

El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre](#)

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

España va a ratificar la Carta Social Europea revisada. La consecuencia debe ser un reforzamiento de la protección frente al despido arbitrario o sin causa real en virtud de su artículo 24. Un plus de protección que debe producirse tanto para los despidos vinculados a la pandemia de COVID-19 como a los despidos sin causa real en situaciones de la «vieja normalidad». Antes de este cambio legal, una parte de la doctrina judicial, con el argumento de realizar un juicio de conformidad de las leyes españolas a las normas internacionales, al artículo 24 de la Carta Social Europea revisada y al Convenio 158 de la OIT, se ha rebelado en contra de la jurisprudencia, ordinaria y constitucional, que venía considerando que el derecho español sobre despido injustificado sí es conforme al derecho internacional. El resultado es una extrema disparidad de criterios interpretativos, que están provocando una gran –a veces innecesaria– inseguridad jurídica. El autor de este análisis expone las principales decisiones judiciales de forma crítica y propone alternativas que, a su juicio, son más racionales jurídicamente y más ecuanímenes socioeconómicamente.

Palabras clave: despido sin causa; COVID-19; Carta Social Europea revisada; Convenio 158 OIT.

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 455, 230-246.

Dismissal with unreal cause: predictable changes with the ratification of the revised European Social Charter?

Commentary on the judgment of the Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020 of 19 November

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Spain is going to ratify the revised European Social Charter. The consequence must be a reinforcement of the protection against arbitrary dismissal or without real cause by virtue of its article 24. This added protection must be produced for dismissals linked to the COVID-19 and dismissals without real cause, for ordinary or normal times. Before this legal change, a part of the judicial doctrine, with the argument of carrying out a judgment of conformity (conventionality) of Spanish laws to international standards, to article 24 of the revised European Social Charter and ILO Convention 158, has rebelled against the previous jurisprudence, the Supreme Court and the Constitutional Court. The Spanish High Courts have been assessing that Spanish law on dismissal without real cause or with fraudulent cause is in accordance with international law. The result is an extreme disparity of interpretive criteria. This strong contrast of criteria causes extreme –sometimes unnecessary– legal uncertainty. The author criticizes this chaotic judicial situation and proposes alternatives that, in his opinion, are more legally rational and more socio-economically equanimous.

Keywords: dismissal with unreal cause; COVID-19; revised European Social Charter; ILO Convention 158.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). Dismissal with unreal cause: predictable changes with the ratification of the revised European Social Charter? Commentary on the judgment of the Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020 of 19 November. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 455, 230-246.

[...] letras sin virtud, son perlas en el muladar [...] la pluma es lengua del alma: cuales fueren los conceptos que en ella se engendraren, tales serán sus escritos [...].

Miguel de Cervantes (*Don Quijote de la Mancha*)

1. Marco normativo: la gran tensión entre el viejo marco nacional que se desmorona y el nuevo internacional que no termina de nacer

Una norma puede vivir inalterada en su redactado durante décadas, pero adquirir su comprensión práctica, en un cierto momento, un nuevo sentido para acomodarse «a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad» (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 198/2012, de 6 de noviembre). Conforme a los artículos 3 del Código Civil (CC) (criterio de interpretación realista) y 10 de la Constitución española (CE) (criterio de la dignidad según estándares de protección internacional), las leyes en general, y aquellas sobre derechos humanos en particular, son árboles vivos, no letras muertas o tablas pétreas. El signo del tiempo y los nuevos rumbos de la vida, aquí del trabajo, cincelan su sentido y no pueden dejar de imprimir su huella en el tránsito de ley prescrita a práctica normalizada.

La insigne institución jurídico-social de la protección frente al despido arbitrario o sin causa justificada está en absoluta efervescencia. En el plano de los despidos colectivos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 17 de diciembre de 2020 (rec. 48/2020) (nulidad del realizado por el Grupo Alcoa Inespal) ha terminado de encender los ánimos y prender la mecha de una contrarreforma de la regulación liberalizadora promovida en 2012, como indicamos en los análisis de actualidad de este número, sumándose, en el tránsito de lo colectivo a lo individual, el acto de rebeldía judicial frente al derecho de precedentes de la STSJ de Baleares 412/2020, de 18 de noviembre. En el de los despidos individuales, disciplinarios (art. 54 Estatuto de los Trabajadores –ET–) y objetivos (art. 52 ET), este papel (para unos honorable, para otros cizañador) de sacudida del *statu quo* en pro de un nuevo rumbo cabe atribuirlo al, tan rico como convulso, Pleno de la sala de suplicación catalana, a raíz de la STSJ de Cataluña 3550/2020, de 21 de julio. En ella se declaró la improcedencia de un despido objetivo sin especificación de la causa que la fundamentaba, sobre la base de la conformidad de nuestro derecho al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a la Carta Social Europea revisada (CSEr), por 16 votos a favor y 9 en contra.

