



Roj: **STS 4658/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4658**

Id Cendoj: **28079140012022100873**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2022**

Nº de Recurso: **3594/2021**

Nº de Resolución: **955/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3594/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Alfonso Lozano De Benito

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 955/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D.^a María Luz García Paredes

En Madrid, a 13 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil BULTZ SL, representada y asistida por el letrado D. Eduardo Irure Lazcano-Iturburu, contra la sentencia dictada el 22 de junio de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 1158/2021, formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de San Sebastián, de fecha 10 de marzo de 2021, autos núm. 635/2020, que resolvió la demanda sobre Despido Disciplinario interpuesta por D. Damaso, frente a BULTZ SL.

Ha comparecido en concepto de parte recurrida D. Damaso representado y asistido por el letrado D. José Manuel Gandásegui Agorreta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de marzo de 2017 el Juzgado de lo Social núm. 5 de San Sebastián dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" *PRIMERO.* - La parte demandante Damaso viene prestando sus servicios para la empresa demandada BULTZ SL con las siguientes circunstancias socio-profesionales:

Antigüedad: 1/1/2016

Salario: 3.444,10€ mes con inclusión de la prorrata de pagas extras

Categoría profesional: técnico comercial

SEGUNDO.- La parte demandante fue despedida por la empresa demandada al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) del ET, por las causas que constan en la comunicación escrita, y que consta en autos, y que en cuanto a su contenido, aquí se debe tener por reproducido.

En la carta se indica que la empresa se veía en la necesidad de amortizar el puesto de trabajo de la demandante, dado que en la zona de su actuación comercial se constata que el porcentaje de facturación en dicha zona ha disminuido respecto al año pasado en un 46,4% ya que las ventas hasta octubre de 2019 fueron de 2.001,099€ y este 2020 respecto al mismo periodo la facturación había sido de 1.011,95€.

En la carta de despido se indicaba también que simultáneamente a la entrega de la carta, se le hacía entrega de la indemnización legal que en este caso ascendía a la cantidad de 10.210,59€

TERCERO.- La empresa demandada ha comparecido a los actos de conciliación y juicio, y de forma contradictoria en el juicio a pesar de que en conclusiones a reconocido la improcedencia del despido oponiéndose a la nulidad del mismo, alude sin concretar a que concurren causas subjetivas para proceder al despido, y que la empresa tiene 18 empleados y que concurre la causa económica aludida en el acto del juicio.

CUARTO. - Se ha acreditado el intento de conciliación administrativa previo.

QUINTO.- La parte demandante no ostenta la condición de representante de los trabajadores".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

"Que debo estimar parcialmente la demanda promovida por Damaso y declarando su despido como improcedente, condeno a la demandada BULTZ SL, a que opte en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entre la readmisión del demandante o el abono de la indemnización de 18.626,3€, de la que habrá que descontar la indemnización ya percibida de 10.210,59€, con pago, en el caso de que opte por la readmisión, de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la notificación de la sentencia".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Damaso ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 22 de junio de 2021, en la que consta el siguiente fallo:

"Que **estimamos** el recurso de suplicación formulado en nombre de don Damaso contra la sentencia de fecha diez de marzo de dos mil veinte, dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Donostia-San Sebastián, en los autos 635/2020 seguidos ante el mismo y en los que también es parte Bultz, S.L., el Fondo de Garantía Salarial y el Ministerio Fiscal.

En su consecuencia, **revocamos parcialmente** la misma y declaramos nulo el despido enjuiciado, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que readmita al demandante en idénticas condiciones laborales a las que regían antes de su despido objetivo, debiendo abonarle los salarios de tramitación mediante entre tal despido y el momento en que la readmisión tenga lugar, a razón de 3.444,10 euros brutos mensuales y debiendo devolver el trabajador la indemnización percibida por tal despido, caso de firmeza de esta sentencia.

Cada parte deberá abonar las costas del recurso que hayan sido causadas a su instancia".

TERCERO.- Por la representación de BULTZ SL se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de fecha 26 de marzo de 2021 (R. 300/2021).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala se procedió a admitir 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.

Por el letrado D. José Manuel Gandásegui Agorreta en representación de la parte recurrida, D. Damaso se presentó escrito de impugnación, y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 13 de diciembre de 2022, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- 1.- La cuestión a decidir en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si el despido objetivo de un trabajador, con fundamento en las circunstancias excepcionales derivadas de la COVID 19 y la declaración del estado de alarma, debe ser calificado de nulo o improcedente en interpretación del art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 de 27 de marzo por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19.

2.- La sentencia de instancia, del Juzgado de lo Social nº. 5 de Donostia, estimó parcialmente la demanda formulada por el trabajador y declaró el despido improcedente. La sentencia aquí recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 22 de junio de 2021, Rec. 1158/2021, estimó el recurso de suplicación formulado por el trabajador y declaró el despido nulo.

