



Roj: **SJSO 5098/2020 - ECLI:ES:JSO:2020:5098**

Id Cendoj: **31201440032020100004**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **21/12/2020**

Nº de Recurso: **637/2020**

Nº de Resolución: **304/2020**

Procedimiento: **Despidos y ceses en general**

Ponente: **CARLOS GONZALEZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3 Plaza del Juez Elío/Elío Epailaren Plaza, Planta 1 Solairua Pamplona/Iruña
31011 Teléfono: 848.42.40.94 - FAX 848.42.42.88 Email.: jsocpam3@navarra.es SENT2

Sección: C Procedimiento: **DESPIDOS / CESES EN GENERAL**Nº Procedimiento: **0000637/2020**

NIG: 3120144420200002580 Materia: Despido Resolución: **Sentencia** 000304/2020

En la ciudad de Pamplona/Iruña, a 21 de diciembre de 2020. El/La Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./D^a. CARLOS GONZALEZ GONZALEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social Nº 3 de los de Navarra

EN NOMBRE DEL REY Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presentes autos número 0000637/2020 sobre Despido iniciado en virtud de demanda interpuesta por Sara contra BARMELDA SLU,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 25 de septiembre de 2020 la parte actora interpuso demanda ante el Juzgado Decano de Pamplona, turnada a éste el día 28 de septiembre de 2020 en los términos que figura en la misma, la cual fue admitida a trámite, señalándose el acto del juicio oral para el día 16 de diciembre de 2020, al que previa citación en legal forma comparecieron, por la parte demandante D^a Sara , asistida por la Letrado D^a AIDA ALVAREZ CASALES y por la parte demandada, BARMELDA SLU, quien no comparece pese a estar legalmente citado; quienes hicieron las alegaciones que estimaron pertinentes, proponiéndose la prueba que, una vez admitida por S.S^a., se practicó con arreglo a derecho y desarrollándose la sesión conforme refleja el Acta a tal efecto levantada por el/la Sr./Sra. Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado.

SEGUNDO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales de procedimiento.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante D^a. Sara viene prestando sus servicios profesionales por cuenta de la empresa demandada BARMELDA, SL. desde el 22 de marzo de 2019, con la categoría profesional de ayudante de camarera y conforme a un salario regulador diario de 39,12 euros.

SEGUNDO.- La demandante no es ni ha sido representante legal o sindical de trabajadores.

TERCERO.- El 15 de marzo de 2020 la actora fue incluida en un ERTE, que se prolongó hasta que la empresa ha tramitado la baja en la Seguridad Social de la trabajadora con fecha de efectos de 20 de agosto de 2020, sin que hubiera recibido la demandante carta de despido ni comunicación extintiva alguna. Desde entonces la mesa no da ocupación efectiva a la demandante ni le abona salario alguno.

CUARTO.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación el 25 de septiembre de 2020, instado el 10 de septiembre de 2020, teniéndose por intentado sin efecto por incomparecencia de la empresa demandada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda iniciadora del presente juicio se ejercita una acción declarativa de condena, propia del proceso de despido, considerando la parte demandante que constituye un despido nulo o, subsidiariamente, improcedente, la decisión de la empresa de darle de baja en la Seguridad Social, con efectos del 20 de agosto de 2020, y sin comunicarle la situación en la que se encuentra ni darle ocupación efectiva ni abonarle salarios, y dejando sin efectos su inclusión en un ERTE, en el que se encontraba, con motivo de la pandemia por Covid-19 desde el 15 de marzo de 2020.

La empresa demandada no compareció al acto del juicio, a pesar del intento de citación en su domicilio social, que se encontraba cerrado, y de haberse realizado la citación al representante o dueño del local, como consta en las actuaciones. Por ello, conforme a lo previsto en el art. 91 de la LRJS debe tenerse a la empresa por confesa respecto de los hechos y pedimentos de la demanda, al no haber comparecido a la práctica de la prueba de interrogatorio que solicitó la parte demandante.