Por supuesto, nos situamos en la «ley ordinaria» («vieja normalidad») de los despidos sin causa o arbitrarios. Es conocido –y de ello venimos dando cuenta de forma puntual igualmente en esta revista– que aquel problema está presente, incluso se agudiza, en la actual situación «pandémica» (legislación –no propiamente derecho– de emergencia), en la que las dudas interpretativas en torno a si los despidos sin causa, con causa falsa o prohibida para eludir las salvaguardas ([art. 2 Real Decreto-Ley –RDL– 9/2020, de 27 de marzo](#), y [disp. adic. sexta RDL 8/2020, de 17 de marzo](#)) frente a los ceses vinculados a cuestiones derivadas de la crisis por la COVID-19, ameritan la calificación de nulidad o la de improcedencia. A las sentencias sabidas que optan por la nulidad, se les van sumando otras, cierto que de forma minoritaria, con idénticos órganos judiciales protagonistas o nuevos, de instancia, caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 6 de Oviedo 363/2020, de 22 de octubre, e, incluso, de suplicación social, como ilustra la STSJ de Asturias 18/2020, de 26 de octubre. En ella se declara la nulidad del despido colectivo ([art. 124.11 Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–](#)) no solo por la falta de información (documentación) debida, sino por basarse en las mismas causas que el expediente temporal de regulación de empleo por fuerza mayor durante el estado de alarma por razón de la COVID-19, lo que estaría vetado (FJ 4.º).

Ciertamente, no le van a faltar oportunidades a la sala de suplicación social asturiana para reafirmar y perfeccionar, o modular, su criterio. Otros juzgados de lo social de su ámbito jurisdiccional mantienen posiciones diferentes. Sería el caso, por ejemplo, de la SJS número 1 de Oviedo 297/2020, de 19 de octubre, o de la SJS número 1 de Gijón 194/2020, de 18 de septiembre. Estas y otras sentencias del mismo ámbito se alinean con la posición –de momento– claramente mayoritaria en la instancia social, según la cual las causas de nulidad se encuentran tasadas, en relación con los despidos objetivos, y, por lo tanto, nada habría en la nueva legislación de emergencia que mutase la situación en las leyes ordinarias laborales, las de la «vieja normalidad».

Tampoco echará de menos la sala de suplicación catalana nuevas oportunidades para probar la firmeza de su criterio mayoritario, o para mostrar que se ha abierto hueco la minoría. Otras sentencias de instancia social de la capital catalana se apartan tanto de la calificación de nulidad como de la indemnización adicional disuasoria, con expreso rechazo de las tesis creativas de su homólogo Juzgado número 26 de Barcelona (Sentencias 26, 170 y 174/2020, de 31 de julio), porque, a su juicio, ya es suficientemente disuasorio el [artículo 56 del ET](#) (por ejemplo, SJS núm. 35 de Barcelona 50/2020, de 18 de noviembre, y conforme al [Convenio 158 OIT](#) según el Auto del Tribunal Constitucional –ATC– 43/2014, de 12 de febrero). Contrasta de raíz con las tesis de la nulidad, se trate de despidos con causa irreal ajenos a la COVID-19 o vinculados a ella (por ejemplo, SJS núm. 29 de Barcelona 180/2020, de 28 de julio, en línea con la SJS núm. 3 de Sabadell 93/2020, de 6 de julio –situación vinculada a la pandemia–). Y como no suele haber «dos sin tres» hemos conocido que la SJS número 1 de Barcelona 283/2020, de 15 de diciembre, ha completado el rompecabezas con la tercera pieza que faltaba: la procedencia (un despido con causa en la crisis de la COVID-19 sí puede ser declarado justificado si se prueban razones económicas suficientes para ello, pues la ley nacional no podría prohibir este tipo de despidos,

en virtud de la libertad de empresa ex [art. 38 CE](#) y ex art. 16 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–).

Como la sala de suplicación balear, también tendrá ocasión de probar si se mantiene en esa rebeldía frente al derecho de precedentes, reafirmando su competencia relativa al juicio de convencionalidad en relación con el [Convenio 158 OIT](#) y la [CSEr](#) (la [STC 140/2018, de 20 de diciembre](#), atribuye en exclusiva a la jurisdicción ordinaria y distingue de la constitucionalidad) o no, o en qué casos sí y en cuáles no. Varias sentencias del JS número 4 de Palma de Mallorca mantienen que, para los despidos con causa irreal o fraudulenta, la sanción, ordinaria o vinculada a la COVID-19, es la improcedencia (por ejemplo, [SJS núm. 4 de Palma de Mallorca 117/2020, de 31 de agosto](#)).

La disparidad de criterios interpretativos no puede ser mayor y la incertidumbre lejos de menguar acrece exponencialmente. Ahora bien, el motivo de emprender este estudio reside también en un dato estadístico, que tiene que ver con la aplicación e interpretación realista ([art. 3 CC](#)) de las normas y sus garantías de efectividad, una vez esa acredita que los desarrollos legislativos han perdido su efecto útil (diría el Tribunal de Justicia de la Unión Europea), su efectividad, esto es, la coherencia entre el mandato normativo y la conducta normalizada de quienes están obligados a cumplirlo. Me refiero a la prueba estadística de la intensa devaluación del coste del despido, hasta normalizarlo frente a la configuración normativa como *ultima ratio*.

Una pionera [publicación](#) oficial relativa a la estadística sobre el coste de los despidos en España pone cifras concretas, escribe blanco sobre negro, a lo que ya se conocía (incluso por estudios de la OCDE, que acreditan que España es el país de tan selecto club que más ha debilitado la protección frente al despido arbitrario desde 1994), pero que impresiona más cuando se hace numérico. No obstante, siempre hay quien da la vuelta a los datos y los presenta en sentido contrario, como pretendidamente elevados, valorando que despedir a una persona trabajadora fija –que son las que más sufren el despido, lógico, pues para las temporales bastará con esperar a que cese por su causa– «[roza nada menos que los 17.000 euros](#)». Pero, se mire como se mire, España es uno de los países de la Unión Europea donde más despidos se realizan en media anual, al margen de las situaciones críticas –en las que se desbordan–, rondando los 450.000, porque es uno de los de menor coste indemnizatorio: contadas las personas fijas y temporales despedidas, apenas llega a los 10.000 euros de media (9.652). Además, evidencia notables diferencias (desigualdad):

