

## LA PRETENDIDA “PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL” EN TIEMPOS DE COVID19: “VICIOS” DE UNA “LEGALIDAD (ADMINISTRATIVA) SIN DERECHO”

THE SEARCHED “PROHIBITION OF EMPLOYMENT LABOR” IN THE TIME OF COVID19: “VICIOS” OF A “LEGALITY (ADMINISTRATIVE) WITHOUT LAW”

---

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad de Jaén*

*ORCID [0000-0001-8830-6941](https://orcid.org/0000-0001-8830-6941)*

*Recepción de trabajo: 00-08-2020-Aceptación: 00-09-2020*

■ I. INTRODUCCIÓN: “LLUEVE SOBRE MOJADO” PARA UNA NUEVA RETÓRICA DEL DESPIDO SIN JUSTA CAUSA ■ II. LO QUE DE DICE LA NORMA, PESE A LO QUE QUERRÍA SU AUTOR: PROHIBIR TEMPORALMENTE ¿LAGUNA LEGAL O SILENCIO ELOCUENTE? 1.1. La pretendida prohibición de “despido por absentismo” siembra un precedente “de retórica jurídica perversa” 1.2. “Tropezando dos veces...”: ¿Si el Gobierno quiere prohibir el despido por causas ligadas a la covid19 porque no lo escribe con palabra de ley? 1.3. Una mirada comparada clarificadora: ¿Por qué la legislación argentina sí sabe formular técnicamente una prohibición y no la legislación española? ■ III. EL DESPIDO POR CAUSAS VINCULADAS A LA COVID19: ¿DESPIDO SIN CAUSA JUSTA O CON CAUSA PROHIBIDA? ■ IV. EL DESPIDO FRAUDULENTO SE SANCIONA CON IMPROCEDENCIA, NO NULIDAD, SALVO EL COLECTIVO: LAS PERIÓDICAS “REBELDÍAS” DE LA INSTANCIA SOFOCADAS, HASTA AHORA, POR LA JURISPRUDENCIA. ■ V. ¿CUÁNDO ENTRA EN VIGOR UN RDL, CON SU PUBLICACIÓN EN EL BOE O CON SU DIFUSIÓN MEDIÁTICA TRAS APROBACIÓN GUBERNATIVA? VI. REFLEXIÓN FINAL: ¿LA RETÓRICA VOLUNTARISTA DEL LEGISLADOR ES PER SE LA LEY, AL REVELAR SU ESPÍRITU FRENTE A LA LETRA?

## RESUMEN

En España, el artículo 2 del Real Decreto-ley 2/2020, 27 de marzo suscita un grave problema interpretativo. Aunque el Gobierno parece buscar una prohibición del despido de las personas trabajadoras por causa de la crisis derivada de la covid19, en el texto legal no queda nada claro que se trate de un despido con causa prohibida y, por lo tanto, no conllevaría la nulidad del despido, sino solo una indemnización de despido (el coste de la arbitrariedad empresarial). Los primeros pronunciamientos judiciales han asumido que sí existe esa causa de nulidad. Sin embargo, los razonamientos dador para llegar a tan conflictiva solución son extremadamente parcos y débiles, por lo que es muy probable que esas decisiones sean revocadas por las instancias judiciales superiores. En todo caso, el precio de esta legislación defectuosa es el incremento extremo de la inseguridad jurídica, en un sistema jurídico cada vez más estresado.

**PALABRAS CLAVE:** prohibición de despido; leyes laborales covid19; activismo judicial; despido nulo

## ABSTRACT

In Spain, article 2 of Royal Decree-Law 2/2020, March 27, raises a serious legal interpretative problem. Although the Spanish Government seems to be seeking a prohibition against the dismissal of workers due to the crisis stemming from the covid19, in the legal text it is not at all clear that it is a dismissal with a prohibited cause and, therefore, would not entail the nullity of dismissal, but only severance pay (the cost of business arbitrariness). The first judicial cases have assumed that there is such a cause for annulment. However, the reasoning given to reach such a conflictive solution is extremely weak, technically not very rigorous, so it is highly likely that these decisions will be reversed by the higher judicial instances. In any case, the price of this defective legislation is the extreme increase in legal insecurity, in an increasingly stressed legal system.

**KEYWORDS:** prohibition of dismissal; labor laws covid19; judicial activism; null dismissal

## I. INTRODUCCIÓN: "LLUEVE SOBRE MOJADO" PARA UNA NUEVA RETÓRICA DEL DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Frente al ideal racional del Derecho Civil clásico, dirigido a proteger utilidades de tipo individual sobre la base de la exigencia de responsabilidad también individual, el ideal (lo que no quiere decir que siempre esté en la realidad) del Derecho Social del Trabajo implica la adopción de soluciones jurídicas (legislativas y convencionales) que supongan una equilibrada distribución de los beneficios (ventajas) y costes (riesgos) entre ambas partes de las relaciones de trabajo<sup>1</sup>. La preferencia de protección del interés social subyacente a la toma de decisiones legislativas en este ámbito atiende, aun de forma transaccional, tanto los intereses (y puntos de vista) de una parte cuanto los intereses y puestos de vista de la otra, representados. De ahí que sus normas sean más proclives a adoptar formas de acuerdo de compromiso, de transacciones mutuas, que imposiciones de autoridad, salvo las normas de mínimos (normas imperativas, orden público social), en aras de las exigencias de protección del contratante débil frente a las tentaciones de uso arbitrario de los poderes de los sujetos más fuertes<sup>2</sup>.

Como es lógico, esta necesidad de equilibrio es más visible, también más difícil, allí donde más delicado es el momento de la relación de trabajo, en el extintivo. La cuestión del cese, en especial por razones de interés empresarial, esto es, del despido, confronta no solo intereses legítimos de ambas partes, sino incluso derechos de rango hoy no solo constitucional sino fundamental, sobre todo si se atiende a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE): la libertad-interés de la empresa a disponer solo de las personas necesarias en cada momento para la rentabilidad de su proyecto o negocio empresarial, sin asumir los costes derivados ni de excedente ni de la ausencia del personal más competente, de un lado; el derecho-interés legítimo de las personas trabajadoras a no ser penalizadas ni por decisiones arbitrarias de las empresas, ni aún menos por circunstancias estrictamente personales de las que no son responsables. De ahí la necesidad de un modelo de estabilidad (seguridad en el empleo ex art. 35 CE) que, sin impedir (prohibir), ni obstaculizar, a las empresas las decisiones exigibles de reajuste de plantillas que precise en cada tiempo, presuponga siempre una "causa justificada".

Naturalmente, el problema derivará a la hora de alcanzar el conveniente acuerdo sobre cuáles son esas causas justificadas (la "justa causa", típica del lenguaje clásico de la legislación laboral en la materia, en la que subyacía no solo una dimensión económica, sino también ético-social, depurada con el eufemismo de "improcedente"), así como, en coherencia, sobre los efectos (análisis costes-garantías) de los ceses realizados fuera de esas causas justificadas (los costes de la arbitrariedad)<sup>3</sup>. Prueba de ello es

1 Vid. EWALD, F. "Le droit du travail: unelegalite sans droit", *Droit Social*, 11, 1985 pp. 723 y ss.

2 Vid. FERRAJOLI, L. *Derecho y garantías. La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 15 y ss.

3 Vid. GORELI HERNÁNDEZ, J. *El coste económico del despido o el coste de la arbitrariedad: un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, CARL, Sevilla, 2010; GIMENO DÍAZ DE ATAUR, P. *el coste del despido y otras formas de terminación de trabajo por iniciativa empresarial: un análisis jurídico y económico*, Lex Nova, Valladolid, 2014.

## LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

que, mientras el Gobierno deshojaba la margarita, en la fase inmediatamente anterior a la tragedia de la covid19, de la derogación de la reforma laboral de 2012, decidió actuar con una cirugía parcial, a golpe de autoridad gubernativa, sin abrir el diálogo social, menos ensayar un acuerdo con la patronal (bajo el lema falaz "la salud no se negocia, porque es un derecho fundamental"), derogando el —ya devenido muy conflictivo en los Tribunales— art. 52 d) ET (el despido por absentismo). La decisión gubernativa acaba de ser reafirmada por el Parlamento (Ley 1/2020,15 de julio) , sin modificar ni una coma de una regulación que, sin embargo, no era clara, pese a su aparente sencillez, dadas sus deficiencias técnicas<sup>4</sup>.

Pocos podíamos sospechar que, en ese momento, se iniciaba una nueva retórica de política legislativa, que hallaría una nueva y relevante continuidad, ahora extensiva, en la legislación de emergencia sanitaria dictada para levantar el célebre "escudo social" frente a los efectos económico-laborales de la pandemia de covid19. ¿En qué consiste esta suerte de nuevo arte persuasivo-disuasorio de despidos (ceses en general) carentes de causas de justificación para el nuevo Gobierno, desde el intento de recuperación del principio tuitivo el Derecho del Trabajo (*labor-friendly*), frente al liberal-productivista de la reforma de 20120 ("business-friendly")? Básicamente consiste en comunicar que se adoptan "prohibiciones de despido", por lo tanto, potencialmente "sancionables" con nulidad, pero formalizar, en el redactado finalmente publicado en el BOE, solo "causas injustificadas" de cese. De este modo, en una deliberada ambigüedad política, el textolegal queda abierto a las más variadas interpretaciones en las múltiples sedes judiciales.

Pero ¿con qué fin se adopta esta técnica legislativa tan queridamente ambigua? ¿No es algo maquiavélica? ¿No introduce un factor de inseguridad añadida a un sistema ya suficientemente estresado, si no colapsado, al hacer de la alta imprevisibilidad actual de las decisiones judiciales en un sistema multinivel, más conflictivo que dialógico, un complemento de la norma legislada para que adquiera sentido práctico? ¿La expectativa de proteccionismo máximo que crea en una parte del mundo del trabajo no puede ir en contra de las expectativas de la otra, devaluando la confianza en el sistema? Cierto, más preguntas que, de momento, respuestas. Pero no constituyen ninguna expresión propia del razonamiento en el vacío ni de la pura especulación doctrina, sino la conclusión de un análisis mucho más extenso y profundo de la entera legislación, realizada en aluvión, de forma atropellada y excepcional para un tiempo de trágica pandemia, cuya aplicación hasta el momento, primero por la autoridad gubernativa ("decisiones de ventanillas o de despachos administrativos"), y ahora judiciales, vendrían a confirmar lo desvelado.

Las decenas (ya en sí una profunda anomalía jurídica y socio-económica) de leyes de autoridad gubernativa que conforman esta "legislación socio-laboral de excepción" frente a la emergencia sanitaria, para algunos analistas prelude de un "nuevo Derecho del Trabajo" (más robusto, valiente "osado e irreverente" con el poder capitalista -A. Baylos, F. Trillo, etc.), para mí una auténtica devaluación del Derecho del Trabajo a mera "legalidad (administrativa) sin Derecho —razón jurídica—" (hace de la legitimidad de sus fines sociales excusa para todo déficit de técnico-legal), comparten una característica:

4 Vid. GÓMEZ SALADO, M.A. "El Real Decreto-ley 4/2020, 18 de febrero: una medida laboral urgente para garantizar el cumplimiento de los compromisos europeos, la seguridad jurídica y la protección de los colectivos más vulnerables", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 446, 2020, pp. 79 y ss.

## LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

sus redactados son tan imprecisos, ambiguos y confusos que requieren de un constante actuar de autoridad complementario, para tener sentido práctico. En otros términos, de una forma que evoca los modelos de intervencionismos administrativos de otro tiempo (más autoritarios), la publicación en el BOE de una norma no permite conocer la regla a aplicar para la vida de las relaciones de trabajo que ordenan, sino que precisan estar atentos a un sinfín de "otros boletines", administrativos, no normativos (Dirección General de Trabajo —DGT—, Tesorería General de la Seguridad Social —TGSS—, Criterios de la ITSS, etc.), en los que, periódicamente, se actualiza, el sentir, la voluntad práctica, del autor de la norma legal. Criterios que, por supuesto, pueden estar sujetos a cambios y, muy frecuentemente, los experimentan, añadiendo nebulosidad, incluso tenebrismo a un sistema muy inestable y presionado ya, por lo que precisaría lo contrario, seguridad.

Sin entrar ahora en más concreción, pues no es esa la dimensión que ahora busco tratar en este estudio de este problema más general, podría traerse a colación, para una significativa ilustración de lo que se quiere afirmar aquí, tanto la evolución del concepto sobre "fuerza mayor parcial" (concepto tan abierto en la norma legal que queda al albur tanto de la DGT en su presupuesto como de la TGSS en sus efectos, sobre todo relativos al beneficio excepcional de la exención de cuotas sociales, cada vez más parciales) como la propia decantación de la protección social de ciertos colectivos, como la prestación de cese extraordinaria, sucesivamente reformada, a menudo, "a golpe de tuit"<sup>5</sup>. Pero no es este, decía, el tema que pretendo analizar aquí, sino, como apunté más arriba, el más incierto aún, a mi juicio, de si existe o no, en nuestra legislación socio-laboral excepcional de emergencia, una auténtica prohibición de despedir (de cese en general) ex art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo y si, en consecuencia, la sanción por su incumplimiento es la nulidad o si, por el contrario, tan solo cabría calificarlo de improcedencia.

Por supuesto, una vez más, mi reflexión no se conducirá únicamente por la senda del razonamiento doctrinal estrictamente teórico, sin negar su extraordinario valor a fin de comprender con más seguridad un orden jurídico laboral cada vez más ensombrecido y vaporoso, sino que encontrará referentes prácticos judiciales. En efecto, como se sabe, pues ha tenido una repercusión mediática muy considerable, el Gobierno ya ha hallado, en la primera ocasión, esa decisión judicial que buscaba, o en la que confiaba, para dar sentido práctico a una regla prohibitiva de despedir que, sin embargo, no se ha atrevido —pese a que ha tenido decenas de oportunidades— a formular claramente de ese modo, como sí han hecho otras legislaciones comparadas. Este juego a la ambigüedad, con una íntima esperanza —y deseo— de encontrar una suficiente secuencia judicial que termine y clarifique lo que la norma no dice, pero sí querría decir la voluntad de su autor, es el que habría aceptado la —a mi juicio, profundamente errada, carne de suplicación social— *Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) n. 3 de Sabadell, 93/2020, 6 de julio*.