Consta que el actor prestaba servicios para la empresa demandada BULTZ SL como técnico comercial y fue despedido al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) del ET por la necesidad de amortizar su puesto de trabajo alegando la empresa que en la zona de su actuación comercial el porcentaje de facturación había disminuido respecto al año pasado en un 46,4%, ya que las ventas hasta octubre de 2019 fueron de 2.001,099 euros, y en 2020 respecto al mismo periodo la facturación había sido de 1.011,95 euros. En el acto del juicio la empresa reconoció la improcedencia del despido, oponiéndose a la nulidad.

La sentencia recurrida considera que, aunque no se menciona la palabra COVID o pandemia, estamos en presencia de un despido objetivo que la empresa instrumentaliza alegando una causa económica relacionada con la pandemia, pues se basa en una comparativa de ventas de concreta zona que abarca los tres trimestres del año 2020 en relación con el año 2019 y luego alude a una merma en ventas en la cuenta de resultados de la empresa. En el primer caso, la merma se aduce que supone una reducción del 48 por ciento y en el segundo, del 18. Por ello, considera que es en el contexto de "legislación de la pandemia" donde debe interpretarse el artículo 2, que se dictó con la finalidad de actuar frente a una situación inédita, imprevisible tanto en su origen como en su desarrollo y que es muy clara en ese contexto la intención de legislador: excepcionar temporalmente las posibilidades ordinarias extintivas previstas en el Estatuto de los Trabajadores, debiendo respetarse lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Real Decreto Ley 8/2020 en todo caso y acudir a los ERTES allí regulados si se producen las causas de fuerza mayor, económicas, organizativas, productivas o técnicas previstas en la Ley cuando tengan relación con la pandemia. Y esa prohibición de usar esas causas en estos casos se ha aclarado por el legislador tanto en el Real Decreto Ley 9/20 como luego en la Ley 3/2021, haciendo expresa manifestación de ello (interpretación auténtica) en el artículo 2 ambos textos, continuando después con más medidas de contención de la pérdida del empleo, de forma que a la crisis no se sumen más extinciones de contratos de trabajo que aquellas que sean ajenas a ella. Y así concluye que el engarce entre el mantenimiento del empleo y la resolución irregular del contrato de trabajo por un acto unilateral del empresario conduce a la declaración de nulidad de la decisión extintiva y a la correspondiente restitución " *ad integrum*" del vínculo laboral.

3.- El presente recurso ha sido formulado por la representación letrada de la entidad demandada que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207.e) LRJS, denuncia básicamente, infracción de lo dispuesto en el artículo 2 del 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.

El recurso ha sido impugnado de contrario e informado por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerarlo procedente.

SEGUNDO.- 1.- Para acreditar la preceptiva contradicción, se ha seleccionado como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo social del el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León -sede de Valladolid- de fecha 26 de marzo de 2021 (R. 300/21), en Diligencia de Ordenación de fecha 13/01/2022, por no haber efectuado la parte manifestación alguna al requerimiento de esta Sala.

En este caso, la empresa demandada despidió al actor, técnico de sistemas informáticos, el 8 de mayo de 2020 por "la imposibilidad de ofrecerle ocupación efectiva como consecuencia del parón en la actividad económica y empresarial de nuestro país que ha provocado suspensiones y cancelaciones en los contratos con clientes y, además una drástica disminución de nuevos encargos de servicios y trabajos desde hace varias semanas". La carta de despido, a continuación, reconocía la improcedencia. El actor interpuso demanda reclamando la nulidad del despido y la sentencia de instancia la desestimó. Recurrida en suplicación, la Sentencia referencial confirmó el pronunciamiento de instancia razonando que, si el legislador excepcional hubiera querido aparejar al incumplimiento de la prohibición de despedir que incorpora, la declaración de nulidad, lo habría expresado así, pero la norma solo establece como consecuencia jurídica, caso de incumplimiento, su carácter injustificado, lo que nos sitúa ante un despido improcedente, no nulo. A ello añade que nuestro ordenamiento jurídico no consagra la categoría del despido nulo por falta de causa, ni siquiera por concurrir fraude de ley, sino que la calificación que impone es la de la improcedencia del despido (ex arts. 55 del ET y 108



y 122 de la LRJS), quedando reservada la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico a despidos con vulneración de los derechos fundamentales, o relacionados con las situaciones susceptibles de especial protección para evitar, cabalmente, la vulneración de un derecho fundamental (art. 55.5 ET).

2.- Entre las sentencias comparadas se da la necesaria contradicción exigida por el artículo 219 LRJS, porque estando ante dos despidos que tienen lugar en el contexto de la pandemia generada por el COVID y en los que la empresa reconoce la improcedencia (en un caso en la carta y en el otro en el acto del juicio), sin embargo, en el caso de autos la Sala considera que la consecuencia debe ser la nulidad y en el de contraste la improcedencia, dando interpretaciones opuestas al artículo 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se proponen medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid 19, que era el que se denunciaba por cada uno de los trabajadores demandantes como infringido.