Además, y en todo caso, la empresa demandada es a quien incumbe la carga de acreditar que concurriese causa legal para dar de baja en la Seguridad Social a la demandante, con efectos del 20 de agosto de 2020, sin que su incomparecencia al acto del juicio le exonere de tal carga procesal (art. 217 de la LEC). La eficacia de la prueba de interrogatorio, en el que se tiene por confesa a la empresa, se extiende también a los hechos referidos a la existencia de relación laboral, categoría profesional de la demandante y salario regulador, que se acreditan también con la propia prueba documental que ha aportado la parte actora.

SEGUNDO.- La conducta de la empresa demandada, al dar de baja a la demandante en la Seguridad Social, con efectos del 20 de agosto de 2020, sin comunicar carta de extinción o despido ni justificar las razones de la extinción del contrato, y sin que conste que le de ocupación efectiva ni le abone retribución alguna desde entonces, constituye y debe calificarse como despido que, no concurriendo causa, se califica como improcedente.

Según relata la demanda el 15 de marzo de 2020 la empresa le incluyó en un ERTE -no se concreta de qué naturaleza-, y que tal situación suspensiva se prolongó hasta que fue dada de baja en la Seguridad Social el 20 de agosto de 2020.

Esta conducta de la empresa constituye un despido porque ni siquiera durante la inclusión de la trabajadora en el ERTE le autoriza a darle de baja en la Seguridad Social, sino que todas las personas trabajadoras incluidas en el ERTE debe seguir de alta en el RGSS, con independencia de que, de conformidad con lo previsto en el art. 24 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la Covid-19, la empresa pueda estar exonerada del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social y lo mismo es predicable de los supuestos suspensivos regulados en los RDL 18/2020, 24/2020 y 30/2020.

La parte actora **ha solicitado la nulidad del despido**, y sin citarlo expresamente, parece que se refiere a las previsiones del art. 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 de la Covid-19.

Al respecto debemos indicar que es especialmente problemática la regulación de lo que de forma indebida se ha llamado **"prohibición"** del despido durante el periodo de vigencia del estado de alarma decretado por RD 463/2020, de 14 de marzo, y de las medidas de ajuste temporal de empleo. En realidad, se trata de una previsión normativa excepcional dirigida a proteger el empleo, con un carácter extraordinario atendida las circunstancias de emergencia sanitaria vinculadas a la pandemia, como consecuencia del coronavirus.

En efecto, la apuesta por priorizar el empleo y por la tramitación de los procedimientos de suspensión de los contratos de trabajo, se acompaña también con la regulación de lo que se ha llamado **"prohibición de despedir"**, en la expresión no muy acertada si nos atenemos a la regulación del RDL 9/2020, de 27 de marzo, convalidado por acuerdo del Congreso de los Diputados publicado por Resolución de 9 de abril de 2020.

La Disposición citada queda relacionada con las medidas extraordinarias adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada. Las medidas en cuestión persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo. A la luz de la experiencia internacional se considera que este tipo de medidas, que tienen por objeto la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura de la Seguridad Social, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a aminorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento de empleo sobre la extinción de los contratos.

Regula el RD Ley 9/2020, la nueva medida que contextualiza a partir de las adoptadas previamente en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, en las que recogía la flexibilización de los ERTE, tanto por causa de fuerza mayor,



como en el supuesto de los derivados de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, con el fin de intentar paliar los efectos devastadores que la crisis sanitaria estaba produciendo en el mercado laboral. No obstante, el notable estancamiento que registra el mercado laboral español, unida al importante volumen de ERTes presentados desde la declaración del estado de alarma, enfrentó al Gobierno ante la realidad de las más que previsibles decisiones empresariales de extinguir los contratos de trabajo ante la paralización de la actividad a consecuencia de las decisiones gubernativas adoptadas para controlar la pandemia. Por eso consideró necesario arbitrar nuevas medidas e instrumentos jurídico que contribuyan a paliar los efectos de tal crisis sanitaria, y económica sobre las personas trabajadoras.

