



Roj: **STSJ CAT 5695/2021 - ECLI:ES:TSCAT:2021:5695**

Id Cendoj: **08019340012021102631**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/2021**

Nº de Recurso: **5234/2020**

Nº de Resolución: **2757/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIQUEL ANGEL FALGUERA BARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 08019 - 34 - 4 - 2020 - 0005450**

RM

**Recurs de Suplicació: 5234/2020**

IL·LM. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO

IL·LM. SR. JOAN AGUSTI MARAGALL

IL·LM. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

Barcelona, 20 de maig de 2021

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

**EN NOM DEL REI**

ha dictat la següent

**SENTÈNCIA NÚM. 2757/2021**

En el recurs de suplicació interposat per Ariadna i LC BARCELONA REPORTING S.L. a la sentència del Jutjat Social 26 Barcelona de data 31 de juliol de 2020 dictada en el procediment núm. 390/2020, en el qual s'ha recorregut contra la part MINISTERI FISCAL i FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), ha actuat com a ponent Il·lm. Sr. Miguel Angel Falguera Baró.

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**PRIMER.** Va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre tutela de drets fonamentals, la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 31 de juliol de 2020, que contenia la decisió següent:

"Que **estimando en parte la demanda** origen de las presentes actuaciones, promovida por D<sup>a</sup>. Ariadna , contra la empresa **LSC Barcelona Reporting S.L.**, y el **Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)**, con intervención del **Ministerio Fiscal**, sobre **despido objetivo**, ACUERDO:

1º Declaro IMPROCEDENTE el despido sufrido por la demandante el 2 de abril de 2020, condenando a la empresa **Barcelona Reporting S.L.** a estar y pasar por tal declaración y a que readmita a la demandante en su mismo puesto de trabajo y en iguales condiciones a las que regían la relación laboral con anterioridad al despido, con abono de los salarios de tramitación, a razón de 178,07 euros brutos diarios, y con devolución de



la indemnización percibida; o, a su opción, que deberá ejercitar en el improrrogable plazo de cinco días, a que abone a la actora una indemnización en cuantía de 48.745,53 euros, con compensación de la ya abonada.

**2º** Condeno al **Fogasa** a estar y pasar por el anterior pronunciamiento, de conformidad con sus obligaciones legales."

**SEGON.** En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

" **1º.** La demandante, D<sup>a</sup>. Ariadna , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , trabajaba por cuenta de la empresa LSC Barcelona Reporting S.L. (CIF nº B87618971), con domicilio en la ciudad de Madrid y centro de trabajo en la de Barcelona, con una antigüedad de 3 de diciembre de 2019, categoría profesional de senior Project manager, jornada a tiempo completo, y salario mensual de 5.416,17 euros brutos, incluida la parte proporcional de pagas extras.

**2º.** La demandante se trasladó desde Londres (Reino Unido) con motivo de su contratación por la compañía demandada.

**3º.** La sociedad demandada forma parte de un grupo empresarial de dimensiones internacionales, con sede en Manila (Filipinas), llamado Regus.

El grupo empresarial se dedica al arrendamiento de espacios para oficinas en todo el mundo.

La compañía demandada se dedica a dar soporte logístico a las empresas locales del grupo en Europa (excepto en las islas británicas), África y Oriente Medio.

Existe otra empresa del grupo, de ámbito local, que se dedica a gestionar los inmuebles de los que dispone en el territorio nacional, denominada Regus Management España S.L., que ha tenido que acogerse a un expediente temporal de regulación de empleo (ERTE), por fuerza mayor, por la crisis provocada por la pandemia de Covid 19.

**4º.** La demandante daba soporte a las empresas del grupo en Europa (excluidas las islas británicas), Oriente Medio y África.

**5º.** El grupo empresarial se encuentra, desde finales del año 2019, en un proceso de reestructuración, con concentración de tareas en la central en Manila.

**6º.** El día 2 de abril de 2020 la compañía demandada comunicó al actor su despido por causas objetivas, de carácter organizativo, mediante carta que se da aquí por íntegramente reproducida (documento adjuntado a la demanda).

