

## Viabilidad del ERE (o DOI) posterior a ERTE COVID-19 (a propósito de la STS [Social (Pleno)] de 22 de febrero de 2022)

### Feasibility of the ERE (or DOI) after ERTE COVID-19 (regarding the STS [Social (Plenary)] of 22 February 2022)

JAIME DE LAMO RUBIO *Magistrado*  
*Doctor en Derecho*

 <https://orcid.org/0000-0002-3097-3984>

Cita sugerida: DE LAMO RUBIO, J. "Viabilidad del ERE (o DOI) posterior a ERTE COVID-19 (a propósito de la STS [Social (Pleno)] de 22 de febrero de 2022)". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. n° 3 (2022): 151-163.*

#### Resumen

La normativa de emergencia surgida para dar respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia Covid-19 está generando nuevos escenarios de conflictividad jurídica; uno de ellos es el relativo a la interacción entre los ERE (en su caso DOI) y los ERTE por Covid; es decir, la transcendencia que, en orden a la regularidad jurídica de las medidas de flexibilidad externa, han de tener las previas medidas de flexibilidad interna adoptadas por la empresa para paliar los efectos de la citada pandemia. Las principales dudas en esta materia han surgido en torno a la posible vulneración de la denominada "prohibición de despedir", introducida por dicha normativa de emergencia; la doctrina está dividida y en cuanto a los pronunciamientos judiciales oscilan entre la improcedencia (postura mayoritaria) y la nulidad de los despidos; si bien aún no existe pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo. La STS [Social (Pleno)] de 22 de febrero de 2022, no llega a abordar esa cuestión; pero, en cambio, da respuesta a una situación que también se genera en esa relación dialéctica entre ERE (en su caso DOI) y previo ERTE Covid-19, cual es la relativa las extinciones basadas en causas ETOP que tienen naturaleza estructural y no meramente coyuntural, aunque estén relacionadas con el Covid-19; en cuyo caso, el Supremo estima que la empresa puede válidamente acudir a la aplicación de medidas de flexibilidad externa, siempre que acredite las causas ETOP estructurales, generalmente con origen en una situación anterior a la pandemia y, sin perjuicio de que ésta haya podido agravarlas.

#### Palabras clave

Despido objetivo; expediente de regulación de empleo; expediente de regulación temporal de empleo Covid19; "prohibición de despedir"; causas estructurales

#### Abstract

The emergency regulations that have arisen in response to the economic and social consequences of the Covid-19 pandemic are generating new scenarios of legal dispute. One of them concerns the interaction between the ERE (in its case DOI) and the ERTE due to Covid; that is to say, the transcendence that, in terms of the legal regularity of the external flexibility measures, the previous internal flexibility measures adopted by the company to alleviate the effects of the aforementioned pandemic must have. The main doubts in this matter have arisen around the possible violation of the "prohibition of dismissals", introduced by the emergency regulation. The doctrine is divided, and the judicial pronouncements oscillate between unfairness (majority position) and the nullity of the dismissals, although there is still no express pronouncement from the Supreme Court. The STS [Social (Plenary)] of 22 February 2022 does not address this question, rather it responds to a situation that is also generated in this dialectic relationship between ERE (in its case DOI) and previous ERTE Covid-19, which is that relating to terminations based on ETOP causes that are structural and not merely cyclical in nature, even if they are related to Covid-19. In this case, the Supreme Court considers that the company can validly resort to the application of external flexibility measures, as long as it can prove the structural ETOP causes, generally originating in a situation prior to the pandemic and, without prejudice to the fact that the pandemic may have aggravated them.

#### Keywords

Objective dismissal; employment regulation; temporary employment regulation Covid19; "prohibition of dismissal"; structural causes

## 1. LA POLÉMICA SOBRE LAS CONSECUENCIAS DEL DESPIDO TRAS ERTE COVID

### 1.1. Planteamiento

Con la pandemia derivada de Covid-19 y sus consecuencias económicas, sociales y jurídicas<sup>1</sup>, uno de los aspectos que ha suscitado más polémica doctrinal y jurisprudencial, en el ámbito laboral, es el relativo a la interacción entre los ERTE Covid-19, bien sean por FM o por causas ETOP, y el posterior despido fundado en causas objetivas, bien sea colectivo (ERE), o individual (DOI)<sup>2</sup>.

La cuestión parte de lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo (BOE 29 de marzo), por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19, en que se regula la denominada “prohibición de despedir”<sup>3</sup>, en los términos siguientes: *“La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido”*. Dicho precepto fue prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2020 por el art. 7 del RDL 24/2020, de 26 de junio; hasta el 31 de enero de 2021 por el art. 6 del RDL 30/2020, de 29 de septiembre; y finalmente hasta el 31 de mayo de 2021 por el art. 3.6 del RDL 2/2021, de 26 de enero<sup>4</sup>.

En similares términos, si bien en relación con la crisis generada por la guerra en Ucrania, se pronuncia el art. 44 del RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania, que establece lo siguiente: *“En aquellas empresas beneficiarias de las ayudas directas previstas en el presente real decreto-ley, el aumento de los costes energéticos no podrá constituir causa objetiva de despido hasta el 30 de junio de 2022. El incumplimiento de esta obligación conllevará el reintegro de la ayuda recibida.- Asimismo, las empresas que se acojan a las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos reguladas en el artículo 47 del Estatuto de los*

<sup>1</sup> Un interesante estudio sobre la incidencia en las relaciones laborales, puede consultarse en: ARASTEY SAHÚN, L.: “Las relaciones laborales tras la declaración del Estado de Alarma por Coronavirus”, *Diario La Ley*, nº. 9606, 2020.