La exposición de motivos de la norma de excepción destaca que la situación extraordinaria y urgente que atraviesa el país requiere la adopción que respondan de manera adecuada de las necesidades que se derivan de las consecuencias cambiantes de la crisis sanitaria, que suponen una alteración grave y sin precedentes de la vida diaria y que está teniendo un impacto devastador sobre el mercado laboral, generando una gran incertidumbre en un amplio colectivo de personas trabajadoras, que están viendo afectados sus puestos de trabajo a raíz de la suspensión de un importante volumen de actividades, como consecuencia de la declaración del estado de alarma. Además - afirma- "tanto las empresas como los sectores económicos y la sociedad, en su conjunto, consideran que estamos ante un momento de enfriamiento de la actividad productiva acotado por la situación excepcional por la que atravesamos, con motivo de la crisis del Covid-19 y, por tanto, que esta situación va a tener una duración limitada y sujeta a un periodo de tiempo concreto. Por esta razón, se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda de empleo. En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual".

Sobre la base de estas consideraciones el RDL 9/2020, de 27 de marzo, establece medidas extraordinarias para la protección del empleo. Dispone al respecto 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 arts. 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"**. (art. 2 del RDL 9/2020).

Son muchos los interrogantes que plantea la norma. No se concretan con la debida seguridad jurídica cuestiones, sin ánimo exhaustivo, como las siguientes:

¿Su aplicación queda vinculada solo a las causas COVID-19 que pueden justificar un ERTE, o es preciso que la empresa hubiese adoptado realmente las medidas de ajuste? ¿Se aplica a las comunicaciones de despido disciplinario fundadas en causas ficticias, o a extinciones sin comunicación empresarial alguna, o a despidos por otras causas objetivas distintas para eludir la referencia a las causas COVID-19 de la norma de excepción y desplazar así la aplicación del art. 2 del RDL 9/2020? ¿Es válida la norma en cuanto concreción temporal por el legislador de las exigencias para acordar despidos colectivos/objetivos que limitan la libertad de empresa que consagra el art. 38 de la CE? ¿El incumplimiento de la norma de excepción determina la nulidad del despido por vulnerar una norma imperativa de interés general, o el efecto jurídico es la improcedencia como ocurre con cualquier extinción contractual no justificada o sin causa?

Pues bien, respecto del alcance de esta previsión del RDL 9/2020, cabe destacar que se delimita por las propias causas que han dado lugar a la extinción del contrato. Pero **no todo despido ni extinción que comunique la empresa se debe incluir en las previsiones de la norma de excepción**. En concreto, la medida extraordinaria de protección del empleo **sólo priva de justificación a aquellas extinciones contractuales que se funden en las causas previstas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020**, de 17 de marzo. Es decir, vinculadas a la fuerza mayor y a las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, previstas en dichos preceptos a los efectos de legitimar las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada a consecuencia de la situación de emergencia nacional por la COVID-19.

Por lo tanto, **fuera de los concretos supuestos** a que se refieren los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, **la empresa sí que podrá comunicar o decidir despidos y extinciones de contrato de trabajo con fundamento en otras causas**. Con este entendimiento la medida extraordinaria de protección del empleo de que se trata no comprende cualquier otro supuesto de extinción del contrato que no se funde en lo que podemos denominar causas COVID-19.



Por lo mismo, el alcance de la disposición queda limitada a la duración de las medidas excepcionales establecidas para los procedimientos de ajuste temporal de empleo en el RDL 8/2020 y, luego, por el RDL 18/2020, el 24/2020 y el 30/2020. En efecto, por lo que se refiere a la vigencia de la prohibición de despedir, en la redacción inicial se estableció la vigencia de tal medida durante el estado de alarma decretado por el RD 463/2020, y sus posibles prórrogas (DF Tercera del RDL 9/2020), pero con posterioridad el RDL 18/2020, de 12 de mayo dispuso su vigencia hasta el 30 de junio de 2020; el RDL 24/2020, de 26 de junio, hasta el 30 de septiembre de 2020 y, por último, el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, hasta el 31 de enero de 2021.

