



**Voto particular que formula el Magistrado Joan Agustí Maragall a la sentencia dictada en las presentes actuaciones, D 50/20.**

De conformidad al art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en las presentes actuaciones para sostener la posición que propuse en la ponencia inicial y que mantuve en la deliberación.

Con el máximo respeto al criterio de la mayoría, manifiesto mi discrepancia respecto a la resolución de fondo que, en mi opinión, debería haber sido estimatoria de la demanda, ya sea respecto a la petición principal, la declaración de nulidad del despido colectivo, ya fuera declarando el mismo no ajustado de derecho.

Estoy plenamente conforme con la declaración de hechos probados (la misma de la ponencia inicial) y con los dos primeros fundamentos jurídicos, relativos a la valoración de la prueba y en la fijación del objeto de debate, que no es otro que resolver si resulta aplicable a la situación analizada el art. 2 del RDL 9/2020, en relación a los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, y –en tal caso- que consecuencias de derivarían de su aplicación en orden a la calificación del despido (según se entienda aquel precepto como una prohibición de despido o una restricción a la justificación causal del mismo).

En el tercer fundamento jurídico es donde nace mi discrepancia, cuando la sentencia de la mayoría –después de recordar el tenor literal del art. 22 del RDL 8/2020- resalta que el mismo sólo será aplicable *“a aquellos supuestos que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19”*- y concluye *“que la causa que sustenta la decisión de despido colectivo no tiene por causa directa la pérdida de actividad por consecuencia del COVID-19, sino que la causa directa es la resolución del contrato de prestación de servicios mercantiles a la mercantil Airbnb, notificada el 10 de abril de 2020.”*

La posición que mantuve en mi propuesta de ponencia, y que mantengo ahora es que, sentado que la causa de la rescisión de la contrata por parte de Airbnb ha sido el Covid-19 (lo cual admite, ni que sea como *“causa última y mediata”*, la sentencia de la mayoría, en su tercer fundamento jurídico), y que dicha rescisión es el fundamento de las causas productivas y organizativas invocadas por CPM para justificar el despido colectivo, resulta obvio y manifiesto concluir que dichas causas está *“relacionadas con el COVID-19”* (en la dicción literal del art. 23 RDL 8/20), conclusión que –por consiguiente- determinaba la aplicación de las medidas de flexibilidad temporal.

Adviértase, pues, que mientras la sentencia de la mayoría justifica la inaplicabilidad del art. 2 del RDL 9/2020 en el art. 22 del RDL 8/2020, referido a situaciones de fuerza mayor *“causadas directamente”* por el Covid-19, mi convicción respecto a la plena aplicabilidad de dicho precepto se fundamenta en el art. 23 de la misma norma, relativo a causas objetivas *“relacionadas con el Covid-19”*.

Expongo a continuación las razones que me han llevado a tal conclusión, para lo cual resulta inexcusable empezar recordando el marco normativo concernido.





I.- Finalidad y ámbito de aplicación del art. 2 del RDL 9/2020, en relación a los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020.

1.- El precepto determinante en la resolución del pleito es, incontrovertidamente, el art. 2 del RDL 9/2020 que, bajo el título "*Medidas extraordinarias para la protección del empleo*", dispone lo siguiente:

*Artículo 2. "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."*

Para interpretar el alcance de dicha norma resulta obligado reproducir los dos preceptos a los que se remite, los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, ni que sea en la parte inicial de ambos, que describen las situaciones "*en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada*" y que, por consiguiente, hay que entender afectadas –también– por el referido art. 2 del RDL 9/2020:

*Artículo 22. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor.*

*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 del 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, con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.*

*Artículo 23. Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción.*

*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, respecto del procedimiento recogido en la normativa reguladora de estos expedientes.....*





Para la adecuada interpretación de tres preceptos y resolver sobre su aplicabilidad a la situación objeto del presente pleito, deviene de obligada lectura los preámbulos de los RDL 8 y 9/2020, de los que se reproducen los párrafos más relevantes.

Así, el apartado primero del preámbulo del RDL 8/2020:

*“En concreto, las medidas adoptadas en este real decreto-ley están orientadas a un triple objetivo. Primero, reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; segundo, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y tercero, reforzar la lucha contra la enfermedad.*

*En efecto, más allá de las medidas específicas de apoyo a los ciudadanos y familias afectadas por la presente situación excepcional, es preciso adoptar medidas que proporcionen la necesaria flexibilidad para el ajuste temporal de las empresas con el fin de favorecer el mantenimiento del empleo y reforzar la protección de los trabajadores directamente afectados.*

*En las próximas semanas muchas empresas se van a enfrentar a importantes tensiones de liquidez derivadas de una caída de sus ventas, procedentes tanto de una menor demanda como de la interrupción de la producción, por ejemplo, por falta de suministros o por rescisión de determinados contratos. Se hace por tanto indispensable adoptar determinadas medidas para reforzar la liquidez del tejido productivo y evitar la salida del mercado de empresas solventes afectadas negativamente por esta situación transitoria y excepcional.”*

Me permito subrayar que ya la exposición de motivos contempla, como una de las situaciones a proteger con las medidas excepcionales que regula en los artículos 22 y 23 es, precisamente, la rescisión de contratos por causa del Covid-19.