---

5 Eje. BELTRÁN DE HEREDIA, I. "ERTE y fuerza mayor parcial: valoración crítica de los criterios interpretativos de la Dirección General de Trabajo". <https://ignasibeltran.com/2020/06/01/erte-y-fuerza-mayor-parcial-valoracion-critica-de-los-criterios-interpretativos-de-la-direccion-general-de-trabajo/>. Más ampliamente, el autor en "COVID-19: Caminando en la niebla y el derecho laboral de la excepción". <https://ignasibeltran.com/2020/06/04/covid-19-caminando-en-la-niebla-y-el-derecho-laboral-de-la-excepcion-ponencia/>. Para más detalle MOLINA NAVARRETE, C. "Tormenta sociolaboral perfecta" y "encomiendas a santa Bárbara": la Seguridad Social ¿bala mágica frente al riesgo de COVID19?, Editorial número 447, junio 2020, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, pp. 5 y ss.

## II. LO QUE DICE LA NORMA, PESE A LO QUE QUERRÍA SU AUTOR: PROHIBIR TEMPORALMENTE ¿LAGUNA LEGAL O SILENCIO ELOCUENTE?

### 2.1 La pretendida prohibición de "despido por absentismo" siembra un precedente "de retórica jurídica perversa"

Aunque es bien conocido que el primer —que no el único ni el más determinante— criterio hermenéutico es atender al sentido propio de las palabras expresadas por la ley para formular una norma, no soy proclive a recoger, en un estudio científico-jurídico, los redactados literales de las normas. La labor interpretativa no es la de saber leer, sino la de comprender el sentido de las palabras en su conjunto sistemático y para la realidad a la que deben ser aplicadas convertidas en regla práctica. Ahora bien, puesto que aquí la redacción jurídica es muy importante para identificar el verdadero alcance de la ley no entiendo ocioso recordar brevemente los redactados más significativos. También se hará en este apartado un análisis comparado, trayendo a colación otra ley nacional que, como la argentina, buscaría lo mismo que la legislación española, pero lo habría dicho de un modo inequívoco, sin perjuicio de que su aplicación judicial se está revelando amplia, precisamente por el alto grado de incumplimiento de la prohibición legal —aquí sí, por lo que se dirá—. La comparación de unos textos y otros será un criterio útil para despejar, a mi juicio, las dudas sobre lo que dice realmente el art. 2 del RDL 9/2020, sin la grandilocuente y solemne retórica oficialista con la que se la ha querido envolver.

Vayamos primero a los antecedentes o precedentes inmediato de técnica legislativa del Gobierno autor, ya bajo el influjo desbordante de la pandemia, del art. 2 RDL 9/2020. Me refiero a la ya citada derogación del despido por absentismo. Primero el RD 4/2020, 18 de febrero, y ahora la citada Ley 1(2020, se limitarían a decir lo siguiente: "*Queda derogado el apartado d) del artículo 52 ET*". Pero ¿qué significa derogar una causa precedentemente justificativa de despido? ¿Lleva a su prohibición efectiva o a la ilicitud de todo despido que trate de seguir justificándose en aquella causa? Que, en sí misma, pese a la retórica política y sindical desplegada en contra de esta causa (menos relevante de lo que pareciera), no vulnera ningún derecho fundamental, ni en los términos de la Carta Constitucional española (STC 118/2019, 16 de octubre), ni tampoco en los de la CDFUE (STJUE 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero), parece claro, a la luz de la consolidada posición jurisprudencial mayoritaria —sin perjuicio de votos particulares—.

Ni el TC ni el TJUE rechazan la legitimidad empresarial del despido por absentismo laboral. Otra cosa es que, como indica el TJUE, la regulación precedente sí podía resultar dañosa para la estabilidad en el empleo de grupos especialmente vulnerables, como las personas con discapacidad o las mujeres. Por lo tanto, la ilegitimidad no estaría en la causa en sí, sino en su concreta regulación. Ciertamente, el legislador tiene toda la legitimidad necesaria para optar por la solución más radical, derogar la causa.

## LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

Pero con esa decisión no se resuelve la cuestión de si se trata de una "causa prohibida" o una "causa injustificada", o un "despido sin causa real" (esto es, un despido fraudulento). Por lo tanto, nada se resuelve con seguridad sobre sus consecuencias en caso de incumplimiento de esta previsión legislativa, adoptando eventuales despidos objetivos por esta causa, más o menos explicitada. Precisamente, como la Exposición de Motivos de la Ley 1/2020 recoge, la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno contemplan la validez y eficacia de esta causa de extinción contractual, pero sin que se especifique, sino que se valora en el "contexto del concepto genérico de despido por justa causa" (ej. la conocida "*cause réelle et sérieuse*" del artículo L-1232-1 Código de Trabajo francés). No se trataría, pues, sino de un cambio de modelo legislativo, pues con esta genérica formulación normativa son los Tribunales los que valoran justificación y proporcionalidad en atención a la situación concurrente en cada caso. Este es el escenario que el TJUE tuvo en cuenta en el asunto Ruiz Conejero.

En consecuencia, si el interés de evitar el absentismo laboral injustificado no supone, en sí, un interés espurio, sino solo por el riesgo que presenta de derivar en decisiones discriminatorias (en especial indirectas, por razón de la discapacidad, o de enfermedad de larga duración equivalente a la discapacidad, o por razón de sexo-género), el despido basado solo sería nulo si vulnerase un derecho fundamental, siendo improcedente en otro caso, por carecer ahora de justificación. Justamente, así parece desprenderse de la STSJ 274/2020, de 17 de enero, que pese a concluir la disconformidad de tal causa de despido con el Derecho Internacional del Trabajo (art. 6 del Convenio 158 OIT y 24 de la Carta Social Europea), termina calificando el despido efectuado bajo tal causa —antes de su derogación— como despido improcedente, no nulo<sup>6</sup>.

Por supuesto, no dudo de la posibilidad de una relectura teleológica y valorativa del sistema jurídico, en especial a la luz del doble juicio de convencionalidad respecto de las normas internacionales y de conformidad comunitaria, que permita alcanzar, en tal caso, la sanción de nulidad. Lo que ahora trato de evidenciar es que el legislador no ha aportado una verdadera luz al respecto, manteniendo abiertas ambas posibilidades. Más aún. Esta dualidad hermenéutica no es ajena al "juego de política jurídica" buscado por el legislador, antes bien, desdeliberado, en efecto, de modo que ha fiado (apostado) la decisión última a la expectativa de una corriente judicial crítica con el estado actual del Derecho de precedentes, para provocar un cambio radical. Sin ese complemento, la norma legal puede servir, deliberadamente, por encima de su retórica político-social, a ambas "señoras": la improcedencia y la nulidad. En tanto se constata si hay fortuna o no en la recogida judicial del guante desafiante, se confía en que haga su efecto el arte de persuasión-disuasión que supone la sola posibilidad de que, en efecto, no solo cuaje en la doctrina judicial la tesis de la nulidad, sino la de la indemnización adicional, por estar en juego derechos "fundamentales" (integridad, salud, dignidad, no discriminación, etc.)