En la misma se indicaban como causas las siguientes:

*" Tras un estudio a nivel internacional relativo a un Plan de reorganización de su estructura, las conclusiones fueron las de la necesidad de centralizar tareas y suprimir duplicidades a nivel internacional. La compañía inició este Plan en España, a partir del último trimestre de 2019, con la amortización del puesto local de Dirección General. La finalidad del Plan es la de optimizar los recursos disponibles, mejorar la atención al cliente, reducir costes y ganar en eficiencia y productividad. La implementación total de dicho plan debería hacerse efectiva en el primer cuatrimestre de 2020.*

*En cumplimiento de dicho Plan y tras un estudio de reorganización interna a nivel de mejorar la eficiencia del Departamento al que usted pertenece, y tras la correspondiente valoración de los puestos de trabajo se ha llegado a la conclusión de la ineficiencia que supone mantener el puesto de trabajo en Barcelona que usted ocupa en el Departamento de Growth y NCOs como Project Manager Director.*

*De esta manera, y tal y como se señalaba al inicio de este escrito, se procede a la extinción de su contrato de trabajo en el día de la fecha por medio de despido objetivo, ante la existencia de causas organizativas".*

En la propia carta de despido se informaba de la puesta a disposición del demandante de la correspondiente indemnización, por importe de 1.183,97 euros.

**7º.** La demandante no ostenta, ni ha ostentado, la condición de representante unitaria o sindical de los trabajadores.

**8º.** La demandante trabaja por cuenta de otra empresa desde el 2 de junio de 2020."

**TERCER.** Contra aquesta sentència la part actora, Ariadna , i la demandada, LC BARCELONA REPORTING S.L., van interposar un recurs de suplicació, que van formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària. Les parts recurrents van impugnar el recurs presentat per la part contrària. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.



## FONAMENTS DE DRET

### **PRIMER.** *Primer grau jurisdiccional: pretensions de les parts i sentència*

Es deriva pacíficament de les presents actuacions que l'actora, sènior project manager, fou acomiada en data 2 d'abril de 2020 per causes objectives, a través de la carta que consta en el fet provat sisè de la sentència d'instància, amb la següent redacció: "*Tras un estudio a nivel internacional relativo a un Plan de reorganización de su estructura, las conclusiones fueron las de la necesidad de centralizar tareas y suprimir duplicidades a nivel internacional. La compañía inició este Plan en España, a partir del último trimestre de 2019, con la amortización del puesto local de Dirección General. La finalidad del Plan es la de optimizar los recursos disponibles, mejorar la atención al cliente, reducir costes y ganar en eficiencia y productividad. La implementación total de dicho plan debería hacerse efectiva en el primer cuatrimestre de 2020. En cumplimiento de dicho Plan y tras un estudio de reorganización interna a nivel de mejorar la eficiencia del Departamento al que usted pertenece, y tras la correspondiente valoración de los puestos de trabajo se ha llegado a la conclusión de la ineficiencia que supone mantener el puesto de trabajo en Barcelona que usted ocupa en el Departamento de Growth y NCOs como Project Manager Directo. Tras un estudio a nivel internacional relativo a un Plan de reorganización de su estructura, las conclusiones fueron las de la necesidad de centralizar tareas y suprimir duplicidades a nivel internacional. La compañía inició este Plan en España, a partir del último trimestre de 2019, con la amortización del puesto local de Dirección General. La finalidad del Plan es la de optimizar los recursos disponibles, mejorar la atención al cliente, reducir costes y ganar en eficiencia y productividad. La implementación total de dicho plan debería hacerse efectiva en el primer cuatrimestre de 2020. En cumplimiento de dicho Plan y tras un estudio de reorganización interna a nivel de mejorar la eficiencia del Departamento al que usted pertenece, y tras la correspondiente valoración de los puestos de trabajo se ha llegado a la conclusión de la ineficiencia que supone mantener el puesto de trabajo en Barcelona que usted ocupa en el Departamento de Growth y NCOs como Project Manager Director*".

L'actora interposà demanda en la que postulava la declaració de nul·litat o, subsidiàriament, d'improcedència. La primera de les dites pretensions es sustentava en la denúncia d'infracció dels articles 35.1 i 24 CE, en relació a l'article 2 RDL 9/2020 considerant que concorria un frau de llei, atès que de conformitat amb el citat precepte hauria d'haver acudit a les mesures de suspensió de contractes o reducció de jornada (ERTO) dels articles 22 i 23 RDL 8/2020, al que s'hi afegia des de la perspectiva de mera legalitat la infracció de l'art. 2 RDL 9/2020, així com la denúncia de l'art. 15 CE en considerar que l'extinció del contracte comportava un tracte humiliant i vexatori, ateses les difícils circumstàncies del mercat de treball davant la situació de crisi sanitària.

