

**El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio nº 158 de la OIT y del art 24º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma?**

**Inmaculada Ballester Pastor**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaume I de Castellón.*

**Resumen:** *El despido acausal de trabajadores con escasa antigüedad da lugar a una indemnización exigua que no disuade a las empresas de despedir ilegalmente. En el caso aquí planteado el Tribunal Superior de Justicia, basándose en el Convenio nº 158 de la OIT y el art. 24 de la Carta Social europea, reconoce el derecho a la percepción de una indemnización que supera los 33 días por año de servicio y que es abonada -adicionalmente y en concepto de lucro cesante- a una trabajadora contratada hace pocos meses y despedida ilegalmente para compensarla por unos daños, extraordinarios y cuantificados, que la empresa genera con su actuación.*

**Palabras clave:** *Despido. Indemnización. COVID. Lucro cesante. Convenio nº 158 OIT. Carta Social Europea.*

**Abstract:** *Unlawful dismissal of workers with little seniority results in meager compensation that does not deter companies from firing illegally. In the case presented here, the Superior Court of Justice, based on ILO Convention No. 158 and art. 24 of the European Social Charter, recognizes the right to receive compensation that exceeds 33 days per year of service and that is paid -additionally and as loss of earnings- to a worker hired a few months ago and illegally fired to compensate her. for some extraordinary and quantified damages that the company generates with its actions.*

**Keywords:** *Dismissal. Compensation. COVID. Loss of earnings. ILO Convention No. 158. European Social Charter.*

---

## **I. Introducción**

El presente pronunciamiento resuelve el recurso de suplicación interpuesto por una trabajadora despedida por causas objetivas el 27 de marzo de 2020. Dicho despido tiene lugar cuando la trabajadora acredita 5 meses de antigüedad en la mercantil y ocurre dos días antes de que su empresa solicite, el 1 de abril 2020, un ERTE con apoyo en la normativa de emergencia COVID. La empresa justifica el despido en la carta de despido por la existencia de causas productivas pero le abona también, en ese momento, la indemnización máxima de 33 días por año de servicio. La trabajadora presenta demanda por despido y el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona declara la procedencia del mismo.

El presente recurso de suplicación revoca dicha Sentencia del Juzgado de lo Social, rechaza declarar el despido nulo y reconoce la improcedencia del despido objetivo. Se entiende que el despido es acausal porque éste se produce por causas económicas y productivas que son verdaderamente coyunturales -el COVID- y porque no atiende, como debería, a la concurrencia de causas estructurales, las que no aparecen acreditadas. Pero, además y lo que es más relevante en este caso es el que la trabajadora ya ha percibido la indemnización de 33 días, la presente Sentencia concede, también, el extravagante abono de una indemnización adicional, añadida a la legalmente tasada en el art. 56 ET.

El Tribunal entiende que, en este supuesto -que resulta ser extraño e inusual- la indemnización legal tasada, que no llega a los 1.000 euros por la escasa antigüedad de la trabajadora, es claramente insignificante, no compensa el daño producido por la pérdida del puesto de trabajo ni tiene efecto disuasorio para la empresa; a juicio del Tribunal la decisión extintiva supone un excesivo ejercicio del derecho a despedir porque la trabajadora no sólo pierde su empleo sino que, también, queda excluida del ERTE y eso implica no tener derecho a disfrutar de las medidas extraordinarias de protección por desempleo que son aprobadas unos días después. Por ello, el Tribunal concede el derecho a percibir una indemnización por despido, adicional a la legalmente tasada y derivada del lucro cesante, una indemnización a la que se accede una vez cuantificada ésta -ex. art. 1106 en relación con el art. 1101 CC- a la luz de los datos que se aportan.

## II. Identificación de la resolución judicial comentada

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 469/2023, de 30 de enero.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** Recurso de suplicación núm. 6219/2022.

**ECLI:** ES:TSJCAT:2023:2.

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Felipe Soler Ferrer.