Por otra parte, **la norma prohibitiva es de aplicación a todas las empresas, hayan estado o no en situación de regulación de empleo.** Cualquier empresa queda dentro del ámbito de aplicación de la norma excepcional y no debe despedir o extinguir los contratos por causa de fuerza mayor o por causas objetivas relacionadas con la COVID-19 (en este mismo sentido el criterio interpretativo de la Dirección general de Trabajo para la DGT-SGON-863CRA).

En el caso concreto de la demandante no estamos ante los supuestos en los que resulte de aplicación la norma citada, **sin que la extinción del contrato conste que tenga su base fáctica en la fuerza mayor o en las situaciones económicas, productivas u organizativas, vinculadas con la pandemia.** Ni la propia parte actora invoca la existencia de un fraude de ley ni cualquier otra actuación empresarial dirigida a evitar la aplicación de las consecuencias establecidas en el art. 2 del RDL 9/2020, por lo que cabría concluir que el despido de que aquí se trata **debe calificarse como improcedente y no como nulo**, como pretende con carácter principal la parte demandante.

Pero, aunque se entendiera que resulta de aplicación a la extinción de la demandante las previsiones del art. 2 del RDL 9/2020, **tampoco la consecuencia jurídica que se deriva del incumplimiento de tal norma de excepción es la nulidad del despido, sino la improcedencia.**

Con la previsión normativa que se analiza se ha llegado a hablar de una prohibición de despedir que, sin embargo, no se ajusta al tenor de la norma, que **solo declara la extinción del contrato carente de causa**, con la finalidad de que las empresas realicen los ajustes de empleo a través de los ERTES. No obstante, lo que sí se plantea es la problemática de la calificación jurídica que merezca un despido o una extinción del contrato de trabajo que sea consecuencia de la fuerza mayor o de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas vinculadas a la COVID- 19.

Debemos reconocer que **la norma excepcional no ha sido nada clara al fijar los efectos jurídicos derivados del incumplimiento de las previsiones del art. 2 del RDL 9/2020** . La exposición de motivos poco ayuda al intérprete. Se limita a formular declaraciones generales, sin concretar los criterios que puedan orientar sobre los efectos jurídicos que produce la inobservancia de la norma, que únicamente establece que las causas COVID-19 no pueden justificar la extinción de los contratos.

Sobre esta pobre base argumental que menciona la exposición de motivos -en los términos indicados anteriormente-, la norma excepcional prescribe que las causas COVID-19 no justifican las extinciones de los contratos y los despidos. Con ello deja en mano de los tribunales determinar qué calificación merece un despido fundado en tales causas. Es decir, si el pronunciamiento que corresponde realizar es la nulidad o la improcedencia. La propia ambigüedad de la norma es objeto de crítica por parte de la doctrina, llamando la atención que "si el propósito del legislador era "jugar" con la ambigüedad, "delegando" en los Tribunales la concreción de esta cuestión, no parece una estrategia acertada. Ha tenido veintiuna oportunidades para hacerlo explícito. El sistema normativo no necesita más "estresores" (Beltrán de Heredia).

Lo cierto es que, con carácter general, **las causas de la nulidad de los despidos aparecen tasadas en el art. 55 del ET** . **Entre ellas no se encuentran la falta de causa o de justificación, supuesto en el que se impone la calificación de la improcedencia** con sus efectos jurídicos asociados. Siendo esto así, parece pobre el efecto jurídico el que se asocia al incumplimiento de una norma de excepción, dictada en una situación de emergencia sanitaria nacional. Norma que, con carácter imperativo, dispone que no cabe justificar las extinciones de los contratos en las causas para las que el Gobierno ha previsto una concreta solución - la agilización de los ERTES, exención de las cuotas de Seguridad Social para el derivado de la fuerza mayor, y el acceso a la prestación por desempleo al margen de la exigencia de carencia y sin consumir ningún día de prestación-, en el entendimiento de que las medidas de ajuste temporal de empleo son las que responden a la situación coyuntural que impone el confinamiento derivado del estado de alarma y de las medidas adoptadas para combatir la propagación de la Covid-19.