La sentència del primer grau ha estimat en part la demanda, desestimant la pretensió de nul·litat i estimant la d'improcedència per raó de la insuficiència de la carta d'acomiadament.

En relació a l'al·legació de frau de llei el magistrat del primer grau recorda la coneguda doctrina cassacional en el sentit que en aquests casos la qualificació de l'acomiadament és la d'improcedència, desestimant la infracció dels articles 35.1 i 24 CE, així com la de l'art. 15 ET.

No obstant, atesos els arguments de la demanda, el pronunciament passa tot seguit a analitzar el contingut i efectes de l'art. 2 RDL 9/2020, observant al respecte el següent:

*"Es discutible la calificación que merecen los despidos verificados desconociendo esta previsión legal. La norma nada dice, la exposición de motivos no arroja luz sobre la anterior incógnita, y, evidentemente, no hay doctrina jurisprudencial al respecto. Deberá ser la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la que en unificación de doctrina se pronuncie en el futuro. En cualquier caso, este juzgador considera, en tanto en cuanto no exista doctrina jurisprudencial unificada, que los despidos que tengan lugar contrariando el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 deben ser declarados improcedentes, y no nulos, por las siguientes razones: 1º Por no existir obstáculo que permita predicar la aplicación de la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los despidos sin causa. 2º Porque la declaración de nulidad debería reservarse para los casos más graves, expresamente previstos en la ley, especialmente relacionados con los derechos fundamentales. 3º Porque el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 no introduce una prohibición. Se limita a apuntar que las causas de fuerza mayor o de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, derivadas de la crisis por el Covid 19, que podrían justificar un expediente de regulación temporal de empleo (ERTE) de los previstos en el Real Decreto Ley 8/2020 "no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido". Y un despido sin causa es improcedente; pero no nulo. A mayor abundamiento, la empresa demandada ha acreditado que, aunque no se han detallado con una mínima precisión en la comunicación escrita, las causas que provocaron el despido son ajenas a la crisis sanitaria y económica generada por la pandemia de Covid 19, trascendiendo a nuestro ámbito nacional, siendo anteriores a la propia génesis de la enfermedad. Es más, también se ha acreditado que las dificultades que necesariamente debió de provocar la pandemia no podían ser superadas en la empresa demandada mediante la suspensión colectiva de los contratos de trabajo, pues tenía que continuar dando soporte a toda su área*



*geográfica de influencia (Europa -excluidas las islas británicas-, África y Oriente Medio). En cambio, la empresa local, encargada de gestionar los inmuebles radicados en el territorio nacional, Regus Management España S.L., sí pudo acogerse a un ERTE por causa de fuerza mayor relacionada con la pandemia de Covid 19".*

Tanmateix en el següent fonament jurídic la sentència considera que la indemnització resultant no resulta mínimament dissuasiva per a l'empresa, acudint a efectuar un judici de convencionalitat en forma extensa i motivada, en relació al Conveni 158 OIT i l' article 24 de la Carta Social Europea (revisada) -en relació als criteris fixats pel seu comitè-, assolint la conclusió que l'aplicació de l' article 56 ET aplicat en el present cas no assoleix l'"adequació" reclamats en ambdues normes internacionals, fixant com a compensació una indemnització de nou mesos de salari.

Recurrent ara en suplicació ambdues parts pels motius que analitzarem tots seguit.

**SEGON.** Primer motiu de suplicació en el recurs de la part actora.- Per la via de la lletra c) de l'article 193 LRJS es denuncia la infracció dels articles 4, 7, 8 i 9.1 del Conveni 158 OIT i 24 de la Carta Social Europea i l' art. 25.1 CE. La tesi del recurs en aquest punt passa per la consideració que la causa d'acomiadament és fictícia i inexistent.