Y, ya más adelante, en el apartado tercero, se expone con toda claridad que “Las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTEs) persiguen evitar que una situación coyuntural como la actual tenga un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo”, añadiendo a continuación que “a la luz de la experiencia internacional, este tipo de medidas que tienen por objetivo la flexibilización y agilización de los procedimientos de regulación de empleo y la mejora de la cobertura, tanto para los trabajadores como para los empresarios, contribuye a minorar el impacto negativo sobre el empleo y la actividad económica, dado que se priorizará el mantenimiento del empleo sobre la extinción de los contratos.”

2.- Pasando ya al preámbulo del RD 9/2020, en su apartado segundo, se reitera que “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 salvaguarda del empleo”. Y el siguiente párrafo aún es más preciso:





*“ 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.”*

3.- De la lectura de los preceptos concernidos, a la luz de los párrafos reproducidos de ambos preámbulos, surge la duda -que debiera abordarse sólo en el caso de considerarse de aplicación al presente caso- respecto a si el art. 2 del RDL 9/2020 está estableciendo, de facto y aún sin explicitarse, una prohibición de despido en razón del carácter excepcional del estado de alarma (que en aquel momento se preveía “*coyuntural*”), o fija un objetivo, “*evitar despidos*”, mediante la potenciación de los ERTE y la restricción en la justificación causal de los despidos objetivos que se produzcan durante la situación excepcional de emergencia en las situaciones contempladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/20.

Pero, previamente a pronunciarnos sobre tal cuestión, corresponde hacerlo sobre si tal precepto, el art. 2 del RDL 9/20, ya introduzca una restricción en la justificación causal o una prohibición de despido (con la lógica consecuencia que ello comporte en la calificación del despido), al remitirse a los arts. 22 y 23 del previo RDL 8/20, lo hace respecto a las “*situaciones*” que amparan los mismos (en las pueden implementarse las medidas de flexibilidad interna especialmente potenciadas) o solamente respecto a las empresas que, en tales “*situaciones*”, hayan ejercido previa y efectivamente dichas medidas de flexibilidad interna. Tal duda no se ha suscitado en el pleito, ni tan siquiera por la demandada, tampoco en la sentencia de la mayoría, pero sí en algún sector doctrinal, que se ha inclinado por la segunda de las opciones interpretativas, la más restrictiva.

Considero, fuera de toda duda, que en modo alguno puede entenderse que la medida extraordinaria que se establece para proteger el empleo (prohibición del despido o restricción en su justificación causal) se condicione a que previamente se hayan hecho uso de las medidas de flexibilidad interna, interpretación que -además- resultaría manifiestamente contraria a la finalidad de una norma que, precisamente, pretende que se utilicen las excepcionales medidas de flexibilidad interna frente a la facultad extintiva. En efecto, si tal medida se entendiera constreñida a las empresas que previamente han aplicado medidas de flexibilidad interna, al margen que ello debía haberse explicitado en la norma, podría provocarse un efecto contrario al pretendido al prohibir o restringir la facultad extintiva -con una mayor exigencia en la justificación causal- a quien, atendiendo a la voluntad del legislador, en primer lugar ha recurrido a aquellas medidas.

Además, el posible despido de los trabajadores/as previamente afectados por los ERTES extraordinarios regulados en los arts. 22 y 23 ya es objeto de la específica “*cláusula de salvaguarda del empleo*” contemplada en la disposición adicional 6ª del mismo RDL 8/2020, en razón de la cual la exoneración de cotización de los mismos se condicionan “*al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el*





*plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad”, compromiso que –según el apartado segundo de dicha norma- “se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes.”*

Por ello, entiendo que debe concluirse -sin ninguna duda- que el art. 2 del RDL 9/20 (por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19) como “*medida extraordinaria para protección del empleo*”, al remitirse a los arts. 22 y 23 del previo RDL 8/20, al que “*complementa*” como indica su título, lo hace respecto a las “*situaciones*” que amparan los mismos (en las pueden implementarse las medidas de flexibilidad interna, especialmente potenciadas), “*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.*”

Lo que pretendía el legislador mediante la promulgación de los RDL 8 y 9/2020, en marzo del presente año, momento inicial de la emergencia, era –en definitiva- potenciar las medidas de flexibilización y penalizar las extintivas, ante una grave crisis que -en aquel momento- se entendía mucho más “coyuntural” que en el momento actual.

La interpretación de la finalidad y ámbito de aplicación del art. 2. Del RDL 9/2020 y la determinación de si resulta aplicable al presente caso deben enmarcarse, por consiguiente, en aquel momento temporal, por cuanto -a la postre- el despido colectivo se decide por la empresa demandada recién comunicada la rescisión de la contrata, el 10 de abril, cuando la perspectiva temporal de la crisis sanitaria causada por el Covid -19 era, como reiteran ambos preámbulos analizados, “coyuntural”, mientras que dicha perspectiva temporal en el momento de dictarse la sentencia, 9 meses después, ha cambiado notablemente y que ello puede haber influido en la decisión de la mayoría.

