parámetros distintos de los comunes que conducirían a declarar su nulidad al amparo de la vulneración de los art. 6.3 y 6.4 CC, la sentencia, acertadamente a mi juicio, entiende que los despidos que contravienen la limitación establecida en el art. 2 RDL 9/2020 deben ser declarados improcedentes.

En efecto, no parece que la literalidad del precepto ni la Exposición de Motivos del RDL permitan concluir que la norma articule verdaderamente una prohibición de despedir sino que, más bien, conducen a pensar que su contenido no va más allá de establecer una limitación a la posibilidad de despedir por determinadas causas que, de ordinario, facultarían a la empresa para ello; de modo que a lo que el precepto alude es a la falta de potencialidad extintiva de determinadas causas de despido (que *“no se podrán entender como justificativas”* de la extinción). Partiendo de esta base, los despidos que contrarían esta limitación son despidos sin “causa justificativa”; despidos sin causa.

A los despidos sin causa se anuda -conforme a reiteradísima y pacífica jurisprudencia- la declaración de improcedencia y, como la sentencia señala, no existe motivo que conduzca a considerar que estos concretos despidos sin causa deban quedar excluidos de la aplicación de aquella doctrina jurisprudencial. Sin duda, el legislador podría haber asignado a estos despidos un diferente efecto del que comúnmente se atribuye a los despidos sin causa, pero no lo ha hecho, y, en ausencia de atribución de un efecto específico, tampoco parece que existan elementos que, en el contexto normativo y/o en la Exposición de Motivos, lleven indubitablemente a concluir que estos despidos puedan quedar excluidos del común tratamiento de los

despidos sin causa. En efecto, sin desconocer la relevancia que tienen el carácter excepcional de la situación, la especial naturaleza de toda norma de emergencia y la confesada intención del mantenimiento del empleo ya formulada en normas anteriores y en la propia EM del RDL 9/2020, a mi juicio, no existen en el conjunto sistemático en el que la previsión se inscribe razones para desvincular estos despidos del común tratamiento que al despido fraudulento se anuda en la actualidad. Partiendo de esta base, no resulta posible obviar la aplicación de aquel régimen común aplicable a los despidos sin causa y acudir al CC (art. 6.3; 6.4 y 7.2) para anudar a este despido fraudulento las consecuencias propias de la nulidad del despido.

Sentado lo anterior, escueta, pero muy claramente, la sentencia puntualiza, además, que ni aún en la hipótesis de que pudiera obviarse el tratamiento común que conduce a la declaración de improcedencia y, por ende, quedara expedito el camino para acudir a la aplicación de las reglas generales del Código Civil, procedería la declaración de nulidad del despido porque ni el fraude de ley ni el abuso de derecho imponen la declaración de nulidad del despido en tanto que, 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).

También aborda la sentencia la imposibilidad de que la declaración de nulidad venga exigida por la norma internacional (Convenio 158 OIT) 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 la voluntad del empresario pueda válidamente servir para extinguir el contrato y, por eso, la conducta empresarial es sancionada. En este sentido, conviene tener en cuenta que el Convenio 158 OIT distingue entre “*causa prohibida*” y “*causa justificada*” y -a salvo de la calificación inamovible de determinadas causas prohibidas- deja en manos del ordenamiento interno la especificación de unas y otras. En este marco, la ausencia de causa suficiente para el despido convierte en ilícita la decisión, pero los efectos que hayan de anudarse a ella los determina el ordenamiento interno que, en nuestro caso, establece un tratamiento distinto para los despidos sin justa causa (a los que anuda la declaración de improcedencia) y los despidos con causa prohibida (a los que anuda la declaración de nulidad). Plasmando este esquema, en el ET la declaración de nulidad se reserva para “*los casos más graves*” (como explicita la sentencia) en los que la causa del despido implica la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o compromete determinados derechos (con trascendencia constitucional) expresamente señalados. Excepción hecha del supuesto contenido en el art. 51 -por entrar en juego un interés colectivo preponderante- entre esas tasadas causas de nulidad no se encuentra el despido fraudulento que, desde 1993, de manera pacífica se entiende incardinado en el terreno de la improcedencia.

Así las cosas, el despido verificado transgrediendo la limitación impuesta por el art. 2 RDL 9/2020 es un despido sin causa y, por ende, a decir de la sentencia -y también en mi opinión-, es un despido “*improcedente, pero no nulo*”. La previsión que contiene el precepto lejos de constituir una “prohibición de despedir” resulta ser una limitación a la facultad de despedir por justa causa que se traduce en un encarecimiento de la extinción derivada de las causas que amparan un ERTE COVID19, a la que se anuda una indemnización de 33 días de salario frente a los 20 días de salario en los que se cifra, de ordinario, la indemnización a la que el trabajador tiene derecho.

IX. Apunte final

Se decía al comienzo que no todas las deficiencias que presenta la “legislación laboral de excepción” obedecen al adverso contexto y a la inevitable urgencia que rodea su elaboración, que es posible advertir algunas deficiencias deliberadas -con toda probabilidad deudoras de la proyección buscada en el plano mediático-, y que un

buen ejemplo de esa ambigüedad deliberada lo ofrece el art. 2 RDL 9/2020 al guardar silencio acerca la calificación que deba darse al despido vulnerador de la limitación que allí se establece para no destruir la expectativa de que tales despidos pudieran acabar en el terreno de la nulidad.

Dado que el art. 38 CE admite limitaciones en favor del derecho al trabajo (art. 35 CE) no parece que haya razón que -en el plano jurídico- impida formular la prohibición, habida cuenta de que se trataría de una prohibición de alcance limitado (tanto en su ámbito material como en el temporal) y también proporcionada (porque sus costes se socializan en gran parte). El legislador podía haber formulado esa limitación al art. 38 CE estableciendo abiertamente la nulidad de los despidos a los que el art. 2 RDL 9/2020 se refiere, pero ha optado por no hacerlo y su silencio, como era previsible, fructifica en un inconveniente panorama de encontradas interpretaciones (de las que dan cuenta algunas conocidas sentencias como JS 3 Sabadell 6 julio 2020 -que mantiene la nulidad del despido, con una argumentación muy dudosa, a mi juicio-) o la ahora comentada, que entiende que al despido ha de anudarse la improcedencia). No es posible pensar que el legislador desconociera que su falta de decisión política se desplazaría al terreno judicial provocando la dispersión interpretativa que era de esperar y que hoy proporciona una buena dosis de inseguridad jurídica en un contexto especialmente necesitado de certeza.