Escau indicar que el recurs no conté cap reflexió expressa en els motius de recurs en relació als efectes de l' article 2 RDL 9/2020 (per bé que sí se'n fa esment en la part introductòria), que han estat fixats per la sala en la nostra sentència 1851/2021, de 31 de març passat, de sala general. En conseqüència no entrarem a valorar aquest aspecte. No obstant això escau recalcar que aquesta sentència es basa en bona mesura en la prèvia de 21 de juliol de 2020 (Rec. 4708/2019), també de sala general, en la que indicàvem que l'acomiadament sense causa, l'acomiadament fraudulent, determina la improcedència de l'acomiadament i no la seva nul·litat, perquè aquesta està exclusivament vinculada a motius taxats sense que la sostinguda conclusió s'hagi vist afectada per la derogació del denominat "acomiadament exprés". Afegint que no es vulnera el dret a la tutela judicial efectiva per la no qualificació de nul·litat perquè la legislació espanyola compleix amb la reparació alternativa de l' article 4 del Conveni 158 de la OIT i perquè les normes internacionals expressament contempnen la indemnització com a conseqüència de l'incompliment del principi de causalitat de l'acomiadament. I que tampoc es vulneren els articles 24 i 35 de la CE.

Òbviament atès que la dita sentència fou dictada en sala general els criteris allà fixats han de ser de nou aplicats aquí, atesa la inexistència de motius per a aquesta secció -merament funcional- s'aparti d'allò acordat per la majoria de la sala.

En tot cas, com hem dit, per bé que la infracció de l' article 2 RDL 9/2020 no s'especifica en els motius del recurs, sí se n'hi ha fa esment a la part introductòria, per la qual cosa escau, encara que sigui en forma incidental, fer-ne una anàlisi específic al respecte.

Doncs bé, la sentència de sala general esmentada de 31 de març passat desestimà expressament -amb vot particular- que el dit precepte tingui efectes diferents a la improcedència, atesa la inexistència d'una previsió legislativa específica de la que se'n pugui derivar la nul·litat. S'afirmava en el citat pronunciament:

*"El precepto estudiado lo que pretende es impedir que la empresa extinga válidamente un contrato por causas objetivas relacionadas con esa situación que podrían haber motivado la suspensión del contrato o la reducción de jornada a través de los mecanismos de flexibilidad interna dispuestos en la normativa excepcional COVID-19, concretamente los ERTES por fuerza mayor y causas ETOP en los términos de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020 , al que el precepto estudiado se remite. Pero no puede colegirse, sin soporte expreso auténtico, la declaración de que la extinción es constitutiva de despido nulo porque el dador de la norma bien pudo anudar tal consecuencia de forma expresa y no lo hizo.*

*Si el legislador excepcional hubiera querido aparejar al incumplimiento de la prohibición la declaración de nulidad del despido lo habría hecho, más aún cuando ha tenido muchas y sucesivas ocasiones de aclarar esta cuestión a lo largo de las numerosas disposiciones aprobadas desde que se declaró el estado de alarma por RD 463/2020 de 14 de marzo. Así, la vigencia del artículo 2 del RDL 9/2020 ha sido prorrogada sucesivamente, la última vez por el RDL 2/2021, de 26 de enero, cuando además ya estaba vivamente planteado este debate al menos en la doctrina científica que, por cierto, mayoritariamente ha entendido que la voluntad de legislador de emergencia no ha sido cambiar el criterio respecto a la calificación jurídica del despido.*

*E independientemente de lo que de lege ferenda podamos considerar adecuado no podemos erigirnos en legislador y, mediante interpretación extensiva y creadora, concluir lo que de lege data no se colige.*

*Nos encontramos ante una normativa extraordinaria que trata de regular una coyuntura excepcional cuya finalidad es el mantenimiento del empleo impidiendo a la empresa, que no acude a los mecanismos de flexibilidad*





*interna expresamente dispuestos y reforzados en la normativa excepcional, como son los ERTES, servirse de un despido objetivo que, en circunstancia ordinaria, sería calificado precedente por circunstancia de causalidad".*

De nou, pels motius ja exposats, hem d'acudir a l'aplicació de la referida doctrina, la qual cosa ens ha de dur a la desestimació íntegra del motiu.

### **TERCER.- Del segon motiu de suplicació en el recurs de la part actora**

També per la via de la lletra c) de l'article 193 LRJS es denuncia en el següent motiu de recurs la infracció d'allò previst a l' article 1108 CC en relació a la STS TS de 23 de gener de 2013, sustentant-se que a la indemnització fixada s'hi ha d'afegir l'interès legal del diner.