## II.- Aplicación del art. 2 del RDL 9/2020 al despido impugnado.

1.- Establecido el ámbito de aplicación del art. 2 del RDL 9/2020, procede dirimir a continuación si la situación analizada en el presente pleito debe quedar comprendida en el mismo como sostiene no sólo el sindicato demandante, CGT, sino también la codemandada UGT, para postular la nulidad del despido, en el primer caso, y el carácter no ajustado a derecho, en el segundo.

La demandada ha reiterado hasta la saciedad que la causa del despido colectivo “no está relacionada” con el Covid-19 (lo que determinaría la inaplicación ex art. 23 RDL 9/2020), afirmando –en el escrito final de conclusiones- que ninguna de las pruebas practicadas en el acto de juicio acreditó que la rescisión contractual operada por Airbnb guardara relación con la crisis sanitaria derivada del Covid-19.





En mi opinión, tal como defendí en mi propuesta de ponencia, la cuestión debía plantearse a la inversa: siendo un hecho público y notorio que la actividad turística, en España (como en gran parte del mundo), quedó paralizada a mediados de marzo con motivo del estado de alarma, originando la cancelación de todos los viajes y estancias de carácter turístico y la paralización de nuevas reservas, correspondía a la demandada –que disponía de medios para hacerlo, llegado el caso- acreditar que la rescisión de la contrata “ante tempus” por parte de Airbnb se hubiera producido en todo caso, aún de no concurrir la crisis del Covid 19.

Pero nada de ello se alegó, ni menos se acreditó, en el acto del juicio: tanto la contestación a la demanda como la intervención del perito en la ratificación de su informe, invocaron exclusivamente la libertad de Airbnb de poder rescindir “por libre conveniencia” el contrato, sin aportar una mínima explicación lógica de tal decisión que permita desvincularla de la situación generada por el Covid 19. Era la propia CPM quien, en su intento de desvincular la “causa” del despido del Covid 19 venía obligada a justificar la razón de tal rescisión y -en todo caso y en orden a la garantía del art. 18 del Convenio Colectivo- a identificar los supuestos proveedores que la sucedieron en la prestación de dichos servicios.

Por el contrario, y en todo caso, a la vista de los hechos declarados probados, sobran las razones para concluir que la rescisión de la contrata sólo pudo responder a la crisis del Covid 19:

- Es un hecho público y notorio, y en todo caso documentado mediante la aportación de información económica que no ha sido controvertida, que la crisis sanitaria del Covid 19, la declaración del estado de alarma y las medidas de restricción en la movilidad y en el alojamiento turístico comportaron para Airbnb, ya desde los primeros meses del año 2020, la cancelación de gran parte de las reservas ya concertadas y la paralización de nuevas reservas (docs. nº 34-36 actor).

-No consta ningún aviso, advertencia o queja respecto a la prestación de servicios por CPM, previamente al 10 de abril, que sugiera que la sorpresiva rescisión del contrato de servicios obedeció a causa distinta al Covid 19.

-Por el contrario, se recoge en el hecho probado 17º que, antes del 10 de abril (cuando notifica la rescisión de la contrata), Airbnb había manifestado su satisfacción a CPM por su “*capacidad de implementar, de manera rápida y profesional, un sistema de trabajo desde casa*”. Y la propia demandada ha señalado que, como empresa de contact-center, ha sido pionera en alcanzar acuerdos de tele-trabajo para afrontar la nueva situación generada por la pandemia y las restricciones de movilidad. No parece, por consiguiente, que la sorpresiva rescisión contractual por parte de Airbnb responde a una “razón técnica” ajena a la crisis del Covid, como sostiene CPM, cuando Airbnb, en la fase inicial de la crisis, antes del 10 de abril, valoró positivamente la adaptación de CPM -mediante la implantación del tele-trabajo- a la crisis. Y, en todo caso, tal hipotética “razón técnica” no se ha acreditado.

-Por otra parte, la falta de respuesta por parte de Airbnb a los requerimientos de CPM para la identificación de la posible empresa sucesora en la prestación de los





servicios objeto de la contrata rescindida, a efectos de lo dispuesto en el art. 18 del convenio colectivo del sector de contact-center (que prevé la incorporación de todo el personal afectado al proceso de selección para la formación de la nueva plantilla, a efectos que un mínimo del 90% fueran contratados por la entrante) y la propia pasividad de CPM –ante tal falta de respuesta- en dicha identificación, permiten inferir como explicación más plausible que no se produjo tal sucesión en la prestación de dichos servicios sino la supresión de los mismos, como lógica consecuencia de la paralización de la actividad de la propia Airbnb por causa del Covid 19.