TERCERO.- 1.- La cuestión suscitada en el presente recurso ha sido recientemente resuelta por el pleno de esta Sala en su STS de 19 de octubre de 2022, Rjud. 2206/2021, a cuya doctrina que declara la improcedencia de estos despidos debemos estar por elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley y, evidentemente, por considerar que la solución allí contenida es la que expresa la correcta interpretación del precepto vulnerado que debe, por tanto, aplicarse al supuesto presente.

2.- En efecto, en dicha sentencia, el pleno de la Sala consideró de forma unánime que el despido que, desconociendo la previsión contenida en el artículo 2 del RDL 9/2020 de 27 de marzo, se fundamenta en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ligadas directamente a las consecuencias de la pandemia derivada del COVID 19, debe ser calificado como improcedente y no como nulo. Las razones que sustentan dicha conclusión están ampliamente expuestas en la referida sentencia del pleno de esta Sala y pueden resumirse del siguiente modo:

En primer lugar, el tenor literal del artículo 2 del RDL 9/2020 de 27 de marzo establece que las referidas causas ligadas a las consecuencias de la pandemia no podrán considerarse justificativas de extinciones o despidos. En efecto, la norma en cuestión establece directamente que "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 o del despido". La letra de la norma 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. Por lo tanto, si el empleador activa una extinción por causa imposible lo que surge es un despido acausal. Los despidos sin causa justificada, con arreglo a la ley y a nuestra doctrina, son reconducibles a la calificación como improcedentes.

En segundo lugar, las normas de emergencia dictadas para paliar los efectos de la pandemia, en ningún caso aluden a la calificación que debe comportar una extinción contractual que pueda entenderse como falta de causa por mandato del artículo 2 del RDL 9/2020. Lo que contiene la norma en cuestión 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 puede 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, al entender que éstas deberán constituir el fundamento adecuado para que se adopten medidas suspensivas, pero no extintivas. De ahí que nuestra jurisprudencia insista en la expuesta doctrina conforme a la cual la cautela del artículo 2 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 (Por todas: STS de 16 de marzo de 2022, Rec. 265/2021).

En tercer lugar, nuestra jurisprudencia viene reiterando que el despido sólo es nulo en los supuestos determinados por el legislador y que, por tanto, el despido fraudulento solo es nulo si lo ha previsto el legislador, lo que no ocurre en el supuesto derivado del reiterado artículo 2 RDL 9/2020. En efecto, hemos afirmado con reiteración que a partir de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 1989 es inexistente la figura del despido nulo por fraude de ley, llegando invariablemente a la conclusión de que en aquellos supuestos en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el art. 52.d) ET el despido con causa inexistente o no prevista en la ley merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo. Así, 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.



De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, no modificado en este punto en el texto refundido de 1995, ni en la vigente LRJS, el art. 108.2 LRJS "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 [SSTS de 2- de noviembre de (Rcud. 3669/1992), de 19 de enero de 1994 (Rcud. 3400/1992), de 23 de mayo de 1996 (Rcud 2369/1995) y de 30 de diciembre de 1997 (Rcud. 1649/1997), de 22 de enero de 2008 (Rcud. 3995/2006), de 27 de enero de 2009 (Rcud. 602/2008) y de 22 de noviembre de 2007 (Rcud. 3907/2006); de 29 septiembre de 2014 (Rcud. 3248/2013), de 5 de mayo de 2015 (Rcud. 2659/2013); de 29 noviembre de 2017 (Rcud. 1326/2015), entre muchas otras]. En todas ellas, se concluye que cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido, la consecuencia aplicable es la de improcedencia del despido, y no la de nulidad del mismo.

3.- El cumplimiento cabal de lo preceptuado en el artículo 2 del RDL 9/2020 es muy simple ya que comporta que las causas ETOP o de fuerza mayor que posibilitaban la suspensión contractual a través del ERTE carecen de virtualidad extintiva.

En efecto, 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). 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, cuestión esta última que aquí ni siquiera se ha planteado.

CUARTO.- La aplicación de la expuesta doctrina al supuesto que examinamos debe comportar, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, la estimación del recurso, dado que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia de contraste, con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida; para resolver el debate en suplicación desestimando el de tal clase y declarando la firmeza de la sentencia de instancia. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, la Sala no efectuará pronunciamiento alguno sobre costas; sí, en cambio, debe acordarse la devolución del depósito y de las consignaciones efectuadas para recurrir (artículo 228.2 LRJS)

FALLO

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

- 1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la mercantil BULTZ SL, representada y asistida por el letrado D. Eduardo Irure Lazcano-Iturburu.
- 2.- Casar y anular la sentencia dictada el 22 de junio de 2021 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación núm. 1158/2021.
- 3.- Resolver el debate en suplicación, desestimando el de tal clase y, al efecto, declarar la firmeza de la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de San Sebastián, de fecha 10 de marzo de 2021, autos núm. 635/2020, que resolvió la demanda sobre despido interpuesta por D. Damaso , frente a BULTZ SL.
- 4.- Ordenar la devolución del depósito y consignaciones efectuadas para recurrir.
- 5.- No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

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



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