També aquest motiu ha estat desestimat en forma expressa en la ja esmentada sentència de sala general de 31 de març passat, en la que indicàvem:

*"La indemnización legal por despido no es deuda líquida, vencida y exigible desde el mismo momento en que el despido se produce. Es necesario para que nazca al mundo jurídico el derecho, como en el supuesto que nos ocupa, que pronunciamiento judicial firme declare el despido improcedente y que la empleadora condenada ejercite en tiempo y forma hábil la opción por la extinción. Sólo en este momento la indemnización es líquida y puede vindicarse su abono que siempre será posible porque la empleadora que opta por la extinción, para que esta sea válida, ha de proceder al abono o consignación de la misma.*

*Para el supuesto en que la extinción no se produzca de forma ortodoxa y hubiese sido necesario el trámite de un incidente de readmisión irregular tampoco habría lugar al percibo de intereses por mora porque, en este caso, el parámetro momento final a tomar en consideración para el cálculo de la indemnización sería el de la extinción y no el del despido. El quantum indemnizatorio se elevaría, la indemnización sería "deuda de valor" actualizada al momento de la extinción en trámite incidental y sólo desde entonces podría postularse su abono, con lo que la deuda no sería líquida y exigible hasta este momento y antes no se devengaron intereses moratorios.*

*Puede decirse y no sin razón que en el supuesto de que al final la empleadora opte por la extinción al momento del despido, (con la indemnización legal, por tanto, calculada a este momento), si el proceso en el que se ejecuta el pronunciamiento que declaró improcedente el despido se ha demorado en demasía, sí se han producido perjuicios que necesitan compensación a través del interés moratorio. Aceptamos que la indeseable situación de demora excesiva puede necesitar compensación pero disentimos en que lo haya de ser ex artículo 1108 del CC , sino más bien a través de las acciones previstas para la reparación de los daños derivados del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.*

*Cuestión distinta, y aquí es dónde asentiremos al alegato de existencia de derecho al percibo del interés moratorio que se postula. Es precisamente el supuesto que contempla la sentencia que cita en apoyo del motivo, la sentencia del TS de 23/01/2013 (RECUD 1119/2012 ), que se refiere a aquél en que la empleadora en la propia carta de despido ya reconoce la improcedencia del despido y el derecho al percibo de la indemnización por despido. Aquí la deuda es de cantidad líquida, vencida y exigible y, como crédito que ya ha ingresado al acervo de derechos del trabajador, devengará intereses hasta la total efectividad del mismo.*

*Pero este no es nuestro supuesto. El crédito no era líquido desde el momento del despido y no ha generado los intereses que se postularon con lo que es correcta, y debe confirmarse, la solución desestimatoria de la lúcida sentencia de instancia, rechazando con ello el motivo subsidiario.*

*Todo ello sin perjuicio, como bien apunta la sentencia recurrida, de los interese procesales que puedan devengarse tras el dictado de la sentencia, de conformidad con el artículo 576 de la LEC ".*

De nou aquest criteri ha de ser reiterat, la qual cosa ens duu a la desestimació del motiu i, per tant, del recurs de la part demandant en la seva integritat.

### **QUART.- Motius de suplicació de l'empresa demandada.**

S'articula el recurs per la dita part a través de tres motius -tots ells per la via de la lletra c) de l'article 193 LRJS-. En el primer es denuncia la infracció de l'article 158 OIT, al considerar-se que en el present cas no concorre un acomiadament sense causa, sinó una extinció objectiva la causa de la qual s'ha acreditat en el judici. En el segon s'invoça també el dit conveni -en concret el seu article 10-, oposant-se -amb cita de doctrina constitucional- a la indemnització incrementada oposada. I en el tercer, es denuncia la infracció de l' art. 24.1 CE en considerar que la sentència imposa la dita indemnització en forma immotivada, apartant-se del marc legal vigent.

Val a dir que atès que per l'argumentació del primer motiu hom podria entendre que allò que es postula és la declaració de procedència, és obvi per la seva argumentació així com per el petitum del recurs, que la tesi



de la demandant és que no concorre cap extinció antijurídica que doni lloc a l'acreixement indemnitzatori. En conseqüència concorre un nexa comú entre els tres motius, pel que els analitzarem en forma conjunta.

Doncs bé, la possibilitat de que en casos com el present es pugui dur a terme un increment de les indemnitzacions legals també ha estat abordada per pronunciaments previs de la sala propers en els temps.