**Votos Particulares:** carece.

## III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Lourdes trabaja para BRS, RELOCATION SERVICES, desde el 4 de noviembre de 2019, con un contrato indefinido a tiempo completo. BRS RELOCATION SERVICES es una sociedad que presta servicios relacionados con la movilidad y traslado internacional de trabajadores y familiares de empresas que contraten sus servicios. El 27 de marzo de 2020 Lourdes recibe comunicación de la empresa en la que se le informa de la extinción de su contrato al amparo del art. 52.c) ET, con efectos desde ese mismo día. La mercantil alega la necesidad objetiva de amortizar el puesto de trabajo a través de causas productivas derivadas de la profunda caída de ventas y la cancelación de servicios sufridos como consecuencia de la crisis del coronavirus. BRS comunica su intención de pagar a la trabajadora la indemnización máxima (33 días) equivalente a 941,78 euros, importe que se le abona junto a la liquidación de saldo y finiquito. La empresa le adeuda 1041,67 euros en concepto de preaviso (15 días).

El día 1 de abril de 2020 BRS solicita un ERTE derivado de fuerza mayor derivada de la emergencia sanitaria a través del cual se suspende-reduce los contratos de cinco trabajadores de una plantilla de siete, un ERTE que se mantiene desde el 1 de abril de 2020 hasta el fin de la vigencia de las medidas laborales. Queda acreditado también que, en los meses siguientes al despido, BRS acoge a dos estudiantes en prácticas y contrata a una abogada especialista en inmigración y a una Jefa de sección. La

trabajadora interpone entonces demanda por despido y reclamación de cantidad acumulada. La Sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona, de fecha de 2 de noviembre de 2021, declara la procedencia del despido y acoge parcialmente la reclamación de cantidad acumulada al despido, condenando a BRS a abonar a la trabajadora 1041,67 euros, más el interés de demora del 10%.

Frente a dicha Sentencia se alza en el presente suplicación la trabajadora, solicitando la nulidad de las actuaciones, la revisión de los hechos probados y, en sede de censura jurídica, la infracción del art. 2º del RDL 8/2020, de 17 de marzo y demás normativa de emergencia, así como del art. 14 CE en relación con el art. 55 ET y los arts. 108.2º y 182.1º LRJS. La Sala inadmite la nulidad de las actuaciones, aunque consiente en añadir más Hechos declarados probados<sup>[1]</sup>. En sede de censura jurídica se pide en el recurso la nulidad del despido y, subsidiariamente, la declaración de la improcedencia de éste y, junto a ello, el pago de una indemnización adicional a la tasada legalmente.

Como se verá en el siguiente apartado, la Sala deniega la petición principal del recurso, que es la solicitud de la nulidad del despido, pero sí admite la petición subsidiaria de la recurrente, declarando la improcedencia del despido y concediendo la petición adicional que consiste en el pago por la empresa a la recurrente de una indemnización en concepto de lucro cesante que queda cuantificada en 3.393,3 euros, indemnización que se añade a la que ya ha sido abonada por la mercantil, quien ya había reconocido la improcedencia del despido y había abonado los 33 días por año.

#### **IV. Posición de las partes**

Se postula en el recurso la declaración de nulidad del despido en base a la infracción del art. 2º del RDL 8/2020, de 17 de marzo y demás normativa de emergencia COVID y el art. 14 CE en relación con el art. 55.5º ET y con los arts. 108.2º y 182.1º LRJS.

Subsidiariamente, se solicita, también, la declaración de improcedencia del despido, denunciándose la infracción del art. 52.c) ET en relación con el art. 51º del ET y los arts. 6º y 7º CC y, unido a ello, el pago de una indemnización adicional a la tasada legalmente, por daños morales, daños que quedan cuantificados en 20.000 euros y por lucro cesante, lucro que queda objetivizado en la cuantía de la prestación extraordinaria por desempleo que le hubiera correspondido a la recurrente de haber sido incluida en el ERTE.

Sostiene la recurrente que el despido es acausal porque la empresa refleja, como causa productiva, la derivada del COVID 19 en marzo de 2020 y se le abona la indemnización por despido improcedente reconociendo la improcedencia del despido efectuado simultáneamente a la aprobación del RDL 9/2020, de 27 de marzo, una vez se conocen ya el contenido de las medidas. Se alega el carácter fraudulento de las contrataciones posteriores y que no se realizara prueba alguna tendente a acreditar la causa productiva estructural, más allá de la mera documentación fiscal, documentación de la que resulta que, tanto en 2019 como en 2020 la empresa supera los 200.000 euros de beneficios, y que los clientes, lejos de cancelar contratos, los aplazan por un período de uno o dos meses.