-Finalmente, el “informe técnico” aportado por la demandada, principal elemento esgrimido por CPM para desvincular la rescisión de la contrata del Covid 19, lejos de propiciar tal la convicción ha generado el efecto contrario, tanto por el carácter predeterminante del encargo al que da respuesta (en los términos reproducidos en el hecho probado 14º), como por el hecho de centrar su análisis y fundamentar su conclusión –como única causa del despido colectivo- en el dato meramente “formal” de la rescisión del contrato por parte de Airbnb, desvinculándolo forzosamente de la crisis sanitaria originada por el Covid-19, la declaración de Estado de Alarma y la subsiguiente paralización de la actividad turística. También resta credibilidad a dicho informe el reconocimiento, por parte del perito emisor, que no había contactado Airbnb para aclarar la causa de dicha rescisión que, ello no obstante, previamente había concluido que era “irreversible”. En el mismo sentido, la reiterada afirmación del perito y de la defensa letrada de CPM conforme el COVID no ha afectado a CPM se desmiente en base a los propios datos del informe, que denotan –según se ha razonado anteriormente- que también estos cuatro clientes “principales” habían reducido notablemente los servicios contratados o incluso habían cancelado alguna de las campañas habituales.

En todo caso, dicho informe no desvirtúa –como única explicación plausible- que Airbnb, ante la práctica paralización de toda su actividad de intermediación en alojamientos turísticos por causa del Covid 19, optó por prescindir de uno de sus proveedores que, precisamente, prestaba dichos servicios. No pudo existir otra razón y si la hubiere, correspondía a CPM haberla invocado y acreditado.

La sentencia de la mayoría parece asumir también esta conclusión de la ponencia inicial cuando, en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico tercero, afirma que *“Es cierto que no resulta difícil imaginar que la causa última de la extinción resolución del contrato mercantil por parte de Airbnb es la caída de la actividad turística internacional y, dentro de ella, la práctica desaparición de las contrataciones objeto la actividad de dicha mercantil.”*. Pero, ello no obstante, añade a continuación que *“ello de ninguna manera empece la conclusión de que la disminución de la actividad para la empresa demandada está originada por la resolución del contrato mercantil”* y que *“ cuando podamos plantearnos que la causa última y mediata es la COVID-19, lo cierto es que la causa directa es la resolución del contrato mercantil de prestación de servicios en el que se sustentan las relaciones laborales entre la demandada CPM y el personal laboral que presta servicios para ella.*





2.- Consciente de esta evidente e insoslayable relación entre la rescisión de la contrata y el COVID-19, la demandada CPM ha alegado, con carácter subsidiario, que –aún admitiendo que el Covid-19 fue la causa real de la rescisión de la contrata- tal nexo causal no se transmitiría a CPM como empresa dedicada al telemarketing y, por consiguiente, no determinaría la aplicación del art. 2 del RDL 9/2020. Invocó, también, el consolidado criterio jurisprudencial conforme la rescisión de una contrata puede constituir causa productiva u organizativa suficiente para validar la procedencia de un despido colectivo.

Pero el denodado esfuerzo de la defensa letrada de CPM, e incluso del perito emisor del “informe técnico”, en sostener que “*el Covid 19 no ha afectado en modo alguno a la actividad de CPM*” choca ante la evidencia de la situación y de la cronología de los hechos, que ni tan siquiera un informe tan predeterminado en su objetivo (como se explicita en su apartado 2º, al “*hacer supuesto de la cuestión*”) consigue ocultar.

En primer lugar por cuanto, siendo manifiesto –según se ha razonado anteriormente- que la causa de la rescisión de la contrata con Airbnb fue el Covid 19, constituye una auténtica falacia negar que la situación objetiva de sobrante de personal en la que se encontró CPM no respondió al Covid 19. Más allá del aforismo conforme “*la causa de la causa es la causa del mal causado*”, es manifiesto –a la vista de la declaración de hecho probados- tal nexo causal, como ya se ha razonado.

Es más, como ya he señalado anteriormente, el propio legislador de emergencia, en la exposición de motivos del RDL 8/2020, identifica explícitamente la “rescisión de determinados contratos” como una de las situaciones que hay que proteger con las “medidas excepcionales” que acuerda (potenciando los ERTES, penalizando los despidos):

*“En las próximas semanas muchas empresas se van a enfrentar a importantes tensiones de liquidez derivadas de una caída de sus ventas, procedentes tanto de una menor demanda como de la interrupción de la producción, por ejemplo, por falta de suministros o por. Se hace por tanto indispensable adoptar determinadas medidas para reforzar la liquidez del tejido productivo y evitar la salida del mercado de empresas solventes afectadas negativamente por esta situación transitoria y excepcional.”*

Frente a tan clara determinación del legislador, en contra de lo que sostiene la demandada, el consolidado criterio jurisprudencial (STS 7.6.07, 8.7.11, 20.12.17, entre otras) conforme la pérdida de una campaña por parte de una empresa de contact-center pueda justificar –según las circunstancias del caso- la calificación como procedente de un despido colectivo no puede constituir obstáculo a la aplicación, también en estos casos, de la “*medidas extraordinaria para la protección del empleo*” como es el art. 2 del RDL 9/2020, esto es, que “*La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los*







*artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.”*

Sentado que la causa de la rescisión de la contrata por parte de Airbnb ha sido el Covid-19, y que dicha rescisión es el hecho fundamental, prácticamente único, que fundamenta las causas productivas y organizativas invocadas por CPM para justificar el despido colectivo, resulta obvio y manifiesto concluir que dichas causas está *“relacionadas con el COVID-19”* (en la dicción literal del art. 23 RDL 8/20), conclusión que –por consiguiente- determinaba la aplicación de las medidas de flexibilidad temporal.