Així, a les sentències recaigudes en les actuacions 5233/2020 i 826/2021 afirmàvem:

*"Forzoso es iniciar nuestro análisis recordando que en el ámbito del contrato de trabajo, a diferencia del derecho civil, rige legal y tradicionalmente la indemnización tasada. En consecuencia, la compensación económica por extinción del contrato por decisión unilateral del empleador por causa no imputable a la persona asalariada o por incumplimientos contractuales graves de aquél que impiden la pervivencia del contrato no se calcula en base a los parámetros de cuantificación del daño emergente, el lucro cesante y los daños morales causados, sino que su cuantía viene fijada en la ley ( artículos 50 , 53 y 56 ET ). De esta forma el resarcimiento por el término del contrato se determina en forma baremada en función del salario y los años de prestación de servicios, con unos concretos y conocidos topes máximos.*

*Se afirma así en la STS UD 31/05/2006 -Rec. 5310/2004 -: "de acuerdo con dicha línea jurisprudencial, de la que son exponentes entre otras muchas las sentencias de 23 de octubre de 1990 (rec. 527/1990 ) y de 3 de abril de 1997 (rec. 3455/1996 ) "el ordenamiento laboral, en su regulación del despido ... se aparta de lo establecido por los artículos 1106 y siguientes del Código Civil, y consagra un régimen específico de resarcimiento", consistente en fijar el alcance del mismo "de manera objetiva y tasada", "sin que el juzgador pueda valorar de otro modo los daños o perjuicios causados" ( STS 29-10-90 , citada). Siguiendo a la misma sentencia, que cita numerosos precedentes de la jurisprudencia de los años anteriores, este régimen "puede unas veces beneficiar y otras perjudicar al trabajador, quien, por una parte se halla liberado de acreditar los daños y perjuicios sufridos, pues su existencia se encuentra amparada con presunción iuris et de iure, y de otra queda privado de acreditar que los daños y perjuicios que sufre alcanzan dimensión económica superior a la que resulta de las precisas reglas de valoración" establecidas en la ley". Para proseguir: "Idéntica tesis se mantiene en la otra sentencia citada como exponente de la doctrina tradicional ( STS 3-4-1997 ). En ella se parte de la premisa de que "cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral no es factible acudir a las previsiones de la misma naturaleza del derecho común", para llegar a la conclusión de que un incumplimiento del empresario (en el caso se trataba de la aplicación del art. 50 ET ) "no puede generar una doble indemnización, una en la esfera del derecho civil y otra en la particular y especial del derecho del trabajo"*

*Dicha regla general sólo tiene una excepción: cuando la decisión extintiva haya sido adoptada por motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales y otras libertades públicas, sino concurre la obligación de readmisión, por el expreso mandato del artículo 183 LRJS , en relación al artículo 53 CE y la conocida doctrina constitucional al respecto. No está de más recordar aquí y en este sentido que la doctrina casacional en los supuestos extintivos del artículo 50 ET ha venido considerando -revisando su interpretación anterior- que la indemnización legal tasada resultaría en estos casos insuficiente para resarcir el daño causado (por todas: SSTS UD 07/02/2007, Rec. 1867/2004 , 20/09/2007, Rec. 3326/2006 , etc.)*

*En el presente caso el magistrado del primer grado jurisdiccional alcanza la conclusión que, por razón de la antigüedad acreditada, la indemnización resultante por aplicación de los límites legales por su carácter prácticamente residual no tendría efecto disuasorio ni sería adecuada para las circunstancias concurrentes, lo que sería contrario al Convenio 158 OIT y a la Carta Social Europea. Y en esa tesitura opta por hacer un juicio de convencionalidad, primando la norma internacional sobre la nacional.*

*Aunque doctrinalmente siempre se ha considerado por la mayor parte de autores que los Tratados Internacionales están jerárquicamente situados por encima de la Ley, la Constitución española no contempla la vía compositiva en los supuestos de colisión entre ambos, en tanto que su art. 96 se limita a consagrar un modelo monista. Sin embargo, sí lo hace el art. 31 de la Ley 25/2014 de 27 de Noviembre sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales, conforme al cual: "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional". Pero ello conllevaba una pregunta adicional: qué órgano tiene la competencia al respecto.*

*Había quien mantenía que correspondía a los órganos judiciales ordinarios (que tienen atribuciones para hacer el control de legalidad de los reglamentos, pero no para el control de adecuación a la Constitución de las leyes posteriores a la misma, ex art. 5 LOPJ y la STC 173/2002 ); mientras que desde otros sectores se atribuía al propio Tribunal Constitucional, extendiendo por analogía las previsiones del art. 95.2 CE y 32 de la citada Ley 25/2014 (respecto a la contradicción del Tratado Internacional contra la propia Constitución)*