Asimismo, a juicio de la recurrente se produce una vulneración de derechos fundamentales que comporta la nulidad del despido y se pide que se condene a la empresa a la readmisión y al abono de una indemnización adicional por daños y perjuicios de 20.000 euros. Se insiste en que la única causa para efectuar el despido es el fraude de ley, sin aparecer causa legal alguna que evite la aplicación del art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo y el resto de normativa de emergencia dictada, aprovechando el escaso coste económico del despido por la escasa antigüedad de la trabajadora, con un claro abuso de derecho prohibido por el art. 6.4 CC, dando un trato distinto a la trabajadora recurrente respecto del resto de trabajadores que, pocos días después, sí fueron incluidos en el ERTE por fuerza mayor.

## V. Doctrina básica

La Sala rechaza la primera pretensión de la recurrente, que es la declaración de nulidad del despido, aunque sí se declara por la Sala la improcedencia del despido, petición ésta que se introduce de forma subsidiaria.

### 1. *El despido no es nulo*

- *El despido sin causa o en fraude de ley no es nulo*

El despido se produce el 27 de marzo de 2020, esto es, el día anterior a la publicación en el BOE del RDL 9/2020, de 27 de marzo<sup>[2]</sup> y este RDL no prevé aplicación retroactiva alguna, por lo que no puede cometerse un fraude respecto de una ley no dictada. En consecuencia, la improcedencia del despido no puede ampararse en dicha norma. Pero tampoco la nulidad puede ampararse en el RDL 9/2020 por la limitación de las causas de nulidad, dado que, tal como sostiene la jurisprudencia, las causas de nulidad del despido son las del artículo 108.2 LPL y el fraude de Ley no constituye razón para calificar la nulidad del despido pues tanto el artículo 55.5 ET como el artículo 108.2 LPL señalan que la nulidad aparece cuando la decisión empresarial es discriminatoria o vulnera derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Incluso, aunque a efectos dialécticos pudiera entenderse de aplicación el art. 2º del RDL 9/2020, la consecuencia sería también la improcedencia del despido pues el Tribunal Supremo concluye en su Sentencia de 19 de octubre de 2022<sup>[3]</sup> que los ceses provocados por el impacto económico u organizativo del coronavirus en las empresas son improcedentes y no nulos, pues no existe una verdadera prohibición de despedir.

Por lo tanto, los despidos acausales, según la doctrina jurisprudencial, son reconducibles a la calificación de improcedentes, sin que las consecuencias de un despido fraudulento conduzcan a su nulidad, salvo que exista previsión normativa expresa.

### 2. *No se ha discriminado a la trabajadora por su escasa antigüedad en la empresa*

La trabajadora recurrente alega, asimismo, que aparece discriminación por su escasa antigüedad en la empresa y por el mínimo coste que conllevaba (su despido), a lo que se añade que 4 días después de dicho despido la empresa solicita la declaración de un ERTE por causa de fuerza mayor y propone una suspensión/reducción de los contratos de 5 trabajadores de una plantilla de 7 hasta el fin de la vigencia de las medidas laborales previstas con el estado de alarma.

Entiende la Sala, sobre este particular, que, según la STSJ Madrid de 29 de octubre de 2021<sup>[4]</sup>, la rentabilidad extintiva por la escasa antigüedad del trabajador no es factor protegido por el art. 14 de la CE que enlace con los contemplados en el art. 55 del ET y que, acudiendo también a lo previsto en la STSJ Cantabria de 28 de marzo de 2007<sup>[5]</sup>, no toda diferencia establecida en razón de la antigüedad ha de ser calificada como discriminatoria<sup>[6]</sup>.

### 3. *La empresa decide el trabajador afectado por los despidos objetivos a no ser que concurra abuso de derecho, fraude de ley o discriminación*

Con apoyo en la misma Sentencia recurrida se argumenta que es potestativo para la empresa decidir las medidas de flexibilidad interna o externa a adoptar en caso de crisis a fin de procurar la viabilidad de la empresa y decidir qué trabajadores se conservan, incluyéndolos en el ERTE, y corresponde también al empresario la libre elección del trabajador afectado en los despidos objetivos individuales pues es el empresario quien valora las circunstancias concretas de la vida de su empresa y su decisión solo es revisable por los órganos judiciales cuando se aprecie fraude de ley o abuso de derecho o cuando se realice por móviles discriminatorios (por todas STS 15-10-2003), sin que la escasa antigüedad constituya causa de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico. Y no constan en hechos probados las circunstancias laborales de los otros trabajadores que sí fueron incluidos en el ERTE, por lo que no

hay parámetros para comparar la situación de éstos con las de la trabajadora despedida, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional, sin que conste que la situación de la recurrente fuera igual a la de los compañeros de trabajo.