6 En este sentido GÓMEZ SALADO, M.A. "El Real Decreto-ley 4/2020...", ob. cit. p. 104. Defiende la nulidad BAYLOS, A. ¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art. 52 d) ET?, <https://www.nuevatribuna.es/articulo/mundo/laboral-despidonulo-cco-ugt-improcedente-despidoporenfermedad-derogacion-art52d-estatutotrabajadores/20200225132001171457.html>

## 2.2 "Tropezando dos veces...": ¿Si el Gobierno quiere prohibir el despido por causas ligadas a la covid19 porque no lo escribe con palabra de ley?

Mojado ya el recientemente resembrado suelo jurídico-laboral de inseguridad jurídica, cuando se prometía lo contrario, más certidumbre aplicativa (habría bastado que el legislador hubiera escrito, blanco sobre negro, en el BOE, no en las varias tribunas de opinión seguidas por sus promotores, que: "queda derogado el art. 52 d) ET...", por lo que todo despido amparado en esta causa queda prohibido, debido ser calificado como nulo, con los efectos derivados de tal calificación"), apenas un mes después se volverá a tropezar en la misma piedra. Pero ahora el tropiezo es de mayor entidad, porque afecta a unas de las piezas esenciales (junto a los ERTE por fuerza mayor —total y parcial— y sus inauditos y colosales beneficios sociales, a pagar por la ciudadanía en su conjunto) del pretendido robusto escudo socio-laboral levantado para intentar proteger el empleo de los efectos devastadores de la pandemia: la garantía de empleo ex art. 2 RDL 9/2020.

La simple lectura no ya solo de este artículo 2, sino de la disposición adicional 6ª del RDL 8/2020, la otra garantía de salvaguarda de empleo en tiempos de covid19, deja bien claro lo refractarias que son las leyes sociolaborales de emergencia a formular técnicamente prohibiciones, pese a la difusa retórica político-gubernamental sobre su intención de dar esa dimensión a sus decisiones restrictivas de ceses laborales asociados al impacto de la covid19. El citado art. 2 (medidas extraordinarias para la protección del empleo) rehúye la palabra "prohibir", para, en cambio, expresar de forma explícita que estamos en terreno de las "causas injustificadas". Así dice:

"La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (ETOP) en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, **no se podrán entender como justificativas** de la extinción del contrato de trabajo ni del despido"

¿Sí el legislador quería que la ley dijese de verdad lo que en su retórica político-social viene difundiendo, por qué no lo expresó así en el BOE? Técnicamente era —y es— tan sencillo como haber dicho: "la fuerza mayor las causas ETOP en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020... **quedarán prohibidas como causas de extinción** del contrato de trabajo ni del despido **mientras estas estén en vigor**". La norma legal —hace tiempo que las leyes dicen lo que dicen, no lo que los legisladores dicen que sería su voluntad— dice que tales causas "no se podrán entender" como "causas justificativas", por lo que es manifiesto que ha eludido el término "causas prohibidas". En consecuencia, abocaría al terreno de la improcedencia por su incumplimiento ex art. 55 ET.

Para reforzar esta negativa (o incapacidad técnica) a formular prohibiciones (no es obstáculo serio el art. 38 CE, porque admite restricciones ex art. 35 CE, pues la estabilidad real que ofrece la prohibición es temporal y, además, proporcionada, porque los costes de aquella se socializan en gran medida) vayamos a la disposición adicional 6ª del RDL 8/2020. Interesa atender tanto a la formulación de

esta otra garantía de empleo como a los efectos que explícitamente le atribuye al incumplimiento. En el primer plano, el de la formulación, de nuevo se huye de toda expresión que signifique prohibición, para expresarlo en términos de "**compromiso temporal de mantenimiento de empleo**".

En el segundo, el plano de los efectos por su incumplimiento, la perplejidad es todavía mayor, si se quiere atribuir a estos preceptos el sentido real que en su retórica se utiliza, el esquema de la prohibición. ¿Por qué? Porque bien sabido es que, cuando se trata de incumplimientos de este tipo de pactos establecidos convencionalmente, es reiterada la doctrina jurisprudencial que considera que sus consecuencias deben ser la improcedencia de la extinción (STS, 4ª, 925/2018, 23 de octubre)<sup>7</sup>. ¿Dice, o sugiere, esto el precepto legal de urgencia? No. Al contrario, pues sabido es que se limita a explicitar que las consecuencias serán (únicamente) la devolución de los beneficios sociales que la empresa haya recibido, pues, evidentemente, si no cumple con su compromiso de dar estabilidad real a las personas empleadas no puede mantener las ventajas sociales que ha recibido, pues la seguridad en el empleo es la contrapartida del esfuerzo social por sostener ese empleo, con ingentes recursos de seguridad social.

### 2.3 Una mirada comparada clarificadora: ¿Por qué la legislación argentina sí sabe formular técnicamente una prohibición y no la legislación española?

¿Acaso no hay otra forma de expresar técnico-jurídicamente esta garantía de estabilidad real atendiendo a las circunstancias excepcionales y provisionales —aunque se dilatan ya en extremo, sin certeza de que no reaparezcan con los rebotes masivos— de la situación pandémica? Sí, claro que la hay, aquí es válido aquello de que querer de verdad la prohibición (voluntad del legislador) es poder formularla (voluntad de la ley), pues entra perfectamente, bajo determinadas condiciones, en la potestad legal, sin que se pueda considerar inconstitucional, ni, en nuestro caso, contraria al art. 16 CDFUE (la libertad de empresa como derecho económico fundamental comunitario). Y para poner de relieve la facilidad técnico-legislativa de esa opción miremos, aunque sea más allá del atlántico, a una Nación "hermana", Argentina. El denominado Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 329/2020 (BO 31/3/2020) prohíbe, sin ambages ni duda de ningún tipo, los despidos y suspensiones "**sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por 60 días**" (prorrogables, y de hecho se han prorrogado).

En este caso, la —usual— retórica y grandilocuencia político-social de este tipo de leyes (la finalidad de la medida es «garantizar la conservación de los puestos de trabajo por un plazo razonable, en aras de preservar la paz social y que ello solo será posible si se transita la emergencia con un Diálogo Social en todos los niveles y no con medidas unilaterales»), se confirma plenamente en las palabras del Boletín Oficial de la República de Argentina. El artículo 2 del referido DNU es cristalino como un mar de coral

7 No estamos aquí, tampoco, en el caso de eventual incumplimiento del proceso de negociación de un despido colectivo, traicionando la buena fe negociadora, pues el compromiso viene impuesto legalmente. En aquellos casos sí se podrá declarar la nulidad de la extinción decidida (STS 26 de marzo de 2014, rec. 86/2012), en este no, por el origen legal del compromiso.

**"Prohíbanse los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de SESENTA (60 días contados a partir de la fecha de publicación del presente decreto en el Boletín Oficial)" (el DNU 487/2020, BO 19 de mayo de 2020 lo prorrogó 60 días, hasta el 29 de julio de 2020)<sup>8</sup>**

¿Queda alguna duda? No. Pero, por si acaso, el artículo 4 refuerza la prohibición al disponer qué significa exactamente prohibir un despido —o su suspensión, salvo en los supuestos del artículo 223 bis LCT, que permite situaciones análogas al ERTE español—, con lo que fija sus efectos de nulidad de plano:

«los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en el artículo 2° y primer párrafo del artículo 3° del presente decreto, **no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales**».