- de género, pues se despide más a hombres (243.321) que a mujeres (182.425), pero las indemnizaciones son mayores para ellos (la cuantía de la indemnización media es superior en un 33 % en los hombres respecto de las mujeres). En suma, también la brecha indemnizatoria de género por despido existe;
- de sector de actividad (las diferencias pueden llegar a ser de 10 a 1: la media más reducida está en el sector de hostelería, apenas 6.000 €); y, por supuesto,

- de tipo de contrato: la diferencia puede llegar a ser de 200 a 1 según el caso (coste medio del despido indefinido y a tiempo completo: 16.977 €; temporal y a tiempo completo: 1.131 €; temporal y parcial: 474 €; personas fijas discontinuas: 3.375 €).

El coste sigue a la baja, por cuanto en los 2 años finales del estudio la reducción es más intensa. El problema se agravará en 2019-2020. La caída continuada del coste monetario del despido en general, y del arbitrario en particular, por factores jurídicos (devaluación garantista en aras de su normalización como técnica de gestión del factor trabajo) y económicos (de mercado), desnuda un profundo desajuste entre el deber ser normativo (principio de la estabilidad en el empleo, favoreciendo las medidas de gestión interna sobre la externa) y su ser real (facilidad extrema para despedir, primando, en el plano fáctico, la flexibilidad externa).

Pues bien, ante esta toma de conciencia social –además de prueba estadística– de la realidad devaluadora de la ley nacional, adquiere mayor vigor la nueva norma internacional social que ha de regir esta cuestión (la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso propuso al Pleno de la Cámara que conceda autorización para ratificar la CSEr –[BOCG de 30 de diciembre de 2020, núm. 46-2](#), p. 1–). Cómo no, me refiero al artículo 24 de la [CSEr](#). A su tenor, para «garantizar el ejercicio efectivo» del derecho de «los trabajadores» [el lenguaje inclusivo de género no es tampoco fuerte de la Constitución social de Europa] a la protección en caso de despido, las partes se comprometen no solo a reconocer el derecho a no ser despedido sin que existan «razones válidas», sino también a garantizar, en caso de despido sin causa válida, «una indemnización adecuada [u] otra reparación apropiada [...]».

Si la exigencia de una causa válida para despedir (vinculada a la conducta de la persona trabajadora, su capacidad o al funcionamiento de la empresa: el despido como decisión causal, no como negocio jurídico abstracto ni puramente formal), así como la de la acción judicial, no aporta nada al sistema vigente (la exigencia de causa es contenido esencial del [art. 35 CE](#) y la defensa judicial del [art. 24 CE](#)), sí que los efectos previstos ante su ausencia plantean problemas de ajuste significativos. Así, ni la garantía típica indemnizatoria es el único remedio previsto, exigiendo una «reparación apropiada» a las diversas situaciones (por ejemplo, readmisión obligatoria, no solo para la violación de derechos fundamentales, o del procedimiento de despido colectivo, como en el caso español), ni la garantía indemnizatoria puede ser la que libremente se estime por la ley nacional, al margen de su eficacia para disuadir del despido sin causa válida, sino que, en todo caso, debe ser «adecuada». Frente a un modelo legal nacional rígido, predeterminado y tasado legalmente, mediante soluciones generales y abstractas, el modelo legal social europeo (reflejo del [art. 10 Convenio 158 OIT](#)) se basa en soluciones más flexibles y abiertas, ajustables a las circunstancias concurrentes, para que sean realmente, no solo presuntamente, «adecuadas».

Y es aquí, precisamente, donde adquiere un valor particular la [STSJ de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre](#). Aunque es el ensayo, a mi entender, más solvente

de construcción científico-judicial del fundamento del régimen de improcedencia para los despidos sin causa justificada o irreal, contiene dos afirmaciones muy dudosas a la luz de los imperativos del artículo 24 de la [CSEr](#), así como del artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#). A saber:

- La cuestión de la calificación de nulidad o improcedencia de un despido sin causa o causa irreal es una cuestión procesal, no sustantiva, y la –distinta dogmáticamente– relativa a las consecuencias indemnizatorias, un problema económico (establecimiento de los costes de oportunidad), no jurídico.
- El efecto disuasorio o no de la indemnización para desincentivar la conducta es una cuestión de reprobación social, que excede el recurso.

2. Supuesto de hecho: parquedad del relato fáctico, un silencio elocuente

El relato fáctico en este caso será muy breve, no por laconismo narrativo, sino porque en la exposición de hechos probados solo aparece que una persona trabajadora, empleada en una empresa de frutas onubense, desde el 5 de julio de 2015 al 7 de marzo de 2017, con un salario diario (prorrata de las pagas extraordinarias) de 46,57 euros y categoría de peón no cualificado, ve extinguido su contrato mediante «certificado de empresa» en el que como causa figura un texto tan parco como elocuente: «despido del trabajador». Una vez presentada la correspondiente demanda, es estimada, calificándose como un despido improcedente, con las consecuencias legales derivadas (arts. [56 ET](#) y [110 LRJS](#)). Ante su (lógica) insatisfacción por tan reducida tutela monetaria frente a una decisión tan huérfana de fundamentación (2.689,42 € –como vemos, está muy por debajo de la media indemnizatoria en los sectores más precarizados, según el ya citado [estudio](#) de costes promedio del despido en España–), el trabajador presentará recurso de suplicación arguyendo que, no concurriendo causa real y seria, debe tenerse como un despido fraudulento y, en consecuencia, nulo, por así exigirlo el artículo 4 del [Convenio 158 de la OIT](#) en relación con el [artículo 24 de la CE](#).