Nada, ni en el tenor literal de estas *“medidas extraordinarias”* (arts. 22 y 23 RLD 8/20 y 2 art. 9/20) ni en el preámbulo que justifica su promulgación, avala la tesis de la empresa demandada que, a la postre, comportaría nada menos que excluir a todos los trabajadores/as adscritos a contratas o subcontratas de tal protección extraordinaria que se establece en dichos preceptos en la situación de emergencia. El incuestionable factor de precarización que supone que la estabilidad de su relación laboral esté condicionada a la de la propia contrata, en absoluto puede justificar la exclusión de tal medida extraordinaria en el contexto excepcional generado por la pandemia, ya que ello chocaría frontalmente con la finalidad y la letra de una normativa *“de emergencia”* promulgada en defensa del empleo (y validada posteriormente por los agentes sociales en tres versiones sucesivas del *“Acuerdo Social en Defensa del Empleo”*).

3.- Pero, además y en tercer lugar, el referido informe, a pesar de su manifiesta tendenciosidad (en razón del carácter predeterminado del encargo), no ha podido ocultar que también el Covid 19 ha comportado una reducción en la carga de trabajo encargada por los restantes *“clientes principales”*. Esto es, que el Covid 19 le ha impactado no sólo por causa de la rescisión de la contrata por parte de Airbnb, sino también en el resto de *“clientes principales”*.

Así, cuando en el apartado 5.1.2 intenta justificar porque los *“tres principales clientes después de Airbnb, la Dirección de la Sociedad no prevé que sean capaces de generar nuevo negocio suficiente durante 2020 como para poder absorbir empleados de Airbnb”*, debe explicar que *“El Cliente 1 recibe servicios de soporte y ventas para atender a los clientes que compran sus productos...actualmente este está experimentando una reducción significativa de sus ventas en el canal retail que están afectando a su modelo de negocio”*; que el *“El Cliente 2, redujo sus necesidades de teleoperadores de 120 en septiembre de 2019 hasta menos de 30 en la actualidad debido a complicaciones a nivel de modelo de negocio, tal y como muestran las cifras del primer trimestre de 2020 (-38% respecto a 2019)”* añadiendo que *“El contrato con dicho cliente vence en agosto 2020 y todavía no se tiene visibilidad sobre su posible renovación”*; que *“El Cliente 3, ligado al sector hotelero, ha experimentado una reducción en volúmenes de llamadas durante los últimos 12 meses debido la evolución de su modelo de negocio”*; y, finalmente, que *“La Dirección no espera que dichos volúmenes se recuperen durante el ejercicio 2020”*, para concluir que *“el Cliente 6 ha cancelado todas sus campañas de marketing que normalmente tienen lugar entre marzo y julio, resultando en una reducción del número de llamadas salientes para la Sociedad.”*





Esto es –según recoge la declaración de hechos probados en base al “informe técnico”- todos los clientes principales de CPM, y no sólo Airbnb, se vieron afectados por la práctica paralización de la actividad en la mayoría de los sectores productivos y de servicios de la sociedad, y ello se ha traducido o en la reducción del número de teleoperadores o, directamente, en la cancelación de campañas habituales, lo cual ha imposibilitado –según el propio informe- la recolocación interna de los trabajadores/as despedidos

Entiendo, por ello, que no sólo la rescisión del contrato de servicios por parte de Airbnb, causa primaria del despido impugnado, sí respondió al Covid-19 sino que, además y al margen de dicha pérdida de actividad, el Covid-19 también ha impactado directamente a CPM respecto al resto de clientes principales, coadyuvando a la conformación de las causa productiva invocada por la demandada.

Ha razonado la demandada, fundándose en el informe técnico, que la rescisión de la contrata, en los términos que fue formulada y por su dimensión, al afectar a la mitad de la plantilla, no podía considerarse “coyuntural” sino “estructural” y que, por consiguiente, justificaba plenamente la decisión extintiva. Pero tal valoración resulta -como mínimo- precipitada en el momento en que se decidió el despido colectivo, a mediados de abril, recién rescindida la contrata, cuando se encargó el informe técnico para justificar el despido y no para analizar si era la única o mejor opción, sin conocer las razones de dicha rescisión, ni la expectativa de una nueva contratación, o las posibilidades de recuperación, confirmadas en parte por la contratación de 300 trabajadores/as en los meses posteriores al despido.

Pero, ello al margen, lo determinante es que no cabía efectuar la valoración sobre el carácter “coyuntural” o “estructural” de la situación. La virtualidad del art. 2 del RDL 9/2020 en relación a los arts. 22 y 23 RDL 8/2020 es, precisamente y en atención a su literalidad y finalidad, es que no caben excepciones al mandato de la norma ni, por consiguiente, efectuar tal valoración, ya que –sencillamente- cuando una empresa como la demandada se encontró en una situación de causa ETOP relacionada con el COVID, no podía proceder al despido colectivo y sí a medidas de flexibilidad interna. Tal conclusión se infiere, sin duda alguna, del siguiente párrafo del apartado segundo del preámbulo del RD 9/20 se explica que “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 salvaguarda del empleo”. Y el siguiente párrafo aún es más preciso:

*“ 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.*

Por consiguiente, no cabía –justo después de conocer la rescisión de la contrata por Airbnb- entrar a valorar el carácter “coyuntural” o “estructural” de la situación, sino que –al estar la misma “relacionada” con el Covid- el legislador ya la valora como una “situación coyuntural” y, por consiguiente, lo que procedía es implementar las medidas de flexibilidad interna establecidas en el art. 23 RDL. Y también por esta razón, que la sentencia de la mayoría ha ignorado, sí resultaba de plena aplicación a la situación analizada la “medida extraordinaria” que comporta el art. 2 del RDL 9/2020 al despido impugnado.