*Esa cuestión ha sido abordada por la STC 140/2018, de 20 de diciembre (con precedentes anteriores) En la misma el TC rechazó asumir esas competencias, dejando en manos de los jueces y tribunales la determinación de si prima o no la norma internacional sobre la ley española. Se destacaba a dichos efectos que esa elección es una mera cuestión de aplicación de normas sin que en el caso de que el órgano jurisdiccional se decantara por la norma supranacional se derivase en forma alguna un control de validez de la Ley.*

*Se afirma en dicha sentencia: "El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3 ; 102/2002 , FJ 7). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales ( STC 102/2002 , FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE , cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto".*

*Como ya se ha indicado previamente la sentencia de instancia -cabalmente concedora de dicha doctrina- ha acudido a dotar de mayor primacía aplicativa al Convenio 158 OIT. Y cabe recordar en este sentido que el artículo 10 de dicho convenio prevé en forma expresa que "Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada". Ante la exigua indemnización resultante en el presente supuesto y dadas las circunstancias concurrentes la sentencia ha incrementado sensiblemente la indemnización aplicable, acudiendo a una argumentación sólida, extensa y motivada.*

*Sin duda que, legefereudariamente, sería aconsejable que el legislador efectuara una profunda revisión de nuestro modelo de despido y de extinción de contratos en tanto que el actual marco legal crea obvias disfunciones. Entre éstas resulta destacable que, con excepción de los despidos colectivos, nuestro ordenamiento no contempla en la actualidad ninguna singularidad en la calificación y/o los efectos de los despidos antijurídicos, por tanto, aquellos que sean contrarios a legalidad o incurran en fraude de ley o abuso de derecho. Superada por la doctrina jurisprudencial desde hace ya lustros la figura de la nulidad en estos casos emerge la evidente paradoja de la absoluta equiparación de efectos entre un despido que no supere el juicio de formalidad (por ejemplo, la omisión de la fecha de efectos o la insuficiencia de la misiva extintiva) con aquellos otros en los que la decisión empresarial de poner fin al contrato persigue un fin ilícito o contrario a legalidad. Ello determina en la práctica que en nuestra realidad sea posible el desistimiento empresarial (aunque así no conste formalmente), lo que entra en contradicción flagrante con los compromisos adquiridos por España con la suscripción del Convenio 158 OIT (BOE 29 de junio de 1985) que en su artículo 4 exige la concurrencia de causa justificativa. No ocurre así con el artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) de 1996, que reclama la concurrencia de "razones válidas", en tanto que ésta no ha sido aún suscrita por el estado español (hallándose en los actuales momentos en fase de tramitación parlamentaria) y sin que la versión previa -sí ratificada- de 1961 contemple una similar tutela.*

*Ante esa anomia o legislación imperfecta en el terreno de lege data consideramos que es perfectamente posible y lícito acudir en determinados casos a efectuar un juicio de convencionalidad en los términos efectuados en el primer grado jurisdiccional. Ahora bien, ello no significa que se deje de aplicar la indemnización tasada que impone nuestro ordenamiento. Esa es la regla general que se deriva de la ley que los jueces debemos aplicar por mandato constitucional. Sin embargo, la aplicación de la legalidad no puede comportar la iniquidad, ni obviar la prevalencia de las normas internacionales.*

*Ocurre que en determinados supuestos excepcionales la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no resultar "adecuada" y, por tanto, contraria al citado artículo 10 Convenio 158 OIT. En estas situaciones puntuales no resulta descartable a nuestro juicio que se superen los límites legales. Para que ello ocurra será necesaria la concurrencia de dos requisitos coincidentes: por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato.*



*En estos escenarios -reiteramos que del todo excepcionales- la aplicación del artículo 10 del Convenio 158 OIT puede comportar que se precise superar los umbrales legales. Sin embargo, esta posibilidad inusual ha de adecuarse a límites objetivos, en tanto que en caso contrario se incurriría en posibles subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbres jurídicas. Pues bien, cabe indicar que nuestra legislación positiva regula un concreto supuesto de disponibilidad sobre las indemnizaciones tasadas; en concreto, el artículo 281.2 b) permite el incremento de los límites del artículo 56 ET en hasta quince días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades. Ciertamente la medida está diseñada para la ejecución de sentencias firmes en materia de despido; sin embargo, a nuestro juicio es este un precepto aplicable por analogía en los singulares supuestos analizados, al poner en evidencia la voluntad legislativa de permitir superar los umbrales ordinarios, imponiendo otro límite superior, por lo que mutatis mutandis dicho precepto podría resultar de aplicación en estos casos.*

