

## COMENTARIO A LA STSJ DEL PAÍS VASCO 4ª, DE 26 DE ENERO DE 2021 (NÚM. REC. 1583/2020)

### Despido calificado como nulo por vulneración del artículo 2 del RD-ley 9/2020

En la presente entrada se comentará, con 5 argumentos en contrario, la [STSJ del País Vasco 4ª, de 26 de enero de 2021 \(núm. rec. 1583/2020\)](#). No obstante, previamente se llevará a cabo una síntesis de los Hechos y de los Fundamentos de Derecho de dicha sentencia, con el objeto de ofrecer al lector una adecuada contextualización.

### IRUZKINA, 2021eko URTARRILAREN 26KO EUSKAL AUTONOMIA ERKIDEGOKO AUZITEGI NAGUSIAREN 4. SALAKO EPAIA (1583/2020 ERREK. ZK.) DELA ETA

#### Deusez moduan kalifikatutako kaleratzea, 9/2020 Errege Lege-dekretuaren 9.2 artikulua ezarritakoa hausteagatik

Sarrera honetan iruzkina egingo zaio, 2021eko urtarrilaren 26ko [Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 4. Salako epaiari \(1583/2020 erre. zk.\)](#). Bada, horren kontrako 5 arrazoi jasoko dira. Hala ere, alde aurretik epai horren Egitateak eta Zuzenbideko Oinarriak laburtuko dira, irakurleari epaiaren testuingurua eta nondik norakoak behar bezala aurkezteko xedearekin.

### HECHOS

—Un trabajador presta servicios en una empresa desde junio de 2016, con un salario mensual que asciende a 1679,59 euros.

—En 2018 y 2019 la empresa acreditó unas pérdidas, respectivas, de 6,9 y 10,1 miles de euros.

—Durante los 8 primeros meses de 2020 las pérdidas fueron de 44 mil euros.

—El 21 de abril de 2020 el trabajador fue despedido por causas objetivas, con efectos a partir del 6 de mayo de 2020. Concretamente, en la carta de despido se motiva el mismo, alegando una situación crítica que vendría manifestándose desde hace años, determinada por «un drástico parón económico del sector de la aeronáutica». Igualmente, se justifica el despido citando las funciones desempeñadas por el trabajador despedido, a quien inicialmente se le encomendaron las propias del ajustador para, posteriormente, ser ubicado en labores subalternas análogas a las de un ordenanza, consistentes en limpieza y pequeñas labores de reparto. Precisamente, se señala que tales funciones habrían sido externalizadas o suprimidas. La carta destaca también el descenso en las ventas experimentado entre trimestres comparables desde el segundo de 2018 al primero de 2020, factor responsable de propiciar unas pérdidas de 10.000 euros para el último ejercicio contabilizado y registrado.

—Se indemniza al trabajador despedido con 4.417 euros.

—Queda acreditado que la partida de gastos por externalización de servicios es de 32.274 euros y que la empresa tuvo la actividad parada por exclusiva causa del Covid-19 hasta el 14 de abril de 2020.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

—El Juzgado de los Social desestima la demanda interpuesta por el trabajador, en reclamación sobre despido objetivo.

—El trabajador recurre en suplicación ante el TSJ del País Vasco, alegando que existe una total vinculación entre la situación de pandemia y la causa de su despido, pues se trata de la negativa situación que ha conllevado la paralización del sector con la correspondiente caída de demanda y ventas; que la empresa así lo reconoce en la Memoria explicativa al solicitar un ERTE por causas ETOP; y que esta actuación empresarial es contraria al artículo 2 del [RD-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19](#), que prohíbe los despidos por causas objetivas que hubieran amparado medidas suspensivas o de reducción de jornada.

—El TSJ entiende que el ERTE que en su día presentó la empresa no se basaba en causas económicas, porque no consta.

—El TSJ afirma que, efectivamente, la empresa aduce para proceder al despido del trabajador causas económicas, con aportación de datos que son anteriores a la fecha del despido objetivo impugnado, comunicado el 21 de abril de 2020, con efectos a partir del 6 de mayo de 2020. Pero, acto seguido, introduce una importante matización que será clave a la hora de dictar su fallo:

«La empresa, que (...) podía tener causa económica para proceder al despido objetivo (...) con los datos del 31 de diciembre de 2019, no ha tomado esta decisión sino hasta el 21 de abril de 2020, esto es, bien entrada la crisis de la Covid-19, y pospuesto su efectividad hasta el 21 de mayo. En esta tesitura, se hace difícil comprender la razón por la que (...) [la empresa] no actuó tal causa económica antes de dicha fecha, siendo así que los datos económicos que podrían haberla avalado databan del final de diciembre anterior» (F.D. 3º).

Tal es así que el TSJ concluye que:

«La empresa, aunque podía tener causa económica, no tomó la decisión de despedir sino hasta que la situación fue aún más grave, motivada sin duda por dicha epidemia, lo que agravó aún más, como es notorio, el “drástico parón económico del sector” de la aeronáutica” que la empresa invocó en su carta de despido”» (F.D. 3º).