4.- A modo de recapitulación de las razones de mi discrepancia:

El error de base de la sentencia de la mayoría, en mi opinión y con el máximo respeto al criterio de mis compañeros, radica en que la situación de hecho objeto del pleito no es un supuesto de “*fuerza mayor*” contemplado en el art. 22 del RDL 8/2020, respecto del cual pueda exigirse –como hace la sentencia de la mayoría en orden a dirimir la aplicación del art. 2 del RDL 9/2020- “*que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19*”, sino un supuesto de “*causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19*” (causas ETOP) de los amparados en el art. 23 del referido RDL 8/2020.

En efecto y como ya he razonado, basta la lectura íntegra del art. 22 del RDL 8/2020 para concluir que la situación generada por la rescisión de la contrata de Airbnb no es uno de los supuestos de fuerza mayor contemplados en dicho precepto. Por el contrario, sostengo que la situación objeto del presente pleito sí es plenamente incardinable en el art. 23 del RDL 8/2020, al resultar incuestionable, por las razones ya expuestas anteriormente, que las causas productivas y organizativas que fundamentan el despido colectivo, sí están claramente “*relacionadas con el COVID-19*”. Y ello no solo por ser el Covid 19 la causa de la rescisión de la contrata de Airbnb, sino por cuanto también ha provocado la reducción o incluso cancelación de otras contratas.

Por ello, en mi opinión y discrepando del criterio de la mayoría, la sentencia debió haber entendido de plena aplicación al presente caso el art. 2 del RDL 9/2020 y, por consiguiente, al haber decidido unilateralmente la empresa demandada un despido colectivo cuando debió haber implementado, por mandato de aquella norma, medidas de flexibilidad interna, procedía la estimación de la demanda y entrar a resolver si tal despido debía ser calificado como nulo o no ajustado a derecho.

Me permito, en este punto, insistir –nuevamente- en la necesidad de enmarcar la adecuada interpretación de las normas concernidas y su aplicación al presente caso en plena primera “ola” de la pandemia, en un contexto de máxima gravedad de la pandemia pero –a la vez- con una expectativa de “coyunturalidad” que, lamentablemente, no se ha confirmado.

Por ello, nuestra valoración del carácter “coyuntural” o “estructural” de las causas productivas y organizativas invocadas, cuestión en la que tanto ha incidido la





defensa de la demandada, debió situarse a mediados de abril del presente año, cuando la demandada decide el despido colectivo o, a lo sumo, a primeros de junio, cuando lo ejecuta, y no seis meses más tarde, cuando se dicta la presente sentencia.

En aquel momento inicial había la expectativa de que la crisis, a pesar de su máxima gravedad, podía ser mucho más corta en el tiempo, y esta expectativa de coyunturalidad obligaba –por mandato legal- a la implementación de las medidas extraordinarias de contención del empleo, en lugar de adoptar directamente medidas de destrucción del mismo. Y entiendo que, probablemente, el criterio de la mayoría no ha tenido en cuenta este factor temporal y ha formado su convicción sobre la procedencia del despido impugnado desde el actual contexto temporal que, desgraciadamente, ha perdido el carácter coyuntural inicial.

### III.- Sobre la calificación del despido colectivo impugnado, caso de haber sido estimada la demanda.

1.- De haberse asumido la plena aplicación a la situación analizada de la “*medida extraordinaria*” establecida en el art. 2 del RDL 9/2020 al despido impugnado, como propuse y mantengo, ello habría comportado que la causa organizativa y productiva invocada, que en la situación “ordinaria” previa a la entrada en vigor de dicho precepto hubieran podido justificar la procedencia del despido impugnado, “*no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido*”. Y que, por consiguiente, no resultara de aplicación el criterio jurisprudencial conforme la rescisión de determinadas contrataciones pueden constituir causa productiva objetiva suficiente para justificar despidos colectivos como el analizado, tal como ha entendido la sentencia de la mayoría.

Ello habría comportado, descartada la procedencia del despido, entrar a resolver la cuestión apuntada anteriormente: si el art. 9 del RDL 2020 establece, de facto y aún sin explicitarse, una prohibición de despido en razón del carácter excepcional del estado de alarma (que en aquel momento se preveía de menor duración), o se limita a fijar un objetivo, “*evitar despidos*”, mediante la potenciación de los ERTE y la restricción en la justificación causal de los despidos objetivos que se produzcan durante la situación excepcional de emergencia en las situaciones contempladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/20.