Calificar toda decisión empresarial extintiva fundada en estas causas como un despido improcedente por carecer de justificación, sin atender al sacrificio realizado por todos los ciudadanos y por las personas trabajadoras que se ven privadas de parte importante de sus ingresos en las mismas arcas públicas por los derechos vinculados al pago de las prestaciones y la exoneración de las cuotas de Seguridad Social, parece



que no tienen en cuenta en todo su alcance el carácter imperativo de las normas de excepción que se han aprobado ni la finalidad a que atienden, en un contexto de verdadera emergencia nacional en el que está en juego, nada más y nada menos, de la vida y salud de las personas.

Sin olvidar, además, la posibilidad de decisiones estratégicas que, en fraude de ley, justifiquen formalmente la extinción del contrato en otras causas cuando, en realidad, encubren la verdadera, que no es otra que la fuerza mayor o las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas vinculadas o relacionadas con las circunstancias extraordinarias de la pandemia.

Pero frente a estos argumentos de política legislativa, lo cierto es que no se establece en precepto alguno la sanción de nulidad de la extinción del contrato y del despido. El legislador de excepción pudo declarar nulas las extinciones de los contratos por causas Covid-19 y no lo hizo. No parece admisible atribuir a los jueces la determinación de las consecuencias jurídicas cuando el legislador de forma consciente renunció a establecer que el incumplimiento conlleva la nulidad. Debe reconocerse, además, que **la jurisprudencia no transita por la vía de calificar nulo un despido carente de justificación ni siquiera por concurrir fraude de ley al encubrir la verdadera causa extintiva** (al margen de supuestos de nulidad en los despidos colectivos en los que está en juego el derecho de negociación colectiva en relación con las exigencias y formalidades exigibles en el periodo de consultas, y por autorizarlo de forma expresa el art. 124 de la LRJS). Por eso, no parece que podamos declarar la nulidad del despido -que se mantiene por quienes entienden que nos encontramos ante una norma imperativa cuya contravención debe ser sancionada con la declaración de nulidad del acto jurídico que la vulnera (art. 6.3 del Código Civil)-, en la medida en que, en realidad, toda extinción no justificada del contrato de trabajo supone vulnerar el principio de estabilidad en empleo y el derecho a no ser despedido sin causa justificada (art. 35 de la CE y normas internacionales) y, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico, con el aval de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, **no consagra la categoría del despido nulo por falta de causa, sino que la calificación que se impone es la de la improcedencia del despido** (arts. 55 del ET y 108 y 122 de la LRJS).

Como recuerda la STS de 5 de mayo de 2015, **la jurisprudencia reiterada excluye la nulidad en los casos de despido sin causa o fraudulentos** (STS 2/11/1993 -rec.3669/1992-, 19/1/1994 -rec. 3400/1992-, 23/5/1996-, rec. 2369/1995 y 30/12/1997 -rec. 1649/1997-). Conforme a esta doctrina **"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 la improcedencia del despido y no la de nulidad del mismo.**

Por lo tanto, no nos encontramos en estos supuestos ante un despido prohibido sino injustificado (**"no se podrán entender como justificativas" las causas COVID-19 señala el precepto**). Y con ello ante un despido improcedente. Ni siquiera la vía de despido por fraude de ley permitirá la declaración de nulidad, que no admite como tal la jurisprudencia, salvo para determinados supuestos de despidos colectivos fraudulentos (STS de 5 de mayo de 2015, rec. 2659/2013), pero más por la vinculación con la vulneración del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical por las graves irregularidades o incumplimientos de los deberes documentales e informativos que impone a la empresa la normativa aplicable, como hemos destacado con anterioridad.

