

TÍTULO

**OTRA SENTENCIA SOBRE UN DESPIDO DURANTE EL ESTADO DE ALARMA
QUE LO CALIFICA DE IMPROCEDENTE**

RESUMEN

El **Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona**, tras una primera **sentencia en materia de despido** durante el estado de alarma en la que lo calificó de **improcedente**, ha dictado otra con la misma calificación, fijando en este caso una **indemnización de importe superior al establecido en el Estatuto de los Trabajadores**, en atención al perjuicio que considera sufrido por el trabajador.

También en esta ocasión la sentencia **se basa en el artículo 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, de 27 de marzo**, que niega la posibilidad de justificar despidos en las causas que permitirían acogerse a un ERTE Covid de los previstos en el Real Decreto Ley 8/2020 de 17 de marzo.

CONTENIDO

El **Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona** ha dictado una nueva **sentencia en un procedimiento por despido producido durante el estado de alarma**, la **nº 170/2020 de 31 de julio**, calificando dicho despido de **improcedente**, al igual que en su anterior sentencia de ese tipo, dictada el 10 de julio de 2020, que ha sido objeto de nuestra Circular 467/37-JR/2020 de 10 de septiembre.

También esta sentencia se basa en que el **art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo** establece 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. Por tanto, no es posible justificar un despido cursado durante el estado de alarma, cuando el instrumento a utilizar por las empresas respecto de sus trabajadores era únicamente el acogimiento a un ERTE.

En este caso, el supuesto de hecho consiste en que un trabajador fue despedido el 2 de abril de 2020, en pleno estado de alarma, debido a una reestructuración empresarial a nivel internacional, según alegaba la empresa, dedicada al arrendamiento de espacios para oficinas en todo el mundo.

CONTENIDO

El empleado había sido contratado siete meses antes en Argentina, donde residía, por lo que tuvo que trasladarse a vivir a España.

Entre otras cuestiones, en la sentencia se declara que la carta de despido **incumple las previsiones legales respecto de la comunicación**, pues se limita a alegar causas organizativas genéricas sin un mínimo desarrollo o concreción.

En consecuencia, según el juez, las causas del despido son ajenas a la crisis sanitaria y económica generada por la pandemia, trascendiendo al ámbito español y siendo anteriores a la enfermedad.

La sentencia concluye declarando la improcedencia, y no la nulidad del despido.

En cuanto a la indemnización, que la empresa había cuantificado en 2.500 euros, y que en base al art. 56 del Estatuto de los Trabajadores ascendería a 4.200 euros, el magistrado considera que, dadas las circunstancias concurrentes y el perjuicio provocado al trabajador, **debe ser adecuada y disuasoria para la empresa**, en base al principio de causalidad en el despido que establece el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo. Por tanto, la fija en la **cantidad de 60.000 euros**, equivalente al salario de 9 meses.

Al igual que en nuestra anterior Circular 467/37-JR/2020 de 10 de septiembre, recordamos que la consecuencia de que un despido sea declarado improcedente es que la empresa, en los cinco días siguientes, podrá escoger entre readmitir el trabajador abonando los salarios de tramitación o indemnizarlo a razón de 33 días por año trabajado.

El despido nulo, por el contrario, implica la readmisión inmediata del trabajador en su puesto y el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, con la correspondiente alta en la Seguridad Social.

La sentencia reseñada no es firme, estando sometida a posterior pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Incluso, dada la singularidad de éste y futuros procedimientos relacionados con el estado de alarma, y en ausencia de jurisprudencia consolidada, es de esperar que los casos lleguen hasta el Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

En Madrid, a 10 de septiembre de 2020



Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edif. S, pl. 8 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 938874559
FAX: 938844930
E-MAIL: social26.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801944420208018958

Despidos / Ceses en general 384/2020-B

Materia: Extinción del contrato por causas objetivas

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 5226000000038420

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona

Concepto: 5226000000038420

Parte demandante/ejecutante: -----

Abogado/a: -----

Graduado/a social:

Parte demandada/ejecutada: LSC BARCELONA REPORTING, S.L., FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA),

MINISTERI FISCAL

Abogado/a: -----

Graduado/a social:

SENTENCIA Nº 170/2020

En Barcelona, a 31 de julio de 2020, vistos por mí, Carlos Escribano Vindel, magistrado-juez del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, los presentes autos nº **384/2020**, seguidos a instancia de **D. -----**, contra la empresa **LSC Barcelona Reporting S.L.**, y el **Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)**, con intervención del **Ministerio Fiscal**, sobre **despido objetivo (módulos: clase B.16)**, en los que constan los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora presentó demanda, repartida a este Juzgado, subsanada el 14 de julio de 2020, interesando la declaración de nulidad del despido comunicado el 2 de abril de 2020, por una supuesta reestructuración empresarial, alegando fraude de ley y abuso de derecho, pues la causa esgrimida en la comunicación empresarial era simplemente aparente, tratándose de un despido sin causa, en fraude de ley y abuso de derecho, contraviniendo las disposiciones internacionales, constitucionales y legales; vulneración de los derechos fundamentales al