Considero, con la mayoría de la doctrina científica que se ha pronunciado al respecto, que hay más razones para la segunda interpretación: las medidas de flexibilidad interna se refuerzan, agilizan y favorecen al máximo, pero no se imponen como única y obligada medida para afrontar la repercusión en el empleo de la crisis sanitaria (como podía haberse hecho con la simple prohibición del despido o restricción al máximo de la facultad extintiva, con las lógicas excepciones). Las facultades extintivas se mantienen explícitamente vigentes, si bien se advierte –al empresario, pero también al órgano judicial que deba calificar las mismas- que en aquellas situaciones vinculadas al Covid-19 que podían justificar la aplicación de las excepcionales medidas de flexibilidad interna (especialmente reforzadas y agilizadas), si se opta –ello no obstante- por utilizar la facultad extintiva, la misma





se entenderá "injustificada". Se trata, en definitiva, de una restricción en la justificación de la causalidad.

La voluntad del legislador, en definitiva, en el momento de promulgación de la norma, cuando la crisis sanitaria se antojaba "coyuntural" y de menor duración, está claramente explicitado en los preámbulos de ambos RDL 8 y 9/2020: disuadir a las empresas que se encontraron en las situaciones recogidas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 de utilizar la facultad extintiva y derivarlas hacia la flexibilidad interna.

Por ello, si en aquel momento inicial de la crisis, en lugar de hacer uso de las medidas temporales se ejerció la facultad extintiva -que no quedó prohibida, dada la "vigencia" afirmada en el preámbulo- la misma deberá considerarse, por mandato legal, injustificada (en los términos literales de calificación judicial del despido colectivo, improcedente en las del despido objetivo individual). Lo que se declara injustificado, en definitiva, es despedir -medida traumática que destruye empleo- frente a la opción de utilizar tales medidas de flexibilidad interna (reforzadas y favorecidas por el legislador) para evitar tal destrucción.

Bien podría resumirse la opción del legislador en el sentido que, en las situaciones de fuerza mayor y causas ETOP vinculadas al Covid-19, y en orden a la preservación del empleo durante el estado de alarma (que en marzo del presente año se antojaba más breve en el tiempo), en vez de optar por la prohibición del despido "ex ante", optó por su calificación como no ajustada a derecho "ex post".

2.- Ello no obstante, la anterior conclusión no debiera determinar, por si sola y en mi opinión, la desestimación de la pretensión principal del sindicato demandante, la declaración de nulidad del despido colectivo. Como ya se ha razonado, aún interpretando que el precepto analizado -el art. 2 RDL 9/2020- no establece una prohibición de despido sino una limitación en la justificación causal del mismo, ello descartaría exclusivamente la nulidad ex art. 6.3 CC, pero no la invocada por el sindicato demandante, la nulidad por fraude de ley ex art. 6.4 CC, al entender que la actuación de la demandada se orientó ya de entrada hacia el despido colectivo, "aprovechando" (en los términos utilizados en la demanda, página 4) la rescisión de contrata a tal fin, en lugar de implementar las medidas de flexibilidad interna, especialmente agilizadas, reforzadas y bonificadas (con la exoneración de cotización).

Ha abundado en tal sentido la defensa letrada de la UGT, en su escrito final de conclusiones, al razonar extensamente que con tal decisión se ha frustrado la expectativa de mantenimiento del empleo no sólo ante una posible recuperación del mercado, sino en orden al mecanismo de recolocación establecido en el art. 18 del convenio colectivo, ante la probable sucesión en la prestación de servicios por parte de otra empresa, que en mayo no se habría producido -por causa de la paralización de toda la actividad turística y la innecesariedad de los servicios- pero que sí puede acontecer con la recuperación del mercado.

En efecto, de haberse implementado tales medidas (que -de entrada- ningún coste tenían para la empresa en razón de la exoneración de cotizaciones) no sólo se





habría posibilitado un periodo de espera para que se produjera –como se ha producido, ni que sea parcialmente- la recuperación del mercado del alojamiento turístico (y de las respectivas actividades de los restantes clientes principales de CPM)- sino discernir con pleno conocimiento si los servicios rescindidos por Airbnb habían sido asignados a otra empresa de contact-center, aunque fuera meses más tarde, y con ello instar la aplicación de la cláusula de incorporación en la plantilla de la empresa sucesora en los términos establecidos en el art. 17 del Convenio Colectivo de dicho sector. La demandada CPM llegó a requerir en dos ocasiones a Airbnb a efectos de que le especificara el nombre de la empresa sucesora, por lo que –en plena congruencia con ello y para posibilitar el cumplimiento de la previsión convencional de recolocación- venía aún más obligada, si cabe, a emprender las medidas de flexibilidad interna.

Por otra parte, como ya se ha visto, el informe técnico aportado por la demandada, principal elemento esgrimido en su defensa, lejos de trasladar la convicción respecto a la objetividad y racionalidad de la decisión de despido colectivo, ha generado el efecto contrario, por las razones anteriormente expuestas, dado el carácter predeterminado del encargo que lo originó y la tendenciosidad de sus conclusiones.