En definitiva, **el incumplimiento del mandato del art. 2 del RDL 9/2020 , determina la improcedencia de los despidos, su ilicitud o no conformidad a derecho** porque la utilización del vocablo "justificativas", unida a la inexistencia de la más mínima referencia a la nulidad de la medida, conduce a interpretar que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas vinculadas a la Covid- 19, no acreditan las extinciones contractuales. **El legislador ha situado el debate en el plano procesal de los efectos del despido, conduciendo la conclusión que se obtiene a la declaración de improcedencia y quedando descartada la nulidad.** Si no se justifica la extinción, es que no queda acreditado el presupuesto extintivo por lo que, aplicando el art. 55 del ET, en relación con el art. 108 de la Ley Procesal Social, la consecuencia no puede ser sino la declaración de la improcedencia de la medida al quedar reservada en la norma en la declaración de nulidad para otros supuestos (como en la doctrina se ha manifestado De Castro Marín; aunque el autor postula nulidad para aquellos supuestos de despidos sin causa).

La doctrina que mantiene la nulidad del despido en estos supuestos, con algún precedente judicial, entronca con una visión tuitiva del Derecho laboral de la crisis COVID-19 para la protección eficaz del empleo en un contexto en el que concurren circunstancias extraordinarias. Se trata perspectiva axiológica a la que este Magistrado se pueda adherir desde el punto de vista de la prelación de los derechos y bienes jurídicos enfrentados y dignos de protección por el ordenamiento jurídico, pero que, sin embargo, no consideramos resulte clara en el estado actual de la jurisprudencia porque **resucita la categoría del despido fraudulento nulo, sin tener en cuenta que el Tribunal Supremo, para los despidos sin causa y los despidos fraudulentos** (salvo, debemos insistir, en determinados supuestos de despidos colectivos, en los que está en juego el derecho de negociación colectiva y el de libertad sindical y las propias previsiones legales del art. 124 de la LRJS al regular



la nulidad), **tiene declarado que el pronunciamiento que corresponde es el de la improcedencia**. Así, la STS de 5 de mayo de 2015 razona que cuando no hay causa legal para la extinción del contrato y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido, la calificación aplicable es la improcedencia, y no la nulidad, en los términos que hemos indicado anteriormente. Pronunciamiento de la jurisprudencia que no es sino consecuencia de que **la nulidad de los despidos sin causa o con causa fraudulenta quedaron eliminados en nuestro ordenamiento jurídico con la reforma laboral de 1994**. Algunos intentos de recuperar la figura del despido fraudulento y su calificación como nulo los encontramos en algunos pronunciamientos judiciales, pero con una justificación muy apegada al caso concreto, que permitía relacionar la decisión extintiva con derechos fundamentales de las personas trabajadoras afectadas.

En cualquier caso, lo cierto es que el legislador ha tenido en sus manos la posibilidad de dar una respuesta clara a la cuestión litigiosa y, sin embargo, ha preferido publicar una norma de contenido impreciso en cuanto a los efectos jurídicos derivados del incumplimiento de la misma, y dado que se han publicado posteriores normas excepcionales prorrogando la vigencia del art. 2 del RDL 9/2020, y estando ya planteado en todos los ámbitos la problemática de los efectos jurídicos consecuencia del incumplimiento del art. 2 del RDL 9/2020, sin que se hubiera establecido una modificación legal al respecto, **no cabe sino considerar que estamos ante una voluntad legislativa favorable a la declaración de la improcedencia** y no a la de la nulidad de la extinción o despido de que se trata, y todo ello porque debemos recordar que la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico queda reservada a despidos con vulneración con 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 CE). Y teniendo en cuenta que la declaración de la improcedencia no implica acoger como causa válida de extinción de la relación laboral el desistimiento empresarial, lo que prohíbe el Convenio 158 de la OIT. Todo lo contrario, implica negar que la simple voluntad de la empleadora justifique el despido. Pero ni el régimen general del fraude de ley ni el del abuso del derecho, recogidos en los arts. 6.4 y 7.2 del Código Civil, respectivamente, imponen la declaración de nulidad del acto jurídico de que se trata.

La consecuencia en caso de fraude de ley es la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir (que para el despido implica la declaración de improcedencia al no estar justificada la extinción), y la correspondiente indemnización en el supuesto de abuso de derecho. En cambio, la nulidad solo se contempla para los actos jurídicos contrarios a normas imperativas y/o prohibitivas en el art. 6.3 del Código Civil; y solo cuando en aquellas normas no se haya previsto un efecto distinto para el caso de contravención (Sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona de 10 y 31 de julio de 2020, procedimientos 348/2020 y 384/2020, con cita de la STS de 29 de septiembre de 2014 - rec.3248/2013-).