3. Doctrina judicial: nuevas –y sólidas– razones para un fallo con aroma de conservación nostálgica de un caduco derecho de precedentes

La citada [STSJ de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre](#), desestimará el recurso puesto por la defensa letrada del trabajador. En una apretada síntesis de un riquísimo razonamiento, tributario de la posición esgrimida por un sector de la doctrina científica, cabe sintetizar sus argumentos en dos grupos. A saber:

1. Un grupo de razones conceptuales, que obedecen a una construcción de estricta y clásica –también algo rígida y formalista– «dogmática contractual civilista».

A su vez, en este grupo, dos argumentos adquieren especial significación:

- El despido en España mantendría su naturaleza de negocio jurídico causal, sin que las sucesivas reformas hayan operado su reducción (degradación) a formal. Por tanto, predicar de la irrealidad de la causa la nulidad confundiría calificación judicial del despido (nulidad o improcedencia, cuestión procesal –arts. 56 ET y 110 LRJS–) y sanción de la causa contraria a la norma, resuelto con su extinción ex artículo 6.3 del CC (FF. JJ. 2.º y 3.º).

En sus términos, esta reducción se formula así:

Sentado que la causa no tiene una naturaleza meramente formal [...] subyace la confusión entre [...] la calificación de nulidad o improcedencia, sin afectar a la naturaleza causal de la decisión de despedir, de la dimensión procesal.

Es decir, [...] está exigiendo al empresario el cumplimiento del programa de prestación ahora ilegítimamente incumplido con la consecuencia del apartado 3 del art. 6 CC: la nulidad del acto extintivo [...] [pero] extender los efectos de los apartados 3 y 4 del art. 6 CC a la dimensión procesal [...] no solo implica una confusión conceptual, [...] también [...] hace imposible distinguir el despido sin alegación de causa alguna o por causa falsa del [...] improcedente [...] (FJ 3.º).

- El alcance concreto de la responsabilidad por un despido ilícito, al presumirse siempre causal y formal, pese a la irrealidad material del despido, incluso la falsedad de su causa, es una cuestión concerniente a los costes de oportunidad relativos al incentivo-desincentivo de una determinada conducta. Por lo tanto, pertenecería a la ciencia económica, no a la jurídica, de modo que valorar si es o no suficientemente disuasivo el remedio previsto para tratar de evitar el comportamiento socioeconómicamente reprochable excede el ámbito del juicio jurídico.

Por tanto, circunscrita la nulidad del artículo 6.3 del CC al acto extintivo, distinta de la calificación judicial de nulidad (cuestión procesal resuelta conforme a las leyes laborales), quedaría fuera de la valoración judicial el mayor o menor efecto disuasorio del remedio indemnizatorio atribuido por la ley laboral a esa ilicitud de la conducta extintiva. Y ello porque: «Cuestión distinta es si la prestación por equivalente parece suficientemente disuasiva para tratar de evitar un comportamiento que se entiende que es socialmente reprochable, pero ello excede del objeto de este recurso» (FJ 3.º).

2. Razones normativas. La naturaleza causal del despido integra el contenido esencial del derecho al trabajo (SSTC 22/1981, 192/2003, 8/2015), pero ni la Constitución (ni su intérprete

máximo) ni el derecho internacional (ni su intérprete nacional supremo) anudan la nulidad (el modelo de estabilidad real: readmisión obligatoria) al despido sin causa o con causa irreal o falsa.

La sala andaluza cierra su rico despliegue argumental con un doble razonamiento normativo «patrio», a fin de evidenciar que nada ha cambiado (función conservadora de la jurisprudencia) en la comprensión jurídica del despido sin causa o con causa irreal. De un lado, según la [STC 185/2014](#), recuerda que no existiría «la posibilidad de una interpretación constitucional de la ley de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención de causa conlleva la nulidad». De otro, trae a colación la consolidada jurisprudencia social conforme a la cual se limitarían los efectos de la nulidad judicial a los supuestos explícitamente recogidos en la norma nacional, habiendo sido abandonada, hace casi 30 años, la construcción del despido radicalmente nulo por causa excepcionalmente irreal o falsa (Sentencia del Tribunal Supremo –[STS](#)– de 5 de mayo de 2015, [rec. 2659/2013](#)).

Ninguna valoración realizará, sin embargo, respecto al actual escenario de protección multinivel de los derechos sociales fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo ex artículos 30 de la [CDFUE](#), 10 del [Convenio 158 OIT](#) y 24 de la [CSEr](#). Quizás porque presume su adecuación a la ley internacional, conforme al [ATC 43/2014, de 12 de febrero](#) (y [STC 118/2019](#), respecto del despido por absentismo), y, consecuentemente, en línea con la –más discutida internamente– [STSJ de Cataluña de 21 de julio de 2020](#), concluye:

[...] si asumimos que la causa no tiene atribuida una naturaleza meramente formal, ya no puede sostenerse que la causa esté al margen del marco constitucional e internacional y el abono de una indemnización ante la extinción sin causa no supone una degradación de la causa a un elemento estrictamente formal (FJ 2.º).