Como era de esperar, una garantía tan intensa de seguridad en el empleo (típico modelo de estabilidad real) estaba destinada a hallar resistencia empresarial. Por eso, son muy numerosas ya las resoluciones judiciales que se han visto obligadas a aplicar, *incluso con medidas de tutela cautelar*, para evitar que pueda tener efecto alguno de disolución del vínculo, ni siquiera de facto, la garantía. La doctrina judicial de las diversas instancias ha reafirmado la nulidad de la extinción en tales casos, sin plantearse problema alguno de constitucionalidad. Más aún. Refuerzan su legitimidad apelando al Derecho Internacional del Trabajo, una suerte de principio de civilización jurídica.

La única cuestión dudosa en la doctrina judicial argentina es la relativa a si esta garantía de estabilidad real absoluta (prohibición de cese laboral durante la covid19) cubre o no los desistimientos durante el periodo de prueba. Inicialmente, la doctrina de instancia laboral había venido asumiendo su inclusión, por entender que donde no distingue la ley no debe hacerlo el intérprete<sup>9</sup>. Pero la doctrina de apelación laboral ha mutado el criterio y considera que los desistimientos típicos del periodo de prueba no gozan de la protección absoluta o del blindaje previsto por la ley para los despidos y suspensiones de contrato, **porque una medida de este tipo necesita que se contemple expresamente en el tenor literal de la norma**, que se redacta de forma taxativa (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, de 16 de junio de 2020)

No es irrelevante tampoco esta cuestión para nuestro país. Las normas españolas tampoco resuelven, en su imprecisión y déficits técnicos, esta cuestión, ni en el art. 2 ni en la disposición adicional 6ª. Como la disposición argentina, tampoco las españolas dan cabida expresa al periodo de prueba,

8 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335976/norma.htm>. Una síntesis más completa, aun breve, GRISOLÍA, Julio Armando. "las normas laborales como consecuencia del covid19". <http://revista-ideides.com/normas-laborales-en-la-emergencia-economica-y-como-consecuencia-del-covid-19-dnu-329-2020-bo-31-3-2020-dnu-332-2020-bo-1-4-2020-y-res-mtess-279-2020-bo-1-4-2020/>

9 Para diversas decisiones judiciales sobre la norma argentina, vid. Incumpliendo normas: Reincorporación de un trabajador que había sido despedido sin causa, infringiendo el decreto sobre la prohibición de despidos por la emergencia sanitaria. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/05/07/la-crisis-economica-y-sanitaria-que-afecta-al-pais-y-al-mundo-agravada-por-el-virus-covid-19-justifica-la-admision-de-la-cautelar-innovativa-que-ordena-la-reincorporacion-del-trabajador-que-habia-si/>

pues hablan de extinciones y despidos, no de esa causa singular y autónoma de cese que es el desistimiento unilateral del art. 14 ET. Como es bien sabido, en estos casos, el empleador no está obligado a esgrimir causa alguna para la disolución del vínculo contractual, sin perjuicio de quedar sujeta su conducta a los límites jurídicos generales, como la prohibición de violación de derechos y libertades fundamentales, así como la prohibición de abuso o fraude de ley ex art. 6.4 CC.

## III. EL DESPIDO POR CAUSAS VINCULADAS A LA COVID19: ¿DESPIDO SIN CAUSA JUSTA O CON CAUSA PROHIBIDA?

Precisamente, a este último precepto del Código Civil —aunque materialmente se trate de una institución jurídica de uso común en todos los sectores del ordenamiento, sin perjuicio de sus especialidades— acudirá la primera sentencia que ha decidido avalar la retórica gubernamental sobre la prohibición de despedir ex art. 2 RDL 9/2020, haciendo decir a la norma legal lo que esta no dice, pero, parece, sí querría el Gobierno dijera. Para ahorrarse el engorro técnico de discernir, acude al art. 6.3 y al art. 6.4 CC al tiempo.

Se trata de la —ya célebre, tanto como errada, por lo que se comentara— SJS 3 de Sabadell 93/2020, 6 de julio 2020, que ha merecido todo tipo de críticas, unas de favor o laudatorias otras muy críticas, tanto del ámbito académico como profesional<sup>10</sup>. En el asunto decidido por esta sentencia, se planteaba la nulidad de la decisión extintiva de la relación de prestación de servicios —calificada como indefinida, por fraude de ley en la contratación temporal— de la trabajadora (al servicio de la empresa Bimbo Donuts Iberia, SAU) por varios motivos. Uno relativo a la violación de derechos fundamentales, pues se defendía que la extinción obedecía a una discriminación por razón de la edad —la juez va a rechazar esta argumentación, por entender que no se ha probado indicio alguno a tal respecto, lo que parece manifiesto en el caso—.

El otro, que es el más interesante, por la pretendida violación de los arts. 6.3 (“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...”) y el art. 6.4 CC («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»), con relación al art. 2 del RDL 9/2020. No va huérfana de mayores razonamientos esta parte de la demanda. Al contrario, se enmarca sea en una interesante relectura constitucional de este tipo de decisiones (asociadas a los arts. 10, 15 y 24 CE) como en un cierto —y obligado— juicio de conven-

<sup>10</sup> Para una crítica jurídica y ocupacional en Martín Godino, “Prohibir el despido no mejora el empleo”. En <https://www.expansion.com/economia/2020/07/16/5f10a268468aeb0d1f8b457f.html>

## LA PRETENDIDA "PROHIBICIÓN DE CESE LABORAL" EN TIEMPOS DE COVID19

cionalidad de la norma nacional respecto de normas internacionales (STC 140/2018), en este caso el Convenio 158 OIT.

La sentencia asumirá plenamente esta argumentación, si bien no atenderá, más bien silenciará, a diferencia de sus cuidados razonamientos jurídicos en torno al carácter fraudulento de la relación laboral y la declaración de indefinida, estas consideraciones constitucionales e internacionales. El resultado empobrecerá adicionalmente su, de por sí ya muy parca, argumentario jurídico. La sentencia se limita, en este punto, el nodal, a una interpretación teleológica de la ley nacional, especial laboral y civil común, sin más referencia constitucional, ni internacional, ni tan siquiera jurisprudencial, *como si el carácter excepcional de la situación excusara toda desvinculación (liberación) de esta*.

En un sintético razonamiento final (precedido tan solo por la afirmación, según la EM del RD 8/2020, de estar ante normas imperativas, lo que va de suyo), considera aplicables todos los preceptos referidos (arts. 6.3 y 4 CC y 2 RDL 9/2020), pues:

"la empresa se ampara en **causa inexistente** para conseguir **un resultado prohibido** por el ordenamiento jurídico, esto es, la extinción de la relación laboral a fecha de 28 de marzo, **cuando las normas vigentes proscriben** la destrucción de empleo derivada de la situación excepcional del Estado de alarma derivado de covid19. **En consecuencia, procede declarar la nulidad del despido** notificado a la actora con efectos de 8 de marzo de 2020, con las consecuencias previstas en artículo 55.6 ET".