En definitiva, por todo lo razonado no cabe sino concluir que en el caso de la demandante la baja en la Seguridad Social, en los términos en que ha decidido la empresa demandada sin que aparezca la alegación ni se acredite que la decisión empresarial esté vinculada con la situación de fuerza mayor o con causas económicas, productivas u organizativas vinculadas a la COVID-19, y siendo ésta además la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento del art. 2 del RDL 9/2020, caso de que fuese aplicable a la demandante, debe de calificarse como constitutiva de un despido improcedente, desestimando la petición de nulidad que ha efectuado la parte actora en la demanda iniciadora del presente juicio.

Conforme a lo previsto en el art. 56 del ET y en el art. 110 de la LRJS, debe por eso condenarse a la empresa demandada a la readmisión de la actora en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido, con abono en ese caso de los salarios de tramitación, o a que le indemnice con la cantidad correspondiente. A los efectos del cálculo de la indemnización, teniendo en cuenta el tiempo de prestación de servicios y salario regulador que se ha declarado probado, utilizando la herramienta informática que ofrece la página oficial del CGPJ, se obtiene la suma de 1.828,86 euros (s.e.u.o; salario diario de 29,12 X 17 meses X 2,75 días por mes).

En los términos señalados, se estima parcialmente la demanda y se condena a la empresa a la readmisión o a la extinción indemnizada.

TERCERO.- A tenor de lo dispuesto en el Art. 97.4 de la LRJS se deberá indicar a las partes si la Sentencia es firme o no, y en su caso los recursos que contra ella proceden, así como las circunstancias de su interposición. En cumplimiento de ello se advierte a las partes que la presente resolución no es firme y que contra ella puede interponerse RECURSO DE SUPPLICACIÓN, con todos los requisitos que en el fallo se señalan, según se desprende del Art. 191 LRJS.

Vistos los arts. 9, 117 y siguientes de la Constitución Española, así como los arts. 2, 5 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y todos los que son de aplicación en estas actuaciones.

FALLO



Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda de declaración de nulidad o, subsidiariamente, improcedencia, de despido, deducida por Sara contra BARMELDA SLU, debo declarar y declaro improcedente el despido de la demandante producida con efectos del 20 de agosto de 2020 y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la empresa demandada a estar y pasar por la anterior declaración, y a readmitir a la demandante en iguales condiciones a las que regían con anterioridad al despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde el 20 de agosto de 2020 hasta que tenga lugar la readmisión, a razón de 39,12 euros al día, o a que le indemnice con la suma de 1.828,86 euros (s.e.u.o.).

Contra esta sentencia cabe recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que se anunciará dentro de los CINCO DÍAS siguientes a su notificación, bastando para ello la manifestación de la parte, de su Abogado o de su representante en el momento de la notificación pudiendo hacerlo también estas personas por comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el mismo plazo.

Se acompañará al anuncio justificante de haber ingresado 300 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, con referencia expediente: 3160 0000 65 0637 20 en la entidad Banco Santander, y justificante de haber ingresado, en operación aparte, aunque en el mismo Banco y Cuenta, esta vez con la referencia: 3160 0000 67 0637 20, la cantidad objeto de condena. En caso de realizarse los ingresos mediante transferencia bancaria habrá que consignarse en la cuenta IBAN nº ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando como concepto las referencias citadas.

Esta última cantidad, podrá ser substituida por aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Al hacer el anuncio, se designará por escrito o por comparecencia, Letrado o Graduado Social colegiado que dirija el recurso, y si no lo hace, habrá que proceder al nombramiento de oficio, si se trata de trabajador o empresario con beneficio de Justicia Gratuita.

Se hace saber a la empresa que la opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de la Sentencia que declara el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia, y, a su vez que, en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o indemnización, se entiende que procede la primera.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo. E/.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.