<sup>2</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19”, *Trabajo y Derecho*, nº 81, 2021; LOPEZ HORMEÑO, M. C.: “La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?”, *Diario La Ley*, nº. 9818, 2021; POQUET CATALÁ, R., “Despido realizado contraviniendo el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, ¿nulo o improcedente?”, *Trabajo y Derecho*, nº 74, 2021; RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: “El despido por causas del Covid, ¿improcedente o nulo?”, *Diario La Ley*, nº. 9791, 2021; VICENTE ANDRÉS, R.: “La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19”, *Trabajo y Derecho*, nº. 77, 2021; entre otras.

<sup>3</sup> En todo caso, es preciso matizar que consideramos que no es propiamente una “prohibición de despedir”; pues de serlo, la consecuencia sería la nulidad del despido; por eso nos referimos a ella como “...la denominada...”; y, no es una prohibición de despedir, por cuanto, de una parte, solo se refiere a unos determinados despidos, no a todos (la delimitación de esta cuestión, puede verse, entre otros, en GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19”, *op. cit.* y en LOPEZ HORMEÑO, M. C.: “La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?”, *op. cit.*); y, además, de otra parte, el precepto no se refiere propiamente a una prohibición, sino que se limita a decir que la FM y las causas ETOP utilizadas para el ERTE Covid-19 *“...no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido...”*, lo que apunta a que los despidos obviando dicha norma *-en principio y sin perjuicio de las matizaciones que veremos-*, serían improcedente, por falta de causa (convenio 158 OIT).

<sup>4</sup> LOPEZ HORMEÑO, M. C.: “La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?”, *op. cit.*

*Trabajadores por causas relacionadas con la invasión de Ucrania y que se beneficien de apoyo público no podrán utilizar estas causas para realizar despidos*<sup>5</sup>.

En consecuencia, consideramos que esta nueva norma temporal va a generar, en principio, problemas muy similares a la que está generando la interpretación del art. 2 del RDL 9/2020, dado que no aporta solución alguna -en términos de calificación jurídica de esas extinciones laborales-, a las consecuencias de la vulneración de esa denominada “prohibición de despedir”.

## 1.2. Problemática interpretativa

De modo que, la problemática interpretativa de dicha normativa se traslada a la calificación que ha de darse al incumplimiento de tal precepto. Las posturas que se sostienen pueden sistematizarse en las siguientes<sup>6</sup>:

“...1.- *Improcedencia: el razonamiento para declarar la improcedencia de la decisión extintiva estriba en la aplicación del artículo 122.1 de la LRJS, que no contempla la nulidad cuando las causas no son justificadas, sino la improcedencia [JS 26 Barcelona, de 31 de julio de 2020 (rec. 384/20)]. El principal argumento que se esgrime por esta posición jurisprudencial es que un despido sin causa es improcedente; pero no nulo. En este mismo parecer se pronuncia la SJS de Palma de Mallorca, núm. 4, de 31 de agosto 2020 (rec. 304/2020)]; la SJS Soria núm. 1 de 9 de septiembre 2020 (rec. 216/2020), la SJS/1 Ponferrada 9 de octubre 2020 (rec. 225/2020), la SJS/1 León 1 de octubre 2020 (rec. 253/2020), la SJS de Palencia núm. 1 de octubre 2020 (rec. 281/2020) la SJS Oviedo núm.1, de 19 de octubre 2020 (rec. 295/2020), SJS de Pamplona núm.3, de 21 de diciembre 2020 (rec. 637/2020)... entre otras.*

2.- *Nulidad: se estima su concurrencia cuando se ha producido el despido en fraude de ley, con base en el artículo 6.4 del CC [JS 3 Sabadell, de 6 de julio de 2020 (rec. 316/2020); STSJ País Vasco (Social), de 23 de febrero de 2021 (rec. 57/2021)].*

3.- *Otra interpretación jurisprudencial, como vía que se podría denominar intermedia, es la exclusión o no aplicación del artículo 2 RDL 9/2020, al considerar que el mismo únicamente es de aplicación a los supuestos del artículo 22 del RDL 8/2020 y por tanto que «tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia de la covid-19», de modo que la norma no es aplicable cuando la covid-19 no es causa directa, [STSJ Cataluña Sala de lo Social, de 11 de diciembre de 2020 (rec. 50/2020)]...”*

En todo caso, es preciso destacar que a fecha del presente trabajo no se conoce aún cual es el criterio del Tribunal Supremo sobre esta cuestión; incluso en la sentencia objeto de comentario en el presente, se indica “...se declara nulo el despido colectivo por vulneración de la garantía de indemnidad, deviniendo irrelevante el examen de la alegación de la parte recurrente relativa a que

<sup>5</sup> Medidas que se justifican en la exposición de motivos del RDL 6/2022, en los siguientes términos: “...El título IV, por su parte, recoge diversas medidas de apoyo a trabajadores y colectivos vulnerables. Por lo que se refiere a las medidas de protección de las personas trabajadoras, la situación que en las empresas pueda causar la invasión de Ucrania o el aumento de los precios o costes energéticos, lleva consigo importantes distorsiones económicas.- Esta situación de carácter coyuntural y extraordinario debe ser atendida con los recursos disponibles en el ordenamiento laboral, en particular, los previstos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores; pero además y como ha puesto de manifiesto la experiencia de los expedientes ligados a la crisis de la COVID-19 también resulta necesario, para proteger el empleo de manera suficiente, establecer una serie de medidas complementarias y extraordinarias que garanticen su efecto útil que no es otro que evitar la destrucción del empleo y del tejido empresarial ante una situación que podría tener efectos económicos y sociales imprevisibles.- De manera que a la posibilidad de acudir a los expedientes de regulación temporal de empleo previstos en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, y de aplicar, en su caso, las ventajas asociadas a estas medidas de flexibilidad en una situación que hace previsible su utilización significativa deben acompañarse medidas complementarias de cautela adicional que se entienden precisas para garantizar la necesaria protección social, evitando despidos y destrucción de puestos de trabajo...”