De esta manera tan lacónica y con un razonar tan pretendidamente apodíctico, que prescinde de cualquier duda (no solo metódica o por hipótesis, sino evidente, ante el déficit técnico de la norma aplicable y la contradicción radical a la jurisprudencia social existente, hasta hoy, en torno a las consecuencias del despido en fraude de ley) sobre esta cuestión, orillando la profunda discusión científica y social al respecto<sup>11</sup>, asume que la exposición de motivos (voluntad del legislador) sana cualquier duda. De modo que de ella se deduciría que solo la nulidad puede responder al designio gubernativo de evitar despidos asociados a la situación excepcional derivada de la crisis sanitaria y social. Por lo, tanto la falta de referencia al efecto de nulidad no sería sino una laguna —todo esto lo omite la sentencia, que lo da todo por sabido y debe considerarlo disquisiciones teóricas aburridas e innecesarias para la decisión que ya ha tomado, y solo necesita revestir de una mínima apariencia de razonamiento jurídico— a integrar por la interpretación, siendo determinante el criterio teleológico. Una vez más, no albergó dudas sobre la posibilidad jurídica de que esta tesis sea viable, de derecho positivo, pero, desde luego, las razones para ello no pueden ser las —casi inexistentes— ofrecidas por esta sentencia, pues carece de la mínima solvencia científico-técnica y jurídico-normativa exigida para un asunto de estas

11 Incluso el sector doctrinal que, con buenas razones asume una posición favorable a la nulidad, pues "*el espíritu de la norma aboga a mi parecer por sustentar la tesis de la nulidad*", termina aceptando lo obvio, y es que "*la inexistencia de mención expresa introduce dudas respecto a la misma*". Vid. E. ROJO. "*Sobre la aplicación de las cláusulas de suspensión de la duración de los contratos temporales, y prohibición de despidos, durante la crisis sanitaria, y sus efectos sobre una decisión empresarial*". <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/sobre-la-aplicacion-de-las-clausulas-de.html>

características. No basta con el "espíritu" de una norma para dilucidar su sentido.

El artículo 3 CC exige un mayor esfuerzo del intérprete, aunque esté decidido a sacarle las castañas del fuego y corregir técnicamente la defectuosa redacción de la ley, tan solo imputable al legislador, por cuanto la solución era —y es— bien fácil. Ni está nada claro que haya una causa prohibida de despedir en tales casos en nuestra legislación, por lo argumentado, ni mucho menos es automática asociar la sanción de nulidad a un despido en fraude de ley, como los propios arts. 6.3 y 6.4 CC reflejan. Ni la norma legal habla nunca de causa prohibida ni la nulidad puede presumirse, menos cuando la norma realmente aplicable, el ET, acota la nulidad a determinados supuestos -no variados, ni tan siquiera temporalmente y, al revés, la norma primeramente llamada en estos casos derivaría la improcedencia (art. 55 ET).

No cambia esta visión el Convenio 158 OIT —la sentencia no repara en él, pese a que la demanda lo reclama—, porque distingue plenamente entre "causa justificada" y "causa prohibida", dejando a los Estados ratificadores la decisión de especificar unas y otras, salvo las que consideran obligatoriamente como prohibidas (art. 4 C 158 OIT). La falta de causa suficiente para despedir —norma imperativa— convierte en antijurídica la decisión, pero no determina el tipo y efectos de esa antijuridicidad, que pueden ser múltiples, según cada régimen legal y su comprensión jurisprudencial concretos. Podría, en efecto, ex art. 6.3 CC, tenerse como contrario a derecho, y recibir la sanción que fije la ley reguladora, o, cabría calificarlo como fraudulento, conforme al art. 6.4 CC, y en tal caso predicar de la decisión su invalidez e ineficacia plena, aplicando la nulidad. Pero también podría suceder que, según el entramado legislativo especial, estatutario y procesal, en tales casos, las consecuencias jurídicas fueran otras, incluso al despido en fraude de ley, como sostiene la jurisprudencia, que recordaremos ahora, absolutamente omitida por la sentencia —siquiera sea para descartarla por vivir otro tiempo—.

En efecto, así viene sucediendo —sin que la legislación de urgencia haya incluido excepción alguna a tal fin, al menos formalmente— en el ordenamiento laboral vigente, que diferencia entre los efectos jurídicos que se derivan de un despido sin causa justa (improcedencia) y un despido con causa prohibida (nulidad). Realmente, los despidos sin causa no existen, son despidos con causa arbitraria (sin causa real y seria) y, salvo que se trate de un supuesto legal o jurisprudencialmente reconducible a nulidad, el efecto general es la improcedencia.

Ni siquiera los efectos de la improcedencia son necesariamente la indemnización por daño de ruptura (cumplimiento por equivalente monetario), sino que quedan a la elección del sujeto beneficiario de una opción (generalmente el empleador, salvo convenio que establezca otra cosa), por lo tanto, no pueden identificarse propiamente con el llamado incumplimiento por equivalencia (indemnización), sí con un modelo de estabilidad obligacional (modelo de garantismo débil). En cambio, los efectos de la nulidad es el cumplimiento in natura, esto es, en especie (readmisión), sin perjuicio de que haya situaciones (excepcionales) que contemplen la opción del sujeto beneficiario, en este caso la persona trabajadora (acoso, violencia de género). En este caso estamos ante lo que se conoce como un modelo de estabilidad real (modelo de garantismo fuerte). La *improcedencia sin readmisión* (puede haber improcedencia con readmisión) implica una tutela través de una indemnización legal tasada omni-compreensiva de todos los daños y sin someterse a prueba alguna (sin que la legislación laboral exija al empresario una "complementaria" por daños reales). La nulidad, con readmisión o no (en el caso muy

excepcional de que no sea así) sí contempla esa tutela adicional. No porque lo prevea el art. 55.6 ET, sino por la doctrina jurisprudencial aquilatada.

Todo esto, en principio, cuenta con el aval no solo del TC sino del Convenio 158 OIT (no respeta, en cambio, la función disuasoria de la indemnización tasada). Dejamos ahora la disquisición, más dogmática, e incluso nominal, que jurídica, al menos práctica, de si nuestro sistema jurídico se organiza sobre el "*despido libre, pero indemnizado*" (como mantuve en mi juventud de laboralista, siguiendo la posición de la mejor doctrina laboralista italiana —Federico Mancini—), o si se trata más bien de un sistema de "*despido causal (justificado), insuficientemente disuasorio*". Descartando que el despido pueda resultar un negocio jurídico abstracto (sin causa), y siendo igualmente evidente el efecto (aun de facto) de disolución del vínculo contractual a pesar de su carácter infundado (que la norma procesal bien puede rehabilitar, bien puede confirmar), queda claro que en el primer paradigma se pone énfasis en la faceta económica (la indemnización es el coste de la arbitrariedad), la jurídica en la segunda<sup>12</sup>. Pero solo un falaz reduccionismo jurídico podría prescindir de ambas vertientes.