El TSJ con fundamento en dicha conclusión construye su primer argumento, al afirmar que:

«Es claro también que la empresa, al invocar las causas económicas indicadas, lo hizo para esquivar o evitar la aplicación de la norma que la parte demandante denuncia, esto es, esa “prohibición” de despedir del artículo 2 del [RD-ley 9/2020](#) (...). Lo que supone un auténtico fraude de ley del artículo 6.4 del [Código Civil](#), habida cuenta de esa nítida voluntad del legislador de priorizar el mantenimiento del empleo a través de la utilización de las medidas de flexibilización interna que favorecen, frente a la extinción de los contratos» (F.D. 3º).

Este primer argumento supone, en palabras del TSJ, que el despido del trabajador «no es ajustado a Derecho, pues vulnera la normativa indicada» (F.D. 3º).

A continuación, ante el silencio que mantiene el legislador en cuanto a la calificación que merecen los despidos que vulneran el artículo 2 del [RD-ley 9/2020](#), el TSJ, pese a reconocer «la existencia de un importante debate doctrinal y judicial en torno a esta cuestión», construye su segundo argumento, al entender que los despidos en fraude de ley deben ser declarados nulos. Eso sí, el TSJ circunscribe dicha premisa a la «clara voluntad legislativa de impedir los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas en esta crisis derivada de la Covid-19», no sin antes vincular también los despidos en fraude de ley «a la necesaria efectividad del derecho al trabajo del artículo 35 de la [Constitución Española](#) —en el que se inserta el derecho a no ser despedido sin justa causa—» (F.D. 3º).

Por consiguiente, a la luz de ambos argumentos, la conclusión del razonamiento del TSJ, que se convierte en su fallo, es que «se estima el recurso [del trabajador] y se declara la nulidad del despido» (F.D. 3º).

## COMENTARIO

Como se razonará a continuación, son cinco los argumentos que contravienen la interpretación realizada por la sentencia objeto de estudio.

**Primer argumento.** Conforme a la [STSJ de Madrid 4ª, de 25 de noviembre de 2020 \(núm. rec. 590/2020\)](#), «no se prevé en el [RD-ley 9/2020](#) (...) una prohibición de despido bajo sanción de nulidad por lo que, siendo un principio general de Derecho el que afirma que donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete (SSTS [12-7-18, Rec. nº 182/17](#) y [13-06-2018, Rec. nº 128/2017](#)), sobre todo, porque tampoco se ha modificado y bien podía haberlo hecho, la redacción del artículo 124 de la [LRJS](#), el despido no puede calificarse como nulo» (F.D. 5º).

**Segundo argumento.** Igualmente, la sentencia que se acaba de mencionar se fija en el término «justificativas» que utiliza el artículo 2 del [RD-ley 9/2020](#), y en la definición que, sobre esta locución, da la Real Academia de la lengua española para señalar que «la palabra “justificativa” significa que “sirve para justificar algo” y el verbo “justificar” significa, según la primera acepción de la RAE “probar algo con razones convincentes, testigos o documentos”». Entiende el TSJ de Madrid que dicha definición refuerza su opinión de no decantarse por apreciar la nulidad del despido (F.D. 5º).

Por todo ello, se concluye que, «si la causa productiva, no es justificativa del despido, esto significa que la causa productiva relacionada con el Covid-19 no lo prueba, el despido no está probado y, por lo tanto, resulta improcedente o en este caso, no ajustado a derecho. No nulo» (F.D. 5º).

**Tercer argumento.** En todo caso, no cabe olvidar que la jurisprudencia reiteradamente ha excluido la nulidad en los casos de despido sin causa o fraudulentos (por todas, SSTS 4ª, [de 2 de noviembre de 1993, núm. rec. ud. 3669/1992](#); [de 19 de enero de 1994, núm. rec. ud. 3400/1992](#); [de 15 de diciembre de 1994, núm. rec. ud. 985/1994](#); [de 30 de enero de 1995, núm. rec. ud. 1592/1994](#)); [de 2 de junio de 1995, núm. rec. ud. 3083/1994](#); [de 23 de mayo de 1996, núm. rec. ud. 2369/1995](#); [de 30 de diciembre de 1997, núm. rec. ud. 1649/1997](#); [de 29 de septiembre de 2014, núm. rec. ud.3248/2013](#)). El propio TSJ del País Vasco ha mantenido esta jurisprudencia, como puede evidenciarse en la [STSJ del País Vasco 4ª, de 3 de febrero de 2015, núm. rec. 15/2015](#).

Es más, como recoge con gran detalle la anteriormente referida [STS 4ª de 19 de enero de 1994, núm. rec. ud. 3400/1992](#) (cfr. F.D. 3º y 4º), si bien es cierto que durante la vigencia del [Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral \(TRLPL\)](#), la Sala de lo Social del Tribunal Supremo acogió la interpretación de que el despido por fraude de ley merecía la calificación de nulo, no es menos cierto que a partir del [Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral \(TALPL\)](#), la mencionada Sala abandona dicha interpretación para apostar por la improcedencia.