<sup>6</sup> VICENTE ANDRÉS, R.: “La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19”, *Trabajo y Derecho*, op. cit.

*los despidos colectivos que vulneran el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 deben declararse no ajustados a derecho...’’<sup>7</sup>*

De otra parte, resulta de sumo interés a los efectos del presente, la consideración que efectúa la doctrina en relación con que *“...se ha sostenido que dicho precepto debe interpretarse en el sentido de que no puede referirse, sino al período durante el cual estén vigentes las medidas que justifican la fuerza mayor o las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.-Por tanto, podría acordarse una decisión extintiva cuando las causas (económicas, técnicas, organizativas o de producción), no solo responde a las que motivaron el ERTE, sino también a causas sobrevenidas que agravan las previas [STSJ, Sala de lo Social, Aragón, de 15 de febrero de 2021 (rec. 679/2020)]...’’<sup>8</sup>*. Precisamente sobre este ámbito de decisión gira, en parte, la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta de 22 de febrero de 2022, a la que nos referimos a continuación.

## 2. LA STS [SOCIAL (PLENO)] DE 22 DE FEBRERO DE 2022

### 2.1. La sentencia

La STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021] [ECLI:ES:TS:2022:794] [JUR 2022\98302], se dicta en un recurso de casación ordinario contra la STSJ País Vasco (Sala de lo Social) de 4 de mayo de 2021 (autos 06/2021 y acumulados [AS 2021\1826]), sobre despido colectivo a instancia de los sindicatos Confederación Sindical de CCOO de Euskadi, la Central Sindical LAB y la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (FICA- UGT) contra la empresa Precision Casting Bilbao SAU (PCB), que *había declarado nulo el ERE seguido por la empresa por vulneración de la “prohibición de despedir” tras denegación judicial de un ERTE-Covid-19; finalmente, el TS declara nulo el despido colectivo por vulneración de la garantía de indemnidad, deviniendo irrelevante el examen de la alegación de la parte recurrente relativa a que los despidos colectivos que vulneran el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 deben declararse no ajustados a derecho*<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> *In fine* del párrafo quinto del apartado 3 del FD Séptimo de la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta de 22 de febrero de 2022, a la que nos referiremos a continuación.

<sup>8</sup> VICENTE ANDRÉS, R.: “La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19”, *Trabajo y Derecho*, op. cit.

<sup>9</sup> Dicha decisión se fundamenta del siguiente modo: *“...3.- En el supuesto enjuiciado, se ha acreditado la existencia de indicios de que se ha producido una vulneración de la garantía de indemnidad de los trabajadores, puesto que sus representantes impugnaron el ERTE acordado por la empresa PCB, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social declarándolo nulo en fecha 11 de septiembre de 2020 y el 12 de noviembre de 2020 la empresa comunicó su intención de iniciar un proceso de despido colectivo, que comenzó en fecha 24 de noviembre de 2020. Dicha conexión temporal es un indicio de la vulneración de la garantía de indemnidad.- El empleador no ha aportado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de que el despido colectivo es ajeno a la vulneración de la garantía de indemnidad. En el escrito de interposición del recurso de casación unificadora el empleador combate dicho indicio alegando que el grupo mercantil había anunciado en fecha 23 de julio de 2020 la necesidad de adaptarse a un mercado de menor tamaño. Pero se trata de una alegación carente de sustento en el relato fáctico de instancia, lo que impide estimarla.- En el hecho probado décimo se explica que el día 22 de septiembre de 2020 se emitió informe de auditoría en el que se mencionaba que el Grupo ITP tenía intención de reducir en un 15% su plantilla. El citado informe de auditoría reproduce las Cuentas Anuales de PCB, en las que se hace referencia a dicha intención de reducción de plantilla. Se trata de un documento de fecha posterior a la declaración de nulidad del ERTE que tampoco justifica que el despido colectivo fuera ajeno a la vulneración de la garantía de indemnidad.- El relato histórico de instancia, con las adiciones efectuadas al estimar los motivos de revisión fáctica casacional, revela que la empresa reaccionó a la nulidad del ERTE tramitando un despido colectivo, sin acreditar que las causas fueran estructurales y sin aportar una justificación objetiva y razonable de que dicho despido era ajeno a la vulneración de derechos fundamentales...”* (apartado 3 del FD Séptimo de la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta de 22 de febrero de 2022, a la que venimos refiriéndonos).

## 2.2. Los hechos relevantes

A pesar de que la sentencia comentada declara nulo el despido -por vulneración de la garantía de indemnidad-, y evita pronunciarse sobre la nulidad o improcedencia en caso de interacción ERE-ERTE Covid, por las mismas causas<sup>10</sup>, en cambio, contiene un interesante análisis sobre la concurrencia de un ERE con previo ERTE Covid-19 -que consideramos, en su caso, también aplicable a los DOI concurrente con previa ERTE Covid-19-, que resultan de gran interés, pues resuelve una de las cuestiones que esta normativa de emergencia ha generado en la interpretación de las extinciones de contratos por causas objetivas producidos tras haber estado incluida la empresa en un ERTE Covid.