*4. El despido objetivo es improcedente porque la causa es coyuntural, ligada a la pandemia y no estructural*

Acerca de si concurre la causa productiva alegada por la empresa para justificar la amortización del puesto de trabajo, entiende la Sala (FJ 4º) que aunque la Sentencia de instancia acoge la concurrencia de causas económicas para justificar el despido en la carta de despido, las causas invocadas son de carácter productivo y, junto a ello, en la carta de despido se apunta también a un posible escenario de pérdidas futuras, aunque, en realidad, la situación descrita es coyuntural. Respecto a las pérdidas, éstas no tienen lugar a la vista de la cuenta de pérdidas y ganancias, aunque sí se observa una disminución persistente del nivel de ingresos a merced de las declaraciones tributarias de IVA<sup>[7]</sup> y una mengua el volumen de operaciones de la entidad. Pero, a pesar de ello, lo relevante es que la concurrencia de las causas económicas y productivas se ha de valorar en el momento del despido de la trabajadora, es decir, a fecha de 27 de marzo de 2020 y teniendo en cuenta que el 1 de abril la empresa tramita un ERTE por fuerza mayor derivada de la situación de emergencia sanitaria, y que en la carta de despido objetivo no se contienen razones de índole estructural (al margen de la caída de actividad derivada de la situación pandémica) para extinguir el contrato de trabajo.

Tras traer a colación, después, la regulación contenida en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, donde se contemplan las medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19<sup>[8]</sup> la Sala acude, también, a la doctrina del Tribunal Supremo en la que el Alto Tribunal concluye que no cabe aducir como causa de despido aquella que deriva de la pandemia y es esencialmente temporal, en cuyo caso el empresario debe proceder a las suspensiones de jornada de carácter temporal y que solamente en el caso en que la empresa acredite la existencia de una situación estructural puede acordar el despido<sup>[9]</sup>.

Se concluye, por tanto, que, en el presente caso, nos encontramos ante unas causas que, al tiempo del despido, son coyunturales y previsiblemente temporales y prueba de ello es que la empresa, cinco días después del cese de la recurrente, acude a un ERTE por fuerza mayor derivado de la pandemia. Por ello, entiende la Sala que, como incumbe a la empresa la carga de acreditar que las circunstancias que motivan el despido son estructurales y no meramente coyunturales, y no se ha probado que las causas aducidas para despedir son distintas de las que dan lugar al ERTE, el despido se considera improcedente.

*5. La concesión de una indemnización adicional a la tasada legalmente requiere circunstancias excepcionales y daños cuantificados*

En este mismo motivo se pide también una indemnización adicional a la tasada legalmente.

Para resolver esta cuestión la Sala comienza desarrollando la situación que rige legal y tradicionalmente en el contrato de trabajo, que es bien distinta a la que tiene lugar en el derecho civil y que se basa en el sistema de la indemnización tasada, es decir, la que se calcula en atención al salario y los años de prestación de servicios, prescindiendo de otros parámetros como el daño emergente, el lucro cesante o los daños morales causados. Ello implica que el empresario puede decidir extinguir el contrato de manera unilateral en cualquier momento, sabiendo con exactitud cuál va a ser el coste de la indemnización por despido y sin que el trabajador pueda reclamar una indemnización adicional por los daños y perjuicios causados. Y esta regla -explica la Sala- sólo tiene una excepción: cuando la decisión extintiva ha sido adoptada por

motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales y otras libertades públicas.

Pero -continúa argumentando el tribunal en su FJ 5º- en los últimos tiempos estamos viendo como cada vez un mayor número de Sentencias -todas ellas de la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña- que admiten la posibilidad de reconocer a los trabajadores una indemnización superior a la establecida legalmente, basándose en lo dispuesto en el Convenio 158 de la OIT y en el art. 24 de la Carta Social Europea.