Pero ¿verdaderamente, desde un punto de vista jurídico (normativo) y fáctico (realista), este estado de cosas es como se ha descrito y valorado? ¿Realmente el inmovilismo jurídico es el auténtico estado del arte interpretativo del despido sin causa o irreal, para un sistema típico de una protección multinivel frente al despido arbitrario?

4. Trascendencia de la doctrina más allá del caso: el inexorable juicio de convencionalidad requiere una evolución controlada del sistema

4.1. El reduccionismo normativo y el exceso de idealismo al primar la esencia dogmática civil sobre la existencia práctica de la ley: de la calificación a la protección efectiva

No hay duda de la importancia de la decisión jurisdiccional aquí comentada, que ocupa un lugar destacado, en términos de rigor jurídico-conceptual, en el actual escenario vacilante

y de extrema inseguridad (sea en situaciones ordinarias, sea en emergencia). Aporta un plus conceptual a la [STSJ de Cataluña de 21 de julio de 2020](#), que ofrece un análisis muy profundo, del que adolece la sentencia andaluza, sobre la conformidad de la legislación nacional (arts. [56 ET](#) y [110 LRJS](#)) al derecho internacional, clave ante el horizonte inmediato de ratificación de la [CSEr](#) y aceptación del control directo por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Acepto algunas claves, conceptuales y normativas, de ambas. Pero mi comprensión es más crítica. Entiendo inexorable una evolución interpretativa, aun con rigor, sin el libre arbitrio-judicial que algunas decisiones postulan al amparo de la patente de curso hermenéutica que parece –erradamente– daría el juicio de convencionalidad, como vengo evidenciando.

Cierto, sin un cambio legislativo, ni las leyes de excepción ni, para las situaciones ordinarias, la ratificación del artículo 24 de la [CSEr](#), en la medida en que no es disímil de lo que exige el artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#), dejarán de hacer de la calificación de improcedencia la regla general en situaciones de despido sin causa o con causa falsa o irreal. Una regla respaldada por el derecho de precedentes jurisprudenciales, un tanto ajeno, dicho sea de paso, a un juicio de convencionalidad internacional más exhaustivo y riguroso, apegado en extremo, en este punto, al «patriotismo normativo», lo que deberá cambiar con la ratificación, la doctrina (cuasi) jurisprudencial, y en todo caso de gran valor interpretativo, del CEDS.

El favor por la improcedencia emerge por doquier. Así sucede respecto de la legislación de emergencia, como ya se indicó, donde son legión las decisiones –de instancia social– favorables a la calificación de improcedente si se viola el [artículo 2 del RDL 9/2020](#) (otras: [SJS núm. 1 de León 218/2020, de 1 de octubre](#), y [SJS núm. 1 de Ponferrada 170/2020, de 9 de octubre](#), etc.), superando con mucho a las que apuestan por la nulidad, apelando por lo general al [artículo 6.3 y 4 del CC](#) y a la voluntad legislativa –lo que es una falacia–. Y, sin duda, viene sucediendo también respecto de las situaciones de «vieja normalidad», ordinarias. Así:

- la doctrina jurisprudencial que reitera la desaparición de la nulidad del despido con causa irreal y a la que se aferran tanto la sala catalana como la andaluza;
- la [STS 925/2018, de 23 de octubre](#), que califica un despido objetivo por causas económicas incumpliendo una cláusula de empleo pactada en un acuerdo de empresa como improcedente. No es baladía, por cuanto augura análoga solución para la inobservancia de la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#) (a la improcedencia habrá que sumar la obligación de reintegro total de los beneficios sociales indebidamente percibidos);
- la [STS 913/2020, de 14 de octubre](#), que, en un despido objetivo, entiende que la mejora de la indemnización fijada en el acuerdo del despido colectivo ha de estar incluida en la necesaria puesta a disposición. En otro caso, procede la declaración

de improcedencia del despido como consecuencia de su no cumplimiento, al constituir un error inexcusable;

- la [STS 566/2020, de 1 de julio](#), que califica de improcedente la extinción ([art. 49.1 b ET](#)) por incumplimiento de la cláusula de rendimiento pactada si no aporta la empresa datos comparativos de los rendimientos, por la persona trabajadora y sus compañeros/as.

Esta última referencia jurisprudencial merece un comentario particular. En realidad, expresa una línea hermenéutica revitalizadora del imperativo de justificación causal real, sería, no en abstracto, por exigencias no solo de la esencia civilista del negocio (reclama la conexión del [art. 49.1 b ET](#) con el [art. 1.124 CC](#)), sino también, y sobre todo, como de garantía de efectividad de los principios jurídicos sustantivos, como la buena fe y la prohibición del abuso de derecho, así como del fraude, ex artículos [6](#) y [7](#) del CC, a los que sirve. De ahí que condene la falta de seriedad y de precisión motivadora (en este caso, de los elementos precisos para verificar si los objetivos de la cláusula de rendimiento son posibles y razonables), con la nulidad de tales criterios y la improcedencia del despido basado en su pretendido incumplimiento (por ejemplo, [STS 600/2020, de 3 de julio](#)). Un análogo enfoque prevalente de garantías, sobre el de construcción conceptual, e incluso de tipicidad legal, que está también presente en el derecho de precedentes relativo a los despidos colectivos con una causa falsa o fraudulenta.