Los hechos relevantes a estos efectos son, resumidamente, los siguientes: a) la empresa tramitó ERE que finalizó por acta de 23 de diciembre de 2020, sin acuerdo, afectando a 87 trabajadores y otros 3 cautelarmente, e indicándose que los despido se llevarían a cabo entre el 18 de enero de 2021 y el 31 de marzo de 2021; y, b) dicha empresa había tramitado ERTE-Covid19 iniciado el 11 de mayo de 2020; dicha decisión fue declarada nula por sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao de 11 de septiembre de 2020, confirmada por STSJPV de 20 de abril de 2021, salvo su calificación, que fue de injustificada.

## 2.3. La fundamentación jurídica

Por lo que se refiere a la cuestión objeto de estudio, resulta conveniente destacar la fundamentación jurídica que se contiene en la sentencia comentada.

**“...QUINTO.- 1.-** En el siguiente motivo del recurso se denuncia la vulneración del *art. 51.1 y 51.2 del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante ET), del *art. 1 del Real Decreto 1483/2012*, del *art. 124.11 de la LRJS* y de la jurisprudencia que cita, alegando que concurren causas económicas y productivas que determinan que el despido colectivo deba calificarse de ajustado a derecho. La empresa sostiene que existe un excedente estructural de plantilla que debe afrontarse mediante un despido colectivo.

2.- El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, dispone:

a) Art. 22.1: "Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor [...]"

b) Art. 23.1: "En los supuestos que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, se aplicarán las siguientes especialidades [...]"

c) Disposición adicional 6ª, que establece una cláusula de "salvaguarda de empleo":

"1. Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo

<sup>10</sup> De este modo, la STS comentada, tras declarar que procede la nulidad del ERE por vulneración de la garantía de indemnizada, añade “...deviniendo irrelevante el examen de la alegación de la parte recurrente relativa a que los despidos colectivos que vulneran el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 deben declararse no ajustados a derecho...” (in fine del último párrafo del apartado 3 del FD Séptimo); perdiéndose de, este modo, una oportunidad de clarificar por parte del TS esta importante cuestión.

de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

2. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes [...]

5. Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar."

Este compromiso se extendió a los ERTE basados en el *art. 23 del Real Decreto-ley 8/2020*, que se han beneficiado de las exoneraciones de cuotas (*arts. 5 del Real Decreto-ley 30/2020*).

3.- La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2020 y de la Ley 3/2021 explica 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 Real Decreto-ley 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 del 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 *artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 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."

El *art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020* y de la Ley 3/2021 estatuye: "La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los *artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo*, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido".

Ese precepto ha sido objeto de sucesivas prórrogas. En la fecha del despido colectivo (7 de enero de 2021) estaba vigente por aplicación de lo dispuesto en el *art. 6 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre*. Continúa vigente en la fecha de la presente sentencia.

4.- La exposición de motivos del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, explica la finalidad de todo el acervo normativo relativo a la pandemia: "toda la normativa adoptada por causa del COVID-19, cuyo pilar o eje fundamental está constituido por las medidas de flexibilidad interna, de carácter coyuntural, ha tenido por objetivo estabilizar el empleo, evitar la destrucción de puestos de trabajo y sostener el tejido productivo, a través además de una flexibilización de los mecanismos precisos, evitando cargas adicionales innecesarias."

5.- La *sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 16 de diciembre de 2021, recurso 210/2021*, desestimó los recursos de casación ordinarios interpuestos por dos sindicatos contra una sentencia que había declarado ajustado a derecho el despido colectivo efectuado por la empresa Alestis Aerospace SL el día 1 de diciembre de 2020, la cual había alcanzado un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas. Dicha empresa había tramitado un ERTE. Este tribunal argumentó:

"*las causas de producción que justifican el ERTE son de carácter coyuntural, en tanto las que sustentan el ERE son de naturaleza estructural. En efecto, la medida de suspensión de contratos, que afectó a todos los centros de trabajo, adoptada con acuerdo el 25 de mayo de 2020,*

*por concurrencia de causas productivas y que se extendió hasta el 31 de octubre de 2020 [...] obedeció a la incertidumbre existente sobre cuál iba a ser el efecto de la pandemia en el sector aeronáutico en el último trimestre de 2020, ya que el principal cliente de la empresa AIRBUS -96% de los ingresos de la empresa- no había efectuado comunicación alguna en dicha fecha, por lo que la empresa toma la decisión de adoptar una medida de carácter temporal -ERTE- ante la imposibilidad de conocer el efecto que se iba a producir a medio y largo plazo [...] Las causas productivas que justifican el ERE son de carácter estructural, ya que la reducción de las unidades a producir comunicada de forma oficial y definitiva por el principal cliente AIRBUS a la empresa ALESTIS AEROSPACE SL se refieren a un extenso espacio temporal que, por lo tanto, no resulta justificativo, ni está previsto, para la adopción de medidas temporales -ERTE-, constituyendo causa justificativa de un despido colectivo."*

Por tanto, en el citado supuesto se había acreditado por la empresa la existencia de causas productivas de naturaleza estructural que justificaban el despido colectivo consistentes en la comunicación oficial y definitiva del principal cliente de la reducción de carga de trabajo.

**“SEXTO... [...]**

**...4.-** La situación excepcional causada por la pandemia derivada del COVID-19 conllevó que se dictara una normativa específica. El *art. 23 del Real Decreto-ley 8/2020* estableció medidas excepcionales aplicables a los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19.

El *art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020* dispone que las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de flexibilidad interna de los *arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020* "no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido".