Así, continúa la Sala, esto ocurre en las SSTSJ Cataluña 23 de abril de 2021<sup>[10]</sup> y de 14 de julio de 2021<sup>[11]</sup> pronunciamientos donde se plantean supuestos en los que la indemnización correspondiente por despido improcedente es exigua y no tiene efecto disuasorio para la empresa, ni se compensa suficientemente a la persona trabajadora por la pérdida de ocupación, concurriendo, asimismo, una clara y evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato. Y ocurre asimismo en la más reciente STSJ de Cataluña, de 11 de noviembre de 2022<sup>[12]</sup>, pronunciamiento que matiza que la posibilidad de la percepción de una indemnización adicional a la legal y tasada debe adecuarse a límites objetivos, pues en caso contrario se incurriría en subjetivismos, aplicándose, por analogía, el art. 281.2.b) LRJS, único precepto que permite el incremento de los límites del art. 56 ET en hasta quince días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades, aunque se destaca que, ciertamente, la medida del art. 281.2.b) LRJS está diseñada para la ejecución de sentencias pero la existencia de este precepto pone en evidencia la voluntad legislativa de superar los umbrales ordinarios. Ello es lo que permite, pues, imponer un límite superior a los umbrales ordinarios, lo que puesto en relación con el art. 1106 y 1110 del CC exige que los conceptos resarcitorios o los daños causados sean cuantificados en la demanda y acreditados de oficio por el órgano judicial<sup>[13]</sup>, siendo éste un criterio que igualmente mantienen las sentencias de la misma Sala del TSJ de Cataluña de 4 de julio de 2022<sup>[14]</sup>, de 13 de mayo de 2022<sup>[15]</sup> o de 14 de julio de 2021<sup>[16]</sup>.

## **VI. Pasajes decisivos**

Sentado lo anterior, concluye la Sala, en el caso de autos la indemnización legal tasada, que no llega a los 1.000 euros, es claramente insignificante, no compensa el daño producido por la pérdida del puesto de trabajo, ni tiene efecto disuasorio para la empresa. La decisión extintiva ciertamente no es acausal, pues se basa en causas económicas y productivas, eso sí de carácter meramente coyuntural, pero revela en todo caso un excesivo ejercicio del derecho a despedir, porque supuso excluir a la actora del ERTE iniciado pocos días después, lo que, de no haber sido así, hubiera posibilitado que la misma, además de conservar su puesto de trabajo, se hubiera acogido a las medidas extraordinarias sobre protección de desempleo contempladas en el art. 25 del RD 8/2020, de 17 de marzo.

En el recurso la parte actora distingue entre los daños morales derivados de la extinción del contrato y el lucro cesante equivalente a la prestación extraordinaria de desempleo que le hubiera correspondido de haber sido incluida en el ERTE. En cuanto a los daños morales, cuantificados por la parte en 20.000 euros, se alegan de forma genérica, pero del relato histórico de la sentencia no se infiere la existencia de daños y perjuicios morales indemnizables, no existiendo una mínima base fáctica, objetiva, que delimite los perfiles y elementos de esta parte de la indemnización que se solicita, por lo que no existiendo el sustrato fáctico y objetivo preciso, no es dable indemnización reparadora alguna por daño moral. Recalcaremos que no estamos en el caso ante un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales (...) En cuanto al lucro cesante, la trabajadora afirma que no pudo acceder a la prestación de desempleo ordinaria por falta de cotizaciones suficientes, pero la falta de carencia no es directamente imputable a la empresa ni puede volverse contra la misma. No se aporta resolución denegatoria del SEPE, aunque de acuerdo con el informe de vida laboral y el certificado de empresa al tiempo de cesar en BSR COLOCATION SERVICES SL la

trabajadora solo contaba con 146 días cotizados, por lo que no reunía el mínimo de cotización en los últimos seis años que le permitiera acceder a la prestación contributiva de desempleo.

No consta, pues, que la trabajadora hubiera percibido subsidio por desempleo asistencial alguno, y es indudable que de no haber actuado la empresa de manera abusiva, amparada en el mínimo coste que suponía su despido por su escasa antigüedad en la empresa, tenía una expectativa cierta y real de haber sido incluida en el inminente ERTE tramitado por fuerza mayor, con lo que se habría podido acoger a las medidas extraordinarias sobre protección de desempleo contempladas en el art. 25 del RDL 8/2020, con reconocimiento de la prestación aun careciendo de las cotizaciones mínimas necesarias para ello.