El abandono de la interpretación a favor de la nulidad de los despidos en fraude de ley se debe a que el [TALPL](#) acoge la finalidad perseguida por la Base 21.3 de la [Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral \(LBPL\)](#).

En efecto, conforme a dicha Base, el juez debía calificar el despido «de procedente, improcedente o nulo, de conformidad con lo dispuesto en las leyes».

Como señala la [STS 4ª de 19 de enero de 1994, núm. rec. ud. 3400/1992](#), «con el criterio hermenéutico de la interpretación histórica, esta referencia final al Derecho legislado no debe ser entendida como un mandato redundante, sino como a expresión de la voluntad del Parlamento de que se colmaran las lagunas legales existentes en la materia, que habían dado motivo a la creación jurisprudencial de calificaciones de despido (señaladamente, despido nulo radical por lesión de derechos fundamentales, y despido por fraude de ley) no previstas en la legislación precedente» (F.D. 4º).

Por consiguiente, el artículo 108 del [TALPL](#), respondiendo a esa finalidad de la [LBPL](#), introdujo nuevas figuras de despido nulo en una lista de cinco supuestos, y reservó para los casos restantes la calificación de despido improcedente. Concretamente, el despido por fraude de ley no se contempló entre los cinco supuestos mencionados, por lo que es evidente que la voluntad del legislador fue no conservar «la figura de cuño jurisprudencial de despido nulo por fraude de ley».

Así, en la actualidad, la nulidad del despido debe obedecer única y exclusivamente a los supuestos contemplados expresamente en el artículo 55.5 del [TRLET](#) y en el artículo 124.11 de la [LRJS](#), entre los que no se encuentra el fraude de ley.

**Cuarto argumento.** En alguna sentencia, como sucede con la [SJS núm. 6 de Oviedo, de 22 de octubre de 2020 \(núm. rec. 305/2020\)](#), se ha querido excepcionar lo antedicho recurriendo a la situación específica provocada por la pandemia de la Covid-19. De este modo, en dicha sentencia se ha entendido que la extinción injustificada del contrato provoca, a la luz del artículo 2 [RD-ley 9/2020](#), la declaración de nulidad, «ya que no otra consecuencia puede conllevar la infracción de la prohibición establecida, ya que caso de considerarse improcedente el despido en ese caso, la relación laboral podría extinguirse unilateralmente por voluntad empresarial en virtud del derecho de opción, con lo cual la prohibición quedaría en una mera declaración de intenciones» (F.D. 1º).

Sin embargo, en verdad, no estamos ante una prohibición porque el despido puede llevarse a cabo en todo caso. Cosa distinta es la consecuencia de que el despido se lleve a cabo sin justificación, como se ha señalado *supra*.

**Quinto argumento.** Incluso podría haberse declarado la procedencia del despido en cuestión, siguiendo el criterio fijado por la [SJS núm. 31 de Barcelona, de 5 de febrero de 2021 \(núm. rec. 59/2021\)](#), que, sin duda, constituye el contrapunto de la [STSJ del País Vasco 4ª, de 26 de enero de 2021 \(núm. rec. 1583/2020\)](#) aquí comentada.

En efecto, de acuerdo con dicho criterio, si bien parece clara la aplicación del artículo 2 del [RD-ley 9/2020](#) «cuando se trata de empresas que funcionaban con resultados positivos y justamente por el Covid-19 los ven perjudicados de forma súbita y notable, no lo será cuando (...) en el contexto prepandémico, la mercantil podría perfectamente haber acudido a una extinción por causas objetivas basada en las pérdidas progresivamente superiores» (F.D. 5º).

Precisamente, por ello, y con clara alusión al principio de conservación del negocio jurídico que informa todo el Derecho del Trabajo, la [SJS núm. 31 de Barcelona, de 5 de febrero de 2021 \(núm. rec. 59/2021\)](#) se plantea una situación que contraviene el fraude de ley apreciado por la [STSJ del País Vasco 4ª, de 26 de enero de 2021 \(núm. rec. 1583/2020\)](#) aquí comentada.

Concretamente, se plantea «si unas extinciones que hubieran sido procedentes en febrero de 2019 deben ser calificadas como despidos improcedentes porque la empresa hubiese tratado hasta marzo de 2020 de mantener su actividad (y con ello el empleo de los actores) hasta que, afectada de forma tan notoria como inevitable por las consecuencias de la crisis sanitaria (...) acuerda las extinciones».

Acto seguido, se ofrece la respuesta a dicho planteamiento, al afirmar que «ello supondría sancionar con la improcedencia el intento de continuar con la actividad pese a las pérdidas y el haber sufrido además el impacto del Covid-19 en su actividad» (F.D. 5º).

### **Francisco Javier Arrieta Idiakez**

Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Deusto

Vocal de la Junta Directiva de la Academia Vasca de Derecho