Estas normas pretendían impulsar los ERTE, así como una pluralidad de medidas sociales, puesto que la situación de emergencia se preveía temporal.

**5.-** La naturaleza coyuntural y temporal de los ERTE, que no son idóneos para afrontar una situación empresarial en la que concurren causas estructurales y definitivas, no ha quedado desvirtuada por la legislación excepcional aprobada para hacer frente a la pandemia.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2020 (y de la Ley 3/2021) manifiesta: "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". Las citadas normas refuerzan los mecanismos de flexibilidad interna pero no elimina, sino que subsisten, las diversas causas de despido previstas en la normativa laboral.

El necesario equilibrio entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa que la *Constitución protege (arts. 35 y 38)* está recogido en esas normas. La arquitectura de los ERTE descansa en la temporalidad y coyunturalidad de sus causas, lo que hace que no sean idóneos para afrontar situaciones definitivas y estructurales. La tesis contraria, en vez de preservar el empleo, podría perjudicar la continuidad y viabilidad de la actividad empresarial.

Aunque ubicado en el precepto sobre "Carácter preferente del trabajo a distancia" (*art. 5º del Real Decreto-ley 8/2020*) explicitó el principio que debe presidir la interpretación de la regulación a que venimos refiriéndonos: "Las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establece en la presente norma tienen como objetivos prioritarios garantizar que la actividad empresarial las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria". De este modo, si la empresa acredita que sus problemas son de tal índole que no cabe pensar en la reanudación de la actividad productiva tras un periodo suspensivo es claro que el despido basado en tales causas quedaría expedito.

En cumplimiento de los citados preceptos, no cabe aducir como causa de despido aquélla que deriva de la pandemia y es esencialmente temporal, en cuyo caso el empresario debe proceder a las suspensiones o reducciones de jornada de carácter temporal. Sin embargo, aunque las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción estén relacionadas con el COVID-19, si se acredita que son objetivamente definitivas y que han adquirido una sustantividad propia incompatible con la temporalidad propia de los ERTE, en tal caso la empresa sí que podrá acordar el despido colectivo (u objetivo).

La cláusula de salvaguarda de empleo establecida en la *disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020*, inicialmente aplicable a los ERTE por fuerza mayor del *art. 22 de esa norma y posteriormente extendida a los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del art. 23 del Real Decreto-ley 8/2020* que se han beneficiado de las exoneraciones de cuota; revela que si la empresa acredita que las causas son estructurales y no meramente coyunturales, los ERTE no constituyen una medida idónea para afrontarlas.

En caso contrario, al finalizar las prórrogas del *art. 2 de la Ley 3/2021*, la empresa se encontraría con un exceso de plantilla estructural y con una salvaguarda de empleo que supondría que debería mantener el empleo durante seis meses desde la reanudación de la actividad.

En aquellos supuestos en que los efectos económicos de la pandemia tengan consecuencias tan negativas que impidan la pervivencia de toda o parte de la actividad anterior, el acceso a un ERTE resultaría una medida paliativa insuficiente. **No puede exigirse a una empresa que sufra esas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTE durante un prolongado lapso temporal, lo que podría afectar al mantenimiento definitivo del empleo.**

Por ello, no compartimos la afirmación de la sentencia recurrida de que "con la legislación sobre la pandemia [...] todas las situaciones van a ser coyunturales, salvo las que se producen en una tesitura independiente de la pandemia".

Si la empresa prueba que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que **tienen naturaleza estructural y no meramente coyuntural**, aunque estén relacionadas con el COVID-19, **deberá proceder al despido colectivo y no a una suspensión de contratos cuya duración limitada en el tiempo no responde a la naturaleza atemporal de dichas causas**. Ello, con independencia de que pueda compartirse la idea, quizá implícita en la valoración de que discrepamos, de que en esa situación resultará especialmente pertinente que los poderes públicos se esfuercen en sus políticas de formación y readaptación profesionales (*art. 40.2 de la CE*) o de que perfeccionen la protección frente al desempleo (*art. 41 de la CE*).

6.- Es importante clarificar la carga de la prueba. El ordenamiento ha priorizado la adopción de medidas de flexibilidad interna bajo el presupuesto de que nos encontramos ante una situación coyuntural y no estructural que exija medidas más traumáticas para el empleo. El legislador de excepción solamente permite la adopción de medidas de flexibilidad de salida cuando no sea posible afrontar la crisis empresarial mediante las citadas medidas de flexibilidad interna.

Por tanto, en los despidos colectivos realizados durante la vigencia de la pandemia que estén relacionados con el COVID-19, incumbe a la empresa acreditar, con arreglo a las reglas de carga de la prueba del *art. 217 de la LEC* y, en particular, la facilidad y disponibilidad probatoria, que las circunstancias que motivaron el despido colectivo son estructurales y no meramente coyunturales: que las medidas de flexibilidad interna de los *arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020* son realmente insuficientes para paliar su situación crítica. Si así lo hace, cumpliendo con el resto de requisitos legales, la calificación del despido no podrá ser otra que la de ajustado a derecho. Dicho abiertamente: lo que, de ordinario, constituye un deber empresarial aquí aparece reforzado con especial énfasis, precisamente, por la necesidad de acreditar que no están subsumiéndose en el despido supuestos que concuerdan con las exigencias de una mera suspensión.



En resumen, si concurren las causas coyunturales previstas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 no se considerará justificado el despido o la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que dichas circunstancias facultan, en su caso, para proceder a la suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor (art. 22) o para la suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 23). Por el contrario, si la empresa acredita la existencia de una situación estructural, sí que puede acordar el despido colectivo...”.