Como puede comprobarse, el eje de la interpretación del sistema de las garantías jurídicas –causales y de forma– no se sitúa tanto en la calificación judicial (ni en la construcción dogmática que la soporta), sino en la efectividad de la protección. Esto es, el eje cardinal de la tutela judicial se sitúa en el efecto útil de la protección constitucional [ex artículo 35 de la CE](#) y de los principios generales del derecho (buena fe, estabilidad en el empleo, ejercicio social de las facultades contractuales, etc.), sobre una interpretación de las leyes conforme al contexto normativo superior y a criterios realistas ([art. 3 CC](#) en relación con los arts. [1](#), [9](#) y [10 CE](#)). Justamente, la prevalencia de este doble criterio interpretativo (efectividad de un derecho humano social fundamental, realismo para evitar que, *de facto*, pierda su efecto útil) es la razón de ser del artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#) y, tras recibir su inspiración directa, del artículo 24 de la [CSEr](#) e, incluso, del artículo 30 de la [CDFUE](#) (para materias reguladas por el derecho de la Unión Europea, como, por ejemplo, serían los despidos colectivos).

Por eso, ni el artículo 10 de la [norma social universal](#) ni el artículo 24 de la [norma europea](#) (la norma constitucional social europea, no se olvide, porque tiene implicaciones hermenéuticas directas) se preocupan de cuál es la calificación (jurídica nacional) apropiada para un despido sin justa causa o causa irreal. Su centro de atención está en la garantía de efectividad prevista y esta se define en términos de un imperativo de «reparación adecuada». Reparación que tanto se puede predicar de la nulidad-readmisión, como

de la improcedencia-indemnización, según los casos concretos, sin que, de proceder la indemnización (conforme a la legislación nacional), pueda dejar de exigirse que sea adecuada, esto es, «disuasoria».

4.2. El control de la real adecuación reparadora, como el efecto indemnizatorio disuasorio, es inherente a la tutela judicial efectiva, no opcional ni económico

Es aquí donde reside, a mi juicio, la principal novedad de la normativa internacional y, por lo tanto, su radical impacto en nuestro sistema legal, así como en nuestra experiencia forense. El primero establece un sistema tasado, sobre dos criterios generales y abstractos (días de salario por año trabajado), cada vez más rebajados, además, al margen de toda valoración de su carácter adecuado-disuasorio. La segunda prescinde de valorar ese estándar de reparación cualificada internacional, sobre la base de la automaticidad de la previsión legal nacional. El contraste con la doctrina del CEDS (y de la CEARC: Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones –para el [Convenio 158 OIT](#)–) es radical, por cuanto exige ese juicio de adecuación, como ya se comentó en su día al analizar su [Resolución de 11 de septiembre de 2019 \(núm. 158/2017, Confederazione Generale Italiana del Lavoro –CGIL– vs. Italia\)](#) y que ha sido acogida por la doctrina constitucional italiana, según se dijo igualmente en su día:

Si existe un límite máximo de indemnización por daños pecuniarios, la víctima debe poder solicitar una indemnización por daños no pecuniarios a través de otras vías jurídicas y los tribunales competentes para la indemnización por daños pecuniarios y no pecuniarios deben decidir en un plazo razonable.

Desde esta interpretación, cristalina como un mar de coral, es difícil entender que siga la doctrina judicial y jurisprudencial, así como la constitucional (pero ella misma reconoce que no ejerce con tales juicios competencia propia, sino que es exclusiva de la jurisdicción ordinaria –[STC 140/2018](#)–), afirmando, sobre razonamientos abstractos, que nuestro derecho se ajusta plenamente a las normas internacionales en este punto. Huérfana totalmente de razonamiento al respecto la [sentencia andaluza comentada](#), el muy profuso desplegado por la sentencia de Pleno en el TSJ de Cataluña adolece, a mi juicio, de imprecisiones. Al respecto, si se puede compartir su rechazo a que la norma internacional solo tenga satisfacción adoptando las garantías de nulidad-readmisión, conforme a un pretendido modelo de garantismo fuerte (la realidad es que tal garantismo no está ni en los textos ni en las doctrinas jurisprudenciales que le dan sentido, ni internacionales ni en la práctica totalidad de los ordenamientos europeos), no puede hacerse lo mismo cuando afirma, sin más, que una indemnización alternativa automática a la nulidad es, en sí misma, «adecuada».

Pero ¿cómo puede hacerse una afirmación tan apodíctica sin atender a la realidad resultante de su aplicación y a la abstracción y automaticidad de sus criterios, cuando hemos visto que, en el plano de la prueba estadística, las indemnizaciones resultantes, normalizadas, como media, la del estándar de persona trabajadora media, o más frecuente, son pírricas? Atrincheradas, o, a mi entender, enrocadas en una construcción dogmática y formalista, ancladas en el dato legal positivo nacional, y con una lectura de las normas internacionales apegada a la letra del texto, se rechaza:

- la degradación de la causa a elemento formal (irrelevante o no tomado en serio en las decisiones extintivas empresariales, perdiendo su dimensión de control de fondo ex [art. 35 CE](#) y ex art. 4 [Convenio 158 OIT](#)) y
- la devaluación del coste del despido, de modo que ha dejado de tener un efecto disuasorio, en términos del artículo 10 del [Convenio 158 OIT](#) y del 24 de la [CSEr](#).

El simple contraste del dato legal con el dato real evidenciaría que en España queda el despido *ad nutum* prohibido constitucionalmente, pero existe en la práctica –el dato estadístico es irrefutable, y no está privado de efecto jurídico, mediado por el art. 24 [CSEr](#)– «despido libre (con causa aparente o irreal), pero (cada vez peor) pagado».