## IV. EL DESPIDO FRAUDULENTO SE SANCIONA CON IMPROCEDENCIA, NO NULIDAD, SALVO EL COLECTIVO: LAS PERIÓDICAS "REBELDÍAS" DE LA INSTANCIA SOFOCADAS, HASTA AHORA, POR LA JURISPRUDENCIA

La SJS 3 Sabadell, 93/2020, de 6 de julio, no solo concluye el carácter prohibido de la causa de despedir vinculada a la covid19, sin analizar la redacción legal ni la citada conexión sistemática del precepto con el orden común vigente, entendiendo que al ser una ley excepcional sigue pautas diferentes (así se presume de su silencio de razones para no entrar en argumentar nada respecto a la situación legislativa vigente estatutaria y procesal), sino que asocia automáticamente la sanción de nulidad al despido objetivo por causa relacionada con el estado de excepción y alarma. Pero del mismo modo que se ha recordado que la interpretación sistemática del precepto abocaría más a una visión legal de la causa como injustificada, no propiamente prohibida, que hubiera requerido una explícita calificación como tal (la EM sirve tanto para armar un razonamiento como causa antijurídica, contraria a norma imperativa, cuanto prohibitiva), ahora conviene poner de relieve que esta automaticidad entre causa prohibida y causa fraudulenta con la nulidad no se sostiene en la jurisprudencia social actual, en el Derecho de precedentes jurisprudenciales, que contrasta vivamente con esta comprensión de la

<sup>12</sup> De interés, al respecto, Cfr. I. BELTRAN, La «prohibición» de despido del art. 2 RD Ley 9/2020 no acarrea la nulidad (comentario crítico a la SJS/3 Sabadell 6/7/20), <https://ignasibeltran.com/2020/07/22/la-prohibicion-de-despido-del-art-2-rdley-9-2020-no-acarrea-la-nulidad-comentario-critico-a-la-sjs-3-sabadell-6-7-20/>

instancia social comentada del "Derecho legislado de excepción".

En efecto, vigente desde hace décadas los arts. 3 y 4 del CC, desde 1993 —antes se sostenía lo contrario—, la jurisprudencia social, dominante desde hace largo tiempo, ha venido rechazando su aplicación para calificar los despidos en fraude de ley con la sanción de nulidad. La calificación judicial de nulidad de un despido, a fin de garantizar la estabilidad real que supone conminar al cumplimiento *in natura* del programa de prestación comprometido), encuentra en el orden jurídico-laboral otras razones (lógicas e intereses) que, en su dimensión más transaccional, como se dijo, requiere constatar otros elementos de mayor fuerza jurídica, como la protección de derechos y libertades fundamentales o, como veremos, un preponderante interés social, de índole colectiva. En la ley, sustantiva y procesal laboral, y al margen de las críticas y posiciones doctrinales contrarias, el modelo de cumplimiento *in natura* no deriva del art. 6.4, sino del ET y CE.

Aunque periódicamente hemos asistido a una cierta "rebelión de instancia (a veces de suplicación) judicial" social frente a este estado de cosas, del arte interpretativo jurisprudencial social, también recurrentemente el TS las ha sofocado, al menos hasta hoy. La jurisprudencia ha limitado los efectos de la nulidad judicial a los supuestos explícitamente recogidos en la norma. Muy interesantes es el recorrido por las diversas épocas de este debate que realizó la STS 5 de mayo 2015, RCU 2659/2014<sup>13</sup>, dejando bien claro que, desde mediados de la década de los años 90 del siglo pasado, su posición no ha variado ni un ápice. El TS rechaza asumir toda función de suplencia legislativa, a diferencia de lo que ahora parece pretender, en otro asalto a la estabilidad de la lectura jurisprudencial social, ahora sobre el argumento de estar ante una genuina legislación excepcional, por tanto interpretable al margen de los parámetros "comunes" vigentes —si bien la sentencia ni siquiera se para a realizar este argumento de forma explícita y suficiente, pese a la centralidad del mismo—.

Esta sentencia nos recuerda que tanto la jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad como improcedente, no nulo, cuanto la más general relativa a la calificación de la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión —el llamado «despido fraudulento»— viene sosteniendo que se trata de situaciones que no justifican, por sí mismas, la calificación de nulidad. De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la LPL de 1990, que no modifica ni el ET ni la LRJS, el art. 108.2 LRJS "**enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo**". Dentro de esta relación exhaustiva no aparece la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese.

---

<sup>13</sup> La cuestión que se suscita en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar la calificación jurídica que merece la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo que le unía con el actor. Para éste, como consecuencia de lo que entiende como incumplimiento empresarial del pacto de estabilidad en el empleo que permitió un fenómeno subrogatorio, la decisión extintiva, reconocida de modo expreso por la empresa como un despido improcedente, debe calificarse como un despido nulo por fraude de ley o abuso de derecho. Por el contrario, para la empleadora, ausente cualquier incumplimiento de aquél pacto de estabilidad, debe mantenerse la calificación de improcedencia. Se admite la existencia de contradicción y, en consecuencia, se pone de relieve que hubo una densa polémica interna judicial al respecto. La "rebelión" de ciertas doctrinas de suplicación a este estado de cosas fue sofocada, de forma reiterada, por el Tribunal Supremo. O al menos así ha sido hasta el momento.

Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de «apoyo o refrendo legal»<sup>14</sup> de la nulidad del despido fraudulento se inicia en 1993 y ha continuado inalterada, tantas veces como se ha intentado su asalto o derrumbe (cada década ha tenido sus intentos, tanto a finales de siglo XX, como en la primera década del siglo XXI). Así:

“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 calificación aplicable es la de improcedencia... no la de nulidad del mismo”

Así, la cuestión ha vuelto recurrentemente a la Sala social del TS, reiterando el argumento, con añadidos de razonamiento actualizados con la STS, 4ª, 29 de septiembre de 2014 (RCUD 3248/2013). Siempre, sí, salvo respecto de un supuesto —no, tampoco la sentencia de Sabadell refiere a la misma, pese a que le hubiese sido muy útil—. Se trata a la excepción que supone la STS, 4ª, 17 de febrero de 2014, Rec. 143/2013, en relación con la calificación de los despidos colectivos en fraude de ley.

En estos casos, si bien el legislador eliminó expresamente de su elenco de causas de nulidad de los despidos colectivos los realizados con abuso de derecho o fraude de ley, habiéndolos incluidos de manera expresa en una redacción precedente (art. 124. 9 LRJS, en la redacción dada por el RDL 3/2009) del art. 124.11, párrafo tercero LRJS (no había laguna, pues, sino un silencio elocuente del legislador, que quería evitar que fuese norma general la nulidad), la doctrina del TS integró este precepto procesal, en lo que consideró una laguna legal o jurídica, no un silencio elocuente (una zona legislativamente excluida del Derecho común o coherente que resultaría aplicable de no mediar la voluntad legal excluyente)<sup>15</sup>. Para la jurisprudencia social pesaría, en este caso, al mediar un interés colectivo fuerte, más el principio jurídico institucional de la sanción con nulidad del despido fraudulento o abusivo que la voluntad legislativa de exclusión de la misma, y su apuesta por la mera improcedencia.

14 El argumento originario y reiterado es: “si hubiera deseado que esta figura, de creación jurisprudencial, continuara vigente la hubiera incorporado al art. 108 LPL, tal como hizo anteriormente con el despido nulo por vulneración de derechos fundamentales”.

15 “La sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista... o no haya respetado el procedimiento establecido..., así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales...”. Se recordará que la versión del art. 124.9 del originario derecho legislado en esta materia añadía: “o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho” (RDL 3/2012).

## V. ¿CUÁNDO ENTRA EN VIGOR UN RDL, CON SU PUBLICACIÓN EN EL BOE O CON SU DIFUSIÓN MEDIÁTICA TRAS APROBACIÓN GUBERNATIVA?