## 2.4. Las consecuencias

En el caso analizado por la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021], comentada, finalmente no se considera acreditado por la empresa que las causas alegadas para fundar el ERE sean estructurales; pero, la doctrina que se explaya en la misma, es de actual y plena aplicación y además consolida la ya aplicada en la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 16 de diciembre de 2021 [rec. 210/2021] [RJ 2022\139], que se cita en la comentada<sup>11</sup>.

## 3. APLICACIÓN DE LA ANTERIOR JURISPRUDENCIA

Precisamente, en la **Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 1 de León de 21 de marzo de 2022 (DOI 850/2021) [ECLI: ES:JSO:2022:33]**, se aplica la misma, dando por respuesta la declaración de procedente del despido objetivo enjuiciado en dicho proceso social.

Se trataba de una pequeña empresa, en relación con la cual se acreditó que “...Las cuentas anuales del ejercicio 2018 arrojaron un importe neto de la cifra de negocios de 684.048,81 euros y unas pérdidas de 593.135,74 euros; pérdidas fueron derivadas de un proceso de revisión e inventario que tuvo que hacer el liquidador nombrado judicialmente, por el cual se pudo comprobar que las existencias que venían siendo reflejadas en las cuentas anuales de los últimos ejercicios no eran acordes a las realmente existentes; y, por tanto, se hizo una regularización de dichas existencias, obteniendo un desfase de en torno a 600.000 euros, lo cual motivó la obtención

<sup>11</sup> La sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 16 de diciembre de 2021 [recurso 210/2021] [RJ 2022\139], desestimó los recursos de casación ordinarios interpuestos por dos sindicatos contra una sentencia que había declarado ajustado a derecho el despido colectivo efectuado por la empresa Alestis Aerospace SL el día 1 de diciembre de 2020, la cual había alcanzado un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas, habiendo tramitado previamente un ERTE Covid-19, y lo hizo argumentando, básicamente, lo siguiente: “...las causas de producción que justifican el ERTE son de carácter coyuntural, en tanto las que sustentan el ERE son de naturaleza estructural. En efecto, la medida de suspensión de contratos, que afectó a todos los centros de trabajo, adoptada con acuerdo el 25 de mayo de 2020, por concurrencia de causas productivas y que se extendió hasta el 31 de octubre de 2020 [...] obedeció a la incertidumbre existente sobre cuál iba a ser el efecto de la pandemia en el sector aeronáutico en el último trimestre de 2020, ya que el principal cliente de la empresa AIRBUS -96% de los ingresos de la empresa- no había efectuado comunicación alguna en dicha fecha, por lo que la empresa toma la decisión de adoptar una medida de carácter temporal -ERTE- ante la imposibilidad de conocer el efecto que se iba a producir a medio y largo plazo [...] Las causas productivas que justifican el ERE son de carácter estructural, ya que la reducción de las unidades a producir comunicada de forma oficial y definitiva por el principal cliente AIRBUS a la empresa ALESTIS AEROSPACE SL se refieren a un extenso espacio temporal que, por lo tanto, no resulta justificativo, ni está previsto, para la adopción de medidas temporales -ERTE-, constituyendo causa justificativa de un despido colectivo...”; en similar sentido, STSJ Cataluña 21 de diciembre 2021 [rec. 6271/2021] [JUR 2022\26551], en la que se lee lo siguiente “...no vemos ninguna dificultad en que una empresa que haya hecho uso de un ERTE por causa de fuerza mayor sustentada en la pandemia, pueda luego hacer uso de las posibilidades del despido objetivo, bien una vez haya finalizado el ERTE, o bien -de pretender la extinción vigente el periodo de suspensión- acreditando que la causa que ahora alega no es la misma que se haya utilizado para hacer uso de las posibilidades que le ofrecían dichas normas excepcionales; es decir, que la causa de la extinción (la dificultad económica) no es la que se utilizó para la suspensión; en tal caso, es más que evidente que para soslayar la prohibición expresa del artículo 2 del R.D. Ley 9/2020, la empresa correrá con la carga de probar que la causa de la segunda decisión hechos distintos a la primera. De no ser así, la consecuencia será la declaración de improcedencia del despido...”; si bien, en este caso, se mantuvo la declaración de improcedencia, al no considerarse probado por la empresa causas distintas a la del ERTE, para amparar el ERE.

de un resultado tan abultado de pérdidas, dichas pérdidas no eran imputables exclusivamente al ejercicio 2018, sino que se venían arrastrando durante una serie de años anteriores, sin poder concluir ni desde cuándo ni en qué medida; en el ejercicio 2019, se acreditan pérdidas de 63.716,91 euros; en el ejercicio 2020, las pérdidas son de 68.874,93 euros; en el ejercicio 2021 (a 30/09/2021), se evidencian pérdidas de 65.000,00 euros; por lo que se refiere a la cifra de negocio la misma disminuyó un 3,41% en el año 2019 (660.668,67 euros), respecto del año 2018 (684.041,81 euros); un 44,52 % en el año 2020 (366.495,00 euros) respecto de 2019 y un 40,41% en el año 2021 (393.688,36 euros), también respecto de 2019, año inmediatamente anterior al inicio de la crisis económica derivada de la pandemia covid19...”