En suma, frente al dilema –falso en clave internacional– sobre nulidad o improcedencia del despido con causa irreal (distinto sería con causa prohibida, procediendo la nulidad), se debe verificar si, una vez aplicada la ley nacional, el resultado concreto se corresponde o no con el mandato internacional de «reparación adecuada» y, en su caso, si la indemnización es razonablemente útil a los efectos del estándar disuasorio. Este es inherente, no opcional, al juicio de control judicial. En modo alguno, el mayor o menor efecto desincentivador de la norma en la conducta socioeconómicamente reprobable puede ser indiferente (en contra de lo sugerido en la sentencia anotada) a su garantía de efectividad. El juicio de efectividad se requiere expresamente en ambas normas internacionales. Cierto, alterará la cultura tradicional de automaticidad y creará importantes problemas aplicativos a falta de disposición legal; pero es la ley prevalente ex [artículo 96 de la CE](#) y, por lo tanto, ex [artículo 24 de la CE](#).

4.3. De la solución en «normalidad» a la previsible en «excepcionalidad pandémica»: la deliberada ambigüedad legislativa no debe castigar la razón social

¿Y para el [artículo 2 del RDL 9/2020](#), qué? Desde el inicio, vengo insistiendo en que estamos ante una ambigüedad legal deliberada, es decir, prevista, calculada y buscada por

el Gobierno-legislador en este ámbito. El objetivo evidente –aún no expresado, lógicamente, pero es un «silencio elocuente»– es ganar tiempo, hasta tanto no se consolide un criterio jurisprudencial al respecto, conscientes de que habría disparidad de criterios judiciales, para mantener al tiempo las expectativas de las personas empleadoras (de ver cómo los tribunales, ante la falta de prohibición expresa, aplican el criterio precedente jurisprudencial: el despido con causa irreal o falsa es un despido improcedente) y las propias de los sindicatos (de ver cómo, ante la «clara» voluntad legislativa de «prohibir los despidos» en pandemia, pues media un plan de ayudas muy contundente para el mantenimiento de empleo, los tribunales tenderían a rectificar el derecho de precedentes, o al menos introducir una regla de excepción para estos tiempos de pandemia).

No es el [artículo 2 del RDL 9/2020](#) el único ejemplo de esta –muy criticable– técnica legislativa. Ya se ensayó con la derogación de la modalidad de despido objetivo por absentismo laboral ([RDL 4/2020, de 18 de febrero](#), devenido, sin modificaciones, en la [Ley 1/2020, de 15 de julio](#)). La [STS 784/2020, de 17 de septiembre](#), lo reafirmaría. En el caso se discutía «si la carta de despido objetivo por absentismo [de teleoperadora especialista], acaecido bajo la vigencia del derogado artículo 52 d) ET, debe especificar las jornadas hábiles del periodo tomado en cuenta, so pena de improcedencia» (FJ 1.^o). Frente a la exigencia de una carta exhaustiva, indicando no solo porcentajes de ausencia, sino también las jornadas laborales hábiles exigibles contractualmente, para facilitar el cálculo a la persona trabajadora (por ejemplo, [STSJ de Madrid 609/2017, de 28 de septiembre](#) –también teleoperadora–), el TS toma partido por la línea más flexible: bastará con indicar los porcentajes de ausencia laboral ([STSJ de Madrid 219/2018, de 28 de febrero](#)).

Eso sí, dicho sea, al paso, la derogación de esta modalidad de despido objetivo (conlleve, en caso de contravención de la previsión legal, improcedencia o nulidad) no significa que las empresas pierdan su poder de control del absentismo laboral ex [artículo 20.4 del ET](#). Si bien, como es lógico, los costes derivados (por ejemplo, gastos de desplazamiento para someterse a los controles) deben ser a cargo de las empresas, aunque externalicen esa facultad de control a otra empresa especializada a tal fin. Así lo afirma la [STS 1025/2020, de 24 de noviembre](#), fundamentando la garantía de indemnidad económica para la persona trabajadora, entre otros preceptos, en el reciente [RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#) (trabajo a distancia). En todo caso, ni rastro de la menor sospecha de disconformidad jurídica de las regulaciones en esta materia al orden internacional, más bien todo lo contrario (FJ 3.^o, punto 1).

¹ Podemos comprobar cómo el TS ni se plantea cuestión alguna de convencionalidad ex [artículo 96 de la CE](#) ni tan siquiera tiene en cuenta de que se trata de una trabajadora en un sector especialmente feminizado, de modo que, por enésima vez, en los casos difíciles –cabría plantearse si estamos ante una discriminación indirecta por razón de género, como indican la [STSJ de Cataluña 274/2020, de 17 de enero](#), y el preámbulo de la [Ley 1/2020](#)–, el TS orilla la perspectiva de género que dice asumir teóricamente.

4.4. Conclusiones para una solución ecuatoriana: los extremos se tocan y se alejan de la razón jurídica, favoreciendo el (puro) economicismo o la (pura) ideología

A mi juicio, a la luz del análisis concluido, el estado del arte interpretativo, tras la incorporación efectiva de la [CSEr](#) y su sólido acervo de doctrina aplicativa, tenga un valor directo o interpretativo, debería quedar como sigue:

a) Nulidad del despido por causas vinculadas a la COVID-19 ex [artículo 2 del RDL 9/2020](#), en relación con los artículos 10 del [Convenio 158 OIT](#) y 24 de la [CSEr](#), salvo que la empresa muestre una evolución excepcionalmente gravosa.