*Por otra parte, tampoco resulta descartable que la "indemnización adecuada" en las descritas y limitadas situaciones pueda integrar también otros conceptos resarcitorios cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante. Sin embargo, habrá que observar que dicha posibilidad se inserta en el marco del artículo 1106 CC -en relación al 1101 del mismo cuerpo legal - lo que exige que esos daños sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio, lo que descarta la mera aplicación de oficio por el órgano judicial.*

*En resumen: aceptamos que con el apoyo del sustrato normativo expuesto, en el que nuestro propio legislador ya ha abierto fisura y admite ampliaciones, será posible en circunstancia excepcional como la expuesta, que por cierto es la que nos acompaña, en que la indemnización legal y tasada resulte notoriamente insuficiente, podrá fijarse otra superior que alcance a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido haya podido causar para eliminar así del mundo jurídico sus totales perniciosos efectos.*

*Pero en todo caso, para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad sobre la posibilidad de ampliación de la indemnización legal o sobre la concreta fijación de su quantum, preservando así la igualdad de partes y toda posible situación de indefensión que en el petitum de la demanda del trabajador despedido se concrete los daños y perjuicios que necesitan de compensación y la prueba contradictoria de su quantum.*

*Así distinta sería la conclusión de la Sala si el trabajador hubiese alegado los concretos daños y perjuicios (verbigracia la necesidad de desplazamiento, sus gastos, los alquileres, el daño emergente por pérdida de anterior trabajo o el daño moral de abandonar ambiente familiar y social consolidado) y estos se hubiesen acreditado, pero como esto no fue así y la solución al conflicto no puede estar basada en simple voluntarismo de equidad el recurso de la empresa habrá de acogerse fijando el quantum indemnizatorio por la indemnización por despido en exclusiva suma de 4.219,18 euros".*

Els mateixos criteris escau sustentar aquí, la qual cosa ens ha de dur a l'estimació del motiu i, per tant, del recurs, amb els efectes que direm a la part dispositiva, atès que no es fixaren paràmetres indemnizatoris alternatius a la demanda.

Atesos els preceptes legals esmentats, els seus concordants i demés disposicions

## DECIDIM

Que en relació als recursos interposats contra la sentència dictada pel jutjat del social número 26 dels de Barcelona en data 31 de juliol de 2020 recaiguda en les actuacions 390/2020 en procés per acomiadament:

\* Hem de desestimar i desestimem el recurs formulat per Ariadna

\* Hem d'estimar i estimem el recurs formulat per LC BARCELONA REPORTING, SL, per la qual cosa revoquem en part el dit pronunciament als únics efectes de fixar la indemnització objecte de condemna en la quantia de 1.958,72 euros, mantenint la resta de condemnes i pronunciaments, amb devolució del dipòsit efectuat i, en el seu cas, de les consignacions en metàl·lic efectuades o la cancel·lació de l'assegurament prestat de la quantitat objecte de condemna, un cop aquesta sentència sigui ferma.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Un cop sigui ferma la sentència caldrà remetre al Jutjat d'instància les seves actuacions ja que és l'òrgan judicial competent per executar-la.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura





d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social.

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, consignarà com a dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el BANC SANTANDER, n° 0965 0000 66, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social, quan així procedeixi, cal acreditar-la al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria i s'efectuarà en el compte de la Sala, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació sis dígits. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígits.

També és possible substituir la consignació en metàl·lic per l'assegurament de la condemna mitjançant un aval bancari emès per una entitat de crèdit. El document haurà de ser de duració indefinida i a pagar a primer requeriment.

Si el dipòsit o la consignació no és fan de forma presencial sinó mitjançant transferència bancària o per procediments telemàtics, a les dites operacions hauran de constar les següents dades:

El compte bancari al que es remetrà la quantitat és IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. A la dada de "ordenant" caldrà indicar el nom de la persona física o jurídica que fa l'ingrés i el seu NIF o CIF. Com a "beneficiari" ha de constar la Sala Social del TSJ de Catalunya. Finalment, a "observacions o concepte de la transferència" cal introduir els 16 dígits que consten en els paràgrafs precedents respecte al dipòsit i la consignació fets de forma presencial.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

**PUBLICACIÓ.** El Magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.