También se declara probado que “...la empresa demandada, con anterioridad al DOI impugnado en este proceso, presentó dos solicitudes de ERTE con fechas de inicio el 18 de marzo de 2020 y 6 de junio de 2020 (esta última complementaria de la anterior, para incorporar a una trabajadora, que estaba en IT), y finalización el día del levantamiento del estado de alarma declarado por el Gobierno y las eventuales prórrogas o modificaciones del mismo que, en su caso, pudieran acordarse. El ERTE promovido por empresa se sustentaba en la causa de fuerza mayor por una "paralización total de su actividad por motivo de que el 90 por 100 de su volumen de operaciones se realiza con establecimientos que se encuentran dentro de la relación de actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.3 y enumeradas en el anexo del Real Decreto 463/2000, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis humanitaria ocasionada por la COVID-19" y también por "la decisión de la empresa de suspender la atención de venta minorista en la propia bodega que supone el 10 por 100 restante de las operaciones" (así resulta de la memoria de solicitud del ERTE)...”

Partiendo de estos esenciales hechos, y por lo que se refiere a la calificación del despido impugnado, en dicha sentencia se razona lo siguiente:

En el FD Tercero, tras exponer la doctrina jurisprudencial emanada de la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021], que venimos comentando, se rechaza la petición de nulidad del despido, en los siguientes términos (apartados 2 y 3 de dicho FD):

“...2. En el presente caso, resulta que la empresa ha probado que las causas en que se funda el DOI impugnado **son estructurales** -como analizaremos más en detalle en el siguiente fundamento de derecho-, y, por tanto, distintas a las que se sustentó el ERTE, que eran coyunturales. De este modo, resulta acreditado que la empresa demandada, con anterioridad al DOI impugnado en este proceso, presentó dos solicitudes de ERTE con fechas de inicio el 18 de marzo de 2020 y 6 de junio de 2020 (esta última complementaria de la anterior, para incorporar a una trabajadora, que estaba en IT), y finalización el día del levantamiento del estado de alarma declarado por el Gobierno y las eventuales prórrogas o modificaciones del mismo que, en su caso, pudieran acordarse. El ERTE promovido por empresa se sustentaba en la causa de fuerza mayor por una "paralización total de su actividad por motivo de que el 90 por 100 de su volumen de operaciones se realiza con establecimientos que se encuentran dentro de la relación de actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en el art. 10.3 y enumeradas en el anexo del Real Decreto 463/2000, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis humanitaria ocasionada por la COVID-19" y también por "la decisión de la empresa de suspender la atención de venta minorista en la propia bodega que supone el 10 por 100 restante de las operaciones" (así resulta de la memoria de solicitud del ERTE); de donde resulta con claridad que el ERTE presentado por la empresa se sustentaba en la **causa coyuntural**, consistente en fuerza mayor por una "paralización total de su actividad" derivada de la declaración del estado de alarma y sus consecuencias.

Sin embargo, de acuerdo con la carta de despido -cuyos hechos objetivos han sido probados en este proceso social- resulta que la crisis económica de la empresa ya venía arrastrada y era previa a la situación de la pandemia y al resto de medidas que limitó su actividad, pues en mayo del

año 2019, la empresa se vio inmersa en un proceso de liquidación judicial, y ello, debido a la falta de entendimiento existente entre los dos socios copropietarios de la empresa, cada uno al 50% del capital social, produciéndose en ese momento el nombramiento judicial de la figura de un "Liquidador", quién asumiría todas las funciones de administración de la sociedad en tanto en cuanto durara dicho proceso; culminando dicho proceso culminó a finales del ejercicio 2020, con la adquisición por parte de Juana del 100% del capital social, la reactivación de la sociedad y su nombramiento como administradora única; de modo que la crisis derivada de la situación Covid19 (iniciada en mediados de marzo de 2020) fue un elemento potenciador de la crisis económica de la empresa **que ya venía arrastrando niveles de pérdidas totalmente insostenibles**, como veremos en el siguiente fundamento de derecho. En definitiva, estamos en presencia de una **causa estructural**.

Por cuanto antecede, y aplicando la doctrina de unificación emanada de la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021], ya citada, resulta que “...no puede exigirse a una empresa que sufra esas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTE durante un prolongado lapso temporal, lo que podría afectar al mantenimiento definitivo del empleo...”; lo que determina, en este caso, el rechazo de la pretensión de declaración de nulidad del despido, postulada por el demandante...”

Finalmente, por lo que se refiere a la procedencia o no del despido, en el FD Cuarto, se declara la procedencia del despido objetivo, con la siguiente esencial fundamentación (epígrafes 5.1. 5.2 y 5.5):

“...5.1. Entrando ya a analizar lo relativo a la procedencia o no del despido por causas sustantivas, resulta que, en el caso de autos, la empresa demandada ha explicitado, en la carta de despido, las causas de carácter objetivo en que ha fundado la decisión extintiva de la relación laboral, de modo que en la comunicación de la extinción del contrato se indica al trabajador que la empresa se ve en la necesidad de objetiva de amortizar el puesto de trabajo del demandante, al amparo del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, por causas económicas y, además, ha acreditado los requisitos exigidos al efecto, pues se ha acreditado ampliamente la *situación económica negativa*, conforme exige el art. 51 ET/2015, por cuanto se ha acreditado que los datos económicos relevantes de la empresa son los siguientes: *Las cuentas anuales del ejercicio 2018 arrojaron un importe neto de la cifra de negocios de 684.048,81 euros y unas pérdidas de 593.135,74 euros; estas importantes pérdidas fueron derivadas de un proceso de revisión e inventario que tuvo que hacer el liquidador nombrado judicialmente, por el cual se pudo comprobar que las existencias que venían siendo reflejadas en las cuentas anuales de los últimos ejercicios no eran acordes a las realmente existentes; y, por tanto, se hizo una regularización de dichas existencias, obteniendo un desfase de en torno a 600.000 euros, lo cual motivó la obtención de un resultado tan abultado de pérdidas; de modo que, dichas pérdidas no eran imputables exclusivamente al ejercicio 2018, sino que se venían arrastrando durante una serie de años anteriores, sin poder concluir ni desde cuándo ni en qué medida;* en el ejercicio 2019, se acreditan pérdidas de 63.716,91 euros; en el ejercicio 2020, las pérdidas son de 68.874,93 euros; en el ejercicio 2021 (a 30/09/2021), se evidencian pérdidas de 65.000,00 euros; por lo que se refiere a la cifra de negocio la misma disminuyó un 3,41% en el año 2019 (660.668,67 euros), respecto del año 2018 (684.041,81 euros); un 44,52 % en el año 2020 (366.495,00 euros) respecto de 2019 y un 40,41% en el año 2021 (393.688,36 euros), también respecto de 2019, año inmediatamente anterior al inicio de la crisis económica derivada de la pandemia covid19; es decir, se ha acreditado la existencia de pérdidas actuales y también la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, por lo que se cumple ampliamente con las exigencias del art. 51.1 ET, al que se remite el art. 52.c) ET, resultando evidente que concurre la conexión de razonabilidad, en los términos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hemos recesando más arriba