Pese a la deliberada ambigüedad legislativa, injustificable, el [artículo 2 del RDL 9/2020](#), no así la [disposición adicional sexta del RDL 8/2020](#) (que tiene una razón de ser diferente –recaudatoria: reintegro de la totalidad de las cotizaciones percibidas–), debe ser interpretado, en línea de principio, como una auténtica prohibición de despedir y, de conformidad con los artículos 10 del [Convenio 158 OIT](#) y 24 de la [CSEr](#), el derecho a la reparación adecuada se concreta en la nulidad (readmisión obligatoria). En el actual entorno de legislación de emergencia, el tratamiento de este tipo de extinciones hace prevalecer el interés colectivo o social (de ahí la analogía con las SSTs de [17 de febrero de 2014, rec. 142/2013](#), FJ 4.º, y [20 de mayo de 2015, rec. 1/2014](#)). Honestamente, ni el recurso al [artículo 6.4](#) (despido fraudulento) ni al [6.3](#) (despido contrario a una prohibición legal) del CC es suficiente para alcanzar, por sí solo, este resultado. Sí la relectura de nuestra legislación nacional a la luz de los preceptos sociales internacionales.

Ahora bien, esta regla general de garantismo fuerte en un contexto excepcional puede, y debe, ser compatible con una regla de excepción, conforme a los principios jurídicos generales, que también juegan para las empresas, cuando la persona empleadora acredite que la prolongación más allá de las previsiones iniciales de tan dramática situación alcanza daños irrazonables, extremos (para la aplicación, aún restrictiva, de la cláusula *rebus sic stantibus*, en el ámbito laboral, *vid.* [STS de 17 de julio de 2014, rec. 32/2014](#)). El tiempo –como hemos visto al analizar la [actualidad concursal](#)– va haciendo mella en los estados de las empresas y, en consecuencia, no todas tienen la misma situación derivada de la crisis pandémica desde inicio. La carga probatoria de ese plus de daño económico respecto de la sola causa asociada a la COVID-19 corresponderá a la persona empleadora.

En consecuencia, del mismo modo que no hay –ni la [CDFUE](#) ni la [CSEr](#)– norma que impida de forma total a la ley nacional prohibir el despido en ciertas circunstancias y con proporcionalidad (por lo que consideramos errada la [SJS núm. 1 de Barcelona 283/2020, de 15 de diciembre](#)), tampoco la ley puede privar a las empresas que despidan cuando concurren

causas suficientes (por eso también es errada la doctrina del JS núm. 34 de Madrid). Los extremos se tocan y se alejan de la razón jurídica.

b) Nulidad del despido, ya en situaciones de «normalidad sociolaboral» (por si volviera), en aquellos supuestos en los que se acredite (la carga corresponderá a la persona trabajadora cesada, al igual que corresponde a la empresa acreditar la causa real) la concurrencia de un «plus de arbitrariedad extintiva».

A mi entender, en estos casos, el derecho ex artículo 24 de la [CSEr](#) a la reparación apropiada se identifica mejor con la nulidad. Naturalmente, deben ser excepcionales (como siempre mantuvo la jurisprudencia sobre el despido radicalmente nulo) y se concretan en aquellos casos en los que haya un total desprecio de la carga justificativa. No cabe aceptar la tesis judicial que hace una aplicación indiscriminada (por ejemplo, SJS núm. 34 de Madrid 177/2020, de 21 de octubre).

c) Improcedencia del despido sin causa suficiente, incluyendo una indemnización efectivamente disuasoria, a fijar judicialmente, previa prueba de la concurrencia de factores, objetivos o subjetivos, que evidencien que la indemnización tasada ha perdido aquel efecto útil.

Esta sería la nueva regla general. No es opcional, aunque pueda generar incertidumbre, sino un imperativo insoslayable del artículo 24 de la [CSEr](#). Por supuesto, los tribunales no pueden fijarla discrecionalmente, sino bajo parámetros objetivables, controlables jurídicamente y que puedan hacerlos razonablemente previsibles; precisamente en esa previsibilidad para toda persona empleadora se fundamentará también el efecto disuasorio.

Cierto, es posible que este nuevo rumbo cree cierto vértigo. Pero es evidente también que, tras un cierto periplo de desorientación y mareo, volverá la calma y, con rigor jurídico, hallaremos el equilibrio que se había perdido en estas cuatro décadas de regulación estatutaria laboral y que ya está urgida de un cambio, también real y serio.

En última instancia, no solo esta es la lección de experiencia del derecho del trabajo, siempre haciéndose y deshaciéndose sobre la tensión entre su razón-alma económica (rendimiento y libertad de empresa) y su razón-alma social (garantía y derecho social a un trabajo decente), sino de las etapas más lúcidas de la vida humana, como se reproduce en esta genial conversación –extraída de *El mercader de libros* (Luis Zueco)– entre el capitán de la nao Santa Lucía y el mercader de libros Thomas Babel en el primer viaje al Nuevo Mundo en que se permitía embarcar a personas extranjeras, no españolas, para explicar la ley del equilibrio entre mundos, entre lo nuevo y lo viejo, y que cabría sintetizar así:

–Sois mercader de libros, sugeridme uno. ¿Qué debería leer un capitán de un barco rumbo al Nuevo Mundo, allí hay tierras y gentes paganas...?

–*La Odisea*, de Homero –respondió Thomas sin vacilar–.

–¿Por qué? ¿Qué tiene que ver eso con un libro?

–Porque vamos a colonizarlos, eso es un hecho. Vamos a la guerra, como en *La Ilíada*. Y luego, cuando sean súbditos del emperador, les llevaremos lo mejor del Viejo Mundo: [...] Buscaremos un nuevo orden tras el caos, como en *La Odisea*.