La utilidad de este argumento es máxima para quienes sostienen la nulidad de los despidos en tiempos de covid19. Pero, no le ha merecido la pena, a la instancia social rastrearla y recrearla para dar solvencia y rigor a su argumentación. La juzgadora asume que con la EM del RDL 8/2020 es suficiente (basta la voluntad del Gobierno-legislador para convertirla en ley, al margen de sus imprecisiones y deficiencias técnicas, que ni ve ni le merece la pena reparar en ellas) para alcanzar la conclusión de nulidad. Y ello hasta, incluso, pasar por alto el "pequeño detalle" de la falta de vigencia efectiva del art. 2 del RDL 9/2020, pues la fecha de comunicación de extinción del contrato fue el 27 de marzo, subrayando que ya estaban en vigor el RD 463/2020 de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma, y el RDL 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Pero no el RDL 9/2020, que entraría en vigor un día después, justo cuando tenía efectos el despido

Precisamente, esta situación, le permite a la juez realizar un juicio de intenciones, lo que no deja de ser discutible. Así, con respecto al RDL 9/2020 considerará que:

*"se había aprobado, y estaba pendiente de publicación, el RDL 9/2020 que fue publicado en BOE de 28 de marzo, fecha de efectos del despido, **no siendo verosímil considerar que la demandante desconociera los términos de la norma en el momento de notificar la extinción**".*

En suma, el conocimiento mediático de una norma de urgencia (como sostuvo el Ministerio de Interior respecto de las sanciones por incumplir el confinamiento) parece suficiente garantía de transparencia y publicidad, dando por aplicable una norma que, sin embargo, no ha entrado en vigor todavía. Es evidente que esta tesis no puede ser asumida sin más tampoco, habiendo sido objeto de valoraciones, de nuevo, diferentes, pues mientras que para un sector de la doctrina comentarista más avezada, se trata de una "tesis muy lógica y plausible" (Eduardo Rojo), para otro es muy problemática y de muy difícil aceptación (I. Beltrán). A mi juicio, dado que no se aplica directamente la ley no vigente, sino como criterio interpretativo de normas existentes, comunes y urgentes, cabe aceptar ese uso hermenéutico, como el TS hace en más de una ocasión.

### VI. REFLEXIÓN FINAL: ¿LA RETÓRICA VOLUNTARISTA DEL LEGISLADOR ES PER SE LA LEY, AL REVELAR SU ESPÍRITU FRENTE A LA LETRA?

En suma, no habría problema insalvable para utilizar el criterio del "espíritu del tiempo jurídico" para anticipa la entrada en vigor de una norma, con lo que reforzaría la relectura que hace de las normas sí aplicables por razón del tiempo. Sin embargo, como se viene argumentando, el problema de esta —lacónica, errática y errada— sentencia no es este, sino el razonamiento seguido para alcanzar un fallo tan disruptivo con el sistema jurídico establecido y sin más base que el propósito del legislador, su voluntad, con toda marginación del verdadero debate: ¿qué dice realmente la norma legal, cuya voluntad o su sentir práctico es diferente y autónomo de la voluntad del legislador, salvo hacer de esta, proclamada más en las tribunas mediáticas que en el BOE, la norma?

El resabio autoritario de un modo de razonar jurídico de este tipo es manifiesto, pues hace mucho tiempo que la ciencia y la cultura jurídicas diferencian netamente, en un Estado Social y Democrático de Derecho, entre la voluntad legislativa y la voluntad legal. Justamente, esta marcada distinción sirvió para corregir los excesos del gobierno-legislador autor de la reforma de 2012 y orientados a depurar de toda valoración judicial los conceptos y las normas jurídico-laborales. Que se considere en este caso que el fin es más loable —por ser garantista— que aquél —por ser liberal— y por tanto justifica los medios, no puede servir de legitimación jurídica de una decisión que no se preocupa, so pena de desvirtuar la función jurisdiccional

Queda claro que el propósito del legislador es utilizar la ambigüedad legislativa para que sean los tribunales los que resolvieran definitivamente la cuestión, también en la confianza de que la crisis sería corta y que, en última instancia, cuando la justicia se pronunciase de forma definitiva, firme, el problema habría acabado. La realidad dista de ser esa. Pero al margen de cuál sea la estrategia perseguida por el gobierno-legislador, se ha evidenciado una técnica-legislativa muy cuestionable. Las leyes de emergencia han lanzado una forma de producción legislativa que devalúa notablemente el papel no ya de la Ley, sino del sistema de fuentes jurídico-laborales en general. Frente a las fuentes formales (Ley del Parlamento, negociación colectiva), potencia las fuentes materiales, no ya las propiamente de valor legal, aun del ejecutivo (Reales Decretos leyes, dictados de forma incesante, aun atropellada), sino incluso las que no tienen valor normativo.

De este modo, frente a las "razones de Derecho", estas leyes reflejan una amplia secuencia de "procesos decisionales". La racionalidad jurídico-social se reduce a estricto decisionismo político-social. Decisiones de autoridad gubernativa con valor de ley, las decisiones de autoridad administrativa, no vinculantes, pero indispensables para saber qué sentido práctico tienen aquéllas y, finalmente, decisiones judiciales, necesarias para completar el contenido de normas que la autoridad gubernativa ha dejado, de una forma deliberada, en la ambigüedad, para evitar el conflicto político-social derivado

de una visión excesivamente radical, unilateralmente garantista, de la norma social, como en el caso de la políticamente pretendida, pero legalmente no formulada, prohibición de despedir. El Gobierno prefiere, en estos casos difíciles, a diferencia de otros, como el argentino, no "mojarse" y deja la finalización de la tarea, la completitud de la norma en su utilidad práctica, en manos de la autoridad interpretativa judicial, en la confianza de que, en alguna de las mil instancias, integrantes del sistema judicial, encuentre eco su querer y no poder —o no saber—. El Gobierno confía, pues, en cierto activismo judicial.

Al margen de la solución de fondo al problema —que ya se ha dicho, un riguroso proceso de interpretación jurídica podría decantar solventemente en una dirección o en la contraria—, no se puede compartir ni la estrategia legislativa ni tampoco el "contagio" judicial de esta mala técnica legislativa. El legislador pudo, y puede, y debe, resolver esta situación sin dificultad técnica alguna, haciendo, como otras normas comparadas, una formulación legal coincidente con su —pretendida— voluntad. Si quiere prohibir este tipo de despidos, no solo está en su competencia, sino que seguramente es lo más coherente con la situación —otra cosa es su realismo, pues, como evidencia la realidad argentina, los incumplimientos en la práctica son también "pandemia", al ser muy rigurosa la ley y entrar en conflicto con una realidad muy incierta y cambiante—. Le basta formular tal prohibición y asociarle la nulidad. Ha tenido casi una treintena de oportunidades para hacerlo, pero siempre lo rehúye. ¿Por qué? Sea cual sea la respuesta, aunque no está fuera del análisis jurídico, pues un criterio básico es la "teleología" de la norma, el fin que use busca, lo cierto es que el gobierno-legislador prefiere dejar la respuesta a una suerte de "juego de tronos entre togados". De este modo, puede mantener expectativas en ambos sectores, sin recibir el envite del "perdedor", aun a precio de introducir mayor incertidumbre e imprevisibilidad en un sistema que está al borde del colapso.