5.2. También concurre la *causa productiva* alegada en la carta de despido, entendida en el sentido de cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende

colocar en el mercado (art. 51.1 ET, al que se remite el art. 52.c) ET) se infiere de la disminución persistente de la cifra de negocio, a que ya nos hemos referido, pues si la misma disminuyó un 3,41% en el año 2019 (660.668,67 euros), respecto del año 2018 (684.041,81 euros); un 44,52 % en el año 2020 (366.495,00 euros) respecto de 2019 y un 40,41% en el año 2021 (393.688,36 euros), también respecto de 2019, año inmediatamente anterior al inicio de la crisis económica derivada de la pandemia covid19, sin duda dicha importante disminución evidencia esos cambios negativos para la empresa en la demanda de sus productos.

[...]

**5.5.** De cuanto antecede, se evidencia que la situación de la empresa resultaba mucho más negativa a la fecha de despido del actor (octubre de 2021) que a la fecha de inicio del ERTE vigente en la empresa (marzo de 2020), concurriendo un cambio relevante y sustancial de sus circunstancias económicas y financieras que *no guardan relación directa con la crisis económica derivada del covid19* y sí con la delicada situación estructural de la empresa, como ya hemos explicado más arriba, al analizar las causas del despido objetivo alegadas por la empresa; lo que puesto en relación con lo ya razonado en el fundamento de derecho tercero, reafirma lo allí expuesto sobre que “...no puede exigirse a una empresa que sufra esas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTE durante un prolongado lapso temporal, lo que podría afectar al mantenimiento definitivo del empleo...” (STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021], ya citada)...”

#### 4. CONCLUSIONES

La STS [Sala 4ª (Pleno)] de 22 de febrero de 2022 [rec. 232/2021], que confirma la jurisprudencia exployada en la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 16 de diciembre de 2021 [rec. 210/2021], viene a concluir que “...no puede exigirse a una empresa que sufra esas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTE durante un prolongado lapso temporal, lo que **podría afectar al mantenimiento definitivo del empleo...**”; es decir, la limitación de despedir no se considera vulnerada, cuando el ERE o DOI se basa en causas estructurales y distintas de las causas coyunturales que dieron lugar al ERTE-FM o ETOP por Covid19, correspondiendo a la empresa acreditar dichos extremos. De modo que, en estos casos, acreditadas dichas circunstancias y no existiendo otros motivos de nulidad o improcedencia, el despido operado a través del ERE será ajustado a derecho o, en su caso, de tratarse de un DOI el mismo será procedente.

En el caso analizado por la STS comentada, finalmente no se considera acreditado por la empresa que las causas alegadas para fundar el ERE sean estructurales; pero las consideraciones que efectúa resultan trascendentes para aplicar en casos de interacción ERE/DOI con previo ERTE Covid-19, pues mantiene la línea jurisprudencial iniciada por la STS [Sala 4ª (Pleno)] de 16 de diciembre de 2021 [rec. 210/2021], en el sentido de dar respuesta a una de las importantes cuestiones que se han venido planteando sobre este tema, y lo hace desde la perspectiva del mantenimiento del empleo, procurando la **convivencia de ambos instrumentos de flexibilidad - interna y externa- de adaptación de las empresas a situaciones de crisis**, tanto genéricas, como derivadas de pandemia, o situaciones similares<sup>12</sup>.

#### 5. BIBLIOGRAFÍA

- ARASTEY SAHÚN, L.: “Las relaciones laborales tras la declaración del Estado de Alarma por Coronavirus”, *Diario La Ley*, n.º 9606, 2020.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19”, *Trabajo y Derecho*, n.º 81, 2021.
- LOPEZ HORMEÑO, M. C.: “La prohibición de despedir durante el Covid-19. ¿Despido nulo o improcedente?”, *Diario La Ley*, n.º 9818, 2021.

<sup>12</sup> Actualmente la Guerra en Ucrania: art. 44 RDL 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

POQUET CATALÁ, R., “Despido realizado contraviniendo el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, ¿nulo o improcedente?”, *Trabajo y Derecho*, n.º 74, 2021.

RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: “El despido por causas del Covid, ¿improcedente o nulo?”, *Diario La Ley*, n.º 9791, 2021.

VICENTE ANDRÉS, R.: “La problemática de los ERTE (fuerza mayor/ETOP) vinculados a la covid-19”, *Trabajo y Derecho*, n.º 77, 2021; entre otras.