A estos efectos, la trabajadora calcula como lucro cesante la prestación extraordinaria por desempleo que le hubiera correspondido desde el 29/3/2020 al 29/11/2020, pues ya el 30/11/2020 encuentra trabajo en otra empresa, cifrando el lucro cesante en 10.544,90 euros; no obstante, se toma el día 21 de junio de 2020 (Real Decreto 555/2020) como día final de cómputo de la prestación reclamada como lucro cesante. Por lo que, a razón de 1.310,10 euros mensuales, desde el 1 de abril al 20 de junio de 2020, la cuantía a tener en cuenta sería de 3.493,3 euros, siendo ésta la indemnización adicional resultante, de forma que se estima, así parcialmente, el motivo suplicatorio.

## **VII. Parte dispositiva**

La Sala estima, en parte, el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 2/11/2021, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona y revoca en parte dicha resolución y, con estimación parcial de la demanda, declara la improcedencia del despido objetivo de la trabajadora demandante de fecha 27 de marzo de 2020, condenando a BRS COLOCATION SERVICIOS a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre la readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo, con abono de una cantidad igual al importe de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y la fecha de notificación de la presente sentencia, a razón de 68,49 euros diarios brutos, o bien a indemnizarle en la cantidad de 4.435,08 euros (de los que 941,78 ya han sido abonados).

## **VIII. Comentario**

Se trata ésta, sin duda, de una Sentencia pionera y que ha levantado, por qué no decirlo también, no poca polémica, pues, asumiendo la doctrina ya previamente asumida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, concede efectivamente una indemnización por despido adicional a la legalmente tasada. Ello supone, ni más ni menos que una poderosa llamada de atención a un defecto de la norma que genera desprotección porque afecta al juego de equilibrios que rige en la relación laboral en trabajadores que acrediten escaso tiempo de prestación de servicios y que, claramente también incide sobre la evidente incompatibilidad y/o desajuste de la normativa laboral española con el art. 10º del Convenio nº 158 de la OIT<sup>[17]</sup> sobre la terminación de la relación de trabajo y el art. 24º de la Carta Social europea. Y ello ocurre en un momento en el que la doctrina española sigue empeñada en combatir o en restar legitimidad al control de convencionalidad, minusvalorando la asunción de dichas normas internacionales<sup>[18]</sup>, acudiendo al erróneo argumento del posible peligro para la seguridad jurídica, una cuestión que podría dar un vuelco si se diera respuesta positiva a la reclamación colectiva registrada el 24 de marzo de 2022 contra España por parte del sindicato UGT sobre la desconformidad de la normativa española con el art. 24º de la Carta Social europea<sup>[19]</sup>.

Estamos ante un despido que tiene lugar en fraude de ley, pues la mercantil despide a sabiendas de que actúa contra legem -prueba de ello es que paga más de lo que debería- pero sin que los efectos disuasorios de la norma -que, tal como está configurada, no protege a los trabajadores con una antigüedad breve- sean efectivos.

Por tanto, se vé claramente cómo la normativa no es capaz de coartar una actuación ilegal de la mercantil, que, libremente, y sin temer represalias o el pago de altos costes por despido, adopta una decisión empresarial acausal que no atiende al perjuicio causado y que, en este caso, en particular, claramente no ofrece una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada, contrariando lo exigido en los arts 10º del Convenio nº 158 de la OIT y el art. 24º de la Carta Social europea, pues nuestro ordenamiento incluye el carácter compacto de una horquilla que limita el que puedan tomarse en consideración circunstancias individuales y personales, lo que afecta al equilibrio de intereses que debe proteger la norma laboral, pues una indemnización adecuada debiera quedar cercana a la entidad del daño sufrido por el trabajador, algo que, en este caso en concreto no había ocurrido.

Es cierto que el caso que aquí se debate genera un daño extrañamente dañoso porque conduce a la trabajadora no sólo a la pérdida de su empleo, sino, también, a la imposibilidad de que, en un momento excesivamente complejo y de alta incertidumbre económica y social como es el comienzo de la pandemia, ésta no acceda a la prestación de desempleo contributivo, pues no cuenta con el período mínimo de carencia preciso. Y es en estas concretas y singulares circunstancias cuando el Tribunal -recogiendo la doctrina de varias Sentencias previas de la misma Sala emitidas recientemente, doctrina que reproduce ahora- vé necesario aplicar analógicamente el art. 208 LRJS y extender el carácter tasado y legal de la indemnización por despido para, de este modo, poder compensar el lucro cesante que la trabajadora ha sufrido con la decisión empresarial, un lucro cesante que – a diferencia de lo que había ocurrido en casos anteriores planteados ante la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña- puede ser, aquí, calculado u objetivizado, pues provoca un daño que es posible calcular.