Por ello, la actuación de la demandada CPM, ciertamente, podría encajar en la figura del fraude de ley denunciada por el sindicato demandante y, por consiguiente, cabía la posibilidad de calificar el despido impugnado como nulo.

En tal sentido, si bien el actual apartado 11º del art. 124 LRS, a diferencia de las versiones anteriores, no contempla tal supuesto de nulidad, también es cierto que el actual apartado 2.c) del art. 124 LRJS, en aparente contradicción, sigue contemplándolo, y el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17.2.14 (rec. 142/2013) y en pronunciamientos posteriores lo ha seguido aplicando, por lo que no parece que exista obstáculo procesal para tal calificación.

3.- En todo, de haber entendido aplicable a la situación analizada la “*medida extraordinaria*” establecida en el art. 2 del RDL 9/2020 al despido impugnado, tal como propuse en la ponencia inicial, de no haber accedido a la calificación de nulidad del despido, debimos haber estimado la pretensión subsidiaria y calificar el despido como no ajustado a derecho.

En efecto, la conclusión expuesta en el anterior fundamento jurídico, la plena aplicación a la situación analizada de la “*medida extraordinaria*” establecida en el art. 2 del RDL 9/2020 al despido impugnado, comporta –de entrada- que la causa organizativa y productiva invocada, que en la situación previa a la entrada en vigor de dicho precepto hubieran justificado plenamente la procedencia del despido impugnado, “*no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido*”.

En efecto, como ya se ha razonado, las medidas de flexibilidad interna se refuerzan, agilizan y favorecen al máximo, pero no se imponen como única y obligada medida para afrontar la repercusión en el empleo de la crisis sanitaria (como podía haberse





hecho con la simple prohibición del despido o restricción al máximo de la facultad extintiva). Las facultades extintivas se mantienen explícitamente vigentes, si bien se advierte -al empresario, pero también al órgano judicial que deba calificar las mismas- que en aquellas situaciones "relacionadas" con el Covid-19, al poderse aplicar las excepcionales medidas de flexibilidad interna (especialmente reforzadas y agilizadas), si se opta por utilizar la facultad extintiva, la misma se entenderá "injustificada". Se trata, como ya hemos dicho, de una restricción en la justificación de la causalidad.

La limitación a esta justificación de la causalidad del despido se refiere, en mi opinión, a las situaciones -o, si se prefiere- a las causas de fuerza mayor y ETOP vinculadas al COVID 19 contempladas en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020. El sentido de la norma, a la vista del preámbulo, en especial el del RDL 9/2020, es claro: las referidas situaciones o causas, por graves que sean, no podrán justificar las medidas extintivas.

Y por ello, de no haberse estimado la pretensión principal, la declaración de nulidad del despido, debió haberse estimado la subsidiaria, declarando el mismo no ajustado a derecho. Con ello, además, se hubiera alcanzado la misma conclusión con la que, a la postre, debió haber finalizado el período de consultas, de no mediar el hecho al que me refiero sucintamente a continuación.

#### IV.- En relación a la circunstancia reflejada en el hecho probado décimo.

Finalmente, entiendo necesario finalizar este voto particular haciendo referencia a una cuestión que ocupó una parte sustancial del acto del juicio y de la prueba aportada, y a la que la sentencia de la mayoría destina una mínima alusión en su fundamento jurídico sexto.

En su contestación a la demanda, la defensa letrada de CPM dio especial relevancia a lo que se describe en hecho probado décimo respecto de la última sesión del período de consultas, celebrada en fecha 5.6.20: el sindicato demandante, la CGT, comunicó la sustitución de uno de los representantes por ella designados en la comisión negociadora por haber manifestado su discrepancia respecto de la posición de dicho sindicato, siendo requerido a fin que abandonara la reunión telemática, cosa que hizo poco después, no sin antes manifestar su oposición a tal sustitución. CCOO y UGT también se opusieron a dicha sustitución, entendiéndose que dicho representante había sido ya designado como miembro de comisión y CGT no podía revocarlo de tal condición. CCOO, ello no obstante, acabó aceptando la decisión de la CGT, a diferencia de la UGT, que dejó constancia en el acta de la reunión que consideraba inválida la sustitución. La empresa demandada manifestó que no le correspondía resolver tal cuestión, e instó a la parte social para proseguir la negociación.

Lo cierto es que, más allá del extenso reproche al sindicato demandante efectuado en la contestación a la demanda, ninguna pretensión jurídica ha anudado la demandada a tal alegación, que no sea destacar su aceptación de tal sustitución como un ejemplo de su buena fe negociadora. En razón de ello, comparto -con la mayoría- que la Sala no debe pronunciarse sobre el referido hecho que, ciertamente, hubiera podido tener especial relevancia en la resolución del período





DEMAN 50/2020 36 / 36

de consultas si la actuación en aquel momento tanto de la empresa demandada como del sindicato CCOO y del propio afectado hubiera sido distinta y no se hubiera aceptado dicha sustitución (como sostuvo UGT), teniendo en cuenta que el afectado –como miembro de la comisión negociadora- representaba a todos/as los trabajadores/as y no exclusivamente al sindicato que lo designó y, por consiguiente y en mi opinión, no debió ser removido.

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