Para ello se calcula la prestación por desempleo que la trabajadora no cobra por haber quedado afectada por una decisión empresarial ilegal, que no se ha podido anular ni prohibir. En este pronunciamiento queda claro que la norma laboral no sirve para proteger y/o equilibrar las relaciones de trabajo y que los trabajadores con poca antigüedad son, simplemente, blancos fáciles, que quedan expuestos a daños. En este caso se aprecia claramente la especial vulnerabilidad a la que aboca a los trabajadores con poco tiempo de prestación de servicios, y se añade, aquí, la posibilidad de que acudiendo a la normativa civil y en cumplimiento del Convenio nº 158 de la OIT y del art. 24º de la Carta Social la trabajadora pueda ser resarcida , una vez queda cuantificado el daño producido.

## **IX. Apunte final**

El actual ordenamiento laboral contempla, en casos de despidos acausales, la percepción de una indemnización tasada y legal máxima calculada de acuerdo con dos parámetros: el salario y el período de prestación de servicios. En el caso aquí planteado queda patente que esta regulación es insuficiente para trabajadores con escasa antigüedad pues esta indemnización no tiene efectos disuasorios y no compensa tampoco el daño efectivamente producido. Lejos de levantar polémicas -se habla de una falsa inseguridad jurídica que esta vía ofrece ahora- este conflicto ofrece la posibilidad de actuar y corregir que, en casos flagrantes de incumplimientos empresariales manifiestos, e incluso reconocidos, no quepa defensa alguna, algo que debiera atajarse, no sólo para equilibrar la balanza de los poderes que empleador y trabajador exhiben en el contrato de trabajo, que también, sino, además, para cumplir con el mandato del Convenio nº 158 OIT y del art. 24º de la Carta Social europea y para acabar con una triste peculiaridad de la normativa española, y ello no tiene porqué provocar tampoco que el “destope” sea, desde ahora, la regla general puesto que el daño generado ha de ser probado y resultar manifiesto -tal como aquí ocurre-<sup>[20]</sup>.

## Referencias:

1. <sup>^</sup> *Se incorpora, así, a los Hechos declarados probados, lo siguiente: "Tras la publicación del estado de alarma la empresa anunció la preparación de ERTE a aplicar a las empleadas contratadas, tanto en el centro de Barcelona (2 Operation Manager y limpiadora) como a las cinco de Madrid. Manifestaciones y previsión mantenidas hasta el 27 de marzo de 2020, en que efectuaron el despido, en la misma mañana que se aprobaba el RDL 9/2020, que en su art. 2 regulaba la prohibición de los despidos por la situación de COVID, medida pública y anunciada en los días previos. El despido (sucede, sic) cuando la trabajadora estaba tele trabajando y en plena actividad productiva". (...) "Tras el despido la demandante se inscribió en el SEPE y en SOC y (no) encontró trabajo hasta el 30/11/2020, sin percibir prestación alguna, por no acreditar cotizaciones suficientes".*
2. <sup>^</sup> *Por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19.*
3. <sup>^</sup> *Nº de Sentencia 841/2022. Sentencia que es continuada por otras posteriores, más recientemente, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2022, Sentencia nº 955/2022.*
4. <sup>^</sup> *nº rec. 743/2021.*
5. <sup>^</sup> *Nº rec. 249/2007*
6. <sup>^</sup> *Se puede leer en esta Sentencia que: "(...) por lo que se refiere a un tratamiento diferenciado en razón de la antigüedad en la empresa, que es en definitiva uno de los motivos de discriminación que se esgrime en el presente recurso, es cierto que la doctrina de la Sala IV ha considerado que no es razonable establecer diferencias retributivas entre unos y otros trabajadores simplemente por el hecho de haber ingresado en la empresa en una fecha distinta (entre otras, STS de 20 de abril de 2005 ), pero habrá que convenir que la antigüedad en la empresa, lo mismo que ocurre con la temporalidad del vínculo laboral a que se refiere la sentencia citada en el párrafo anterior, no es criterio diferenciador comprendido en las causas de discriminación prohibidas por el art. 14 CE o por los art. 4.2.c ) y 17.1 del ET, ni tampoco tiene ni ha tenido la misma significación histórica que los factores de exclusión mencionados en los preceptos mencionados, por lo que, en principio, no toda diferencia establecida en razón de la antigüedad habría de ser calificada como discriminatoria, ya que la misma puede ser una causa objetiva y razonable que justifique un diferente trato".*
7. <sup>^</sup> *Señala la Sala que el TS ha señalado que la aportación de las declaraciones tributarias de IVA resulta idónea para justificar la situación económica negativa de la empresa puesto que a los documentos contables no debe atribuírseles poder probatorio con carácter excluyente ni son determinantes para la fundamentación de un despido individual por causas económicas (STS 26 de junio de 2020, nº rec 4405/2017).*
8. <sup>^</sup> *Explica la Sala que, como es bien sabido la situación excepcional causada por la pandemia derivada del COVID-19 conllevó que se dictara una normativa específica. Así, el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, ya vigente al tiempo del despido enjuiciado en autos, adoptó una serie de prevenciones 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. El capítulo II de esta norma estableció una serie de medidas*

de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos. De esta forma, las medidas adoptadas en materia de suspensión temporal de contratos y reducción temporal de la jornada (ERTEs) perseguían evitar que una situación coyuntural, como la derivada de la pandemia, tuviera un impacto negativo de carácter estructural sobre el empleo.

9. <sup>^</sup> Como nos recuerda la Sala Cuarta del TS en sus sentencias de 22/02/2022 (nº rec. 232/2021) y 20/04/2022 (nº rec. 241/2021) "en cumplimiento de los citados preceptos, no cabe aducir como causa de despido aquella 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. (...) 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".
10. <sup>^</sup> Nº rec. 5233/2020
11. <sup>^</sup> Nº rec. 6762/2021
12. <sup>^</sup> Nº rec. 5986/2022
13. <sup>^</sup> Señala literalmente la Sentencia Cataluña de 11 de noviembre de 2022 que: " (...) 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 mutandi 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, 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".*

14. *^ N° rec. 3909/2022*
15. *^ N° rec. 500/2022*
16. *^ N° rec. 1811/2021*
17. *^ La última ratio del Convenio n° 158 no es otra que la de buscar el equilibrio transaccional entre el mantenimiento del derecho de los empleadores a despedir por causas justificadas y la garantía de que esos despidos sean justos y no tengan un impacto desproporcionado en los trabajadores, según apunta MOLINA NAVARRETE, C., Actualidades y críticas del Convenio n° 158 OIT en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo), en Revista Internacional y comparada de Relaciones laborales y derecho del empleo, volumen 7, 2019.*
18. *^ Algo que ya ocurre hace años, Vid, así, FALGUERÁ BARÓ, M., La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral, en Lex Social, Revista Jurídica de derechos sociales, vol. 6, n° 1, 2016.*
19. *^ Con más amplitud, haciendo referencia las reclamaciones colectivas resueltas en otros países -Italia, Finlandia y Francia- Vid, JIMENA QUESADA, L., SALCEDO BELTRÁN, C., Carta social europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores, en Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos sociales, volumen 12, n° 1, 2022. SALCEDO BELTRÁN, C., La Carta Social europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral, en Trabajo y Derecho, n° 91, La Ley 6229, 2022 y JIMENA QUESADA, L., El comité europeo de derechos sociales: valor jurídico de sus resoluciones, en Documentación Laboral, n° 125, 2022. Vid, también, ROJO TORRECILLA, E., Blog, Hacia la ratificación definitiva del Protocolo adicional a la Carta Social europea y notas a la reclamación presentada por la UGT sobre la disconformidad de la normativa española (indemnización tasada en caso de despido según salario y antigüedad) con el art. 24 CSE revisada.*
20. *^ Y, a mayor añadidura, como apunta BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>Amparo, tampoco es difícil anticipar que dicha cuantía adicional, si se aprobara, terminaría siendo relativamente objetiva por referencia a baremos o doctrinas interpretativas más o menos homogéneas. Vid. Sobre el precio del despido y otras perversiones: reflexiones en torno a la indemnización por despido contra legem, Briefs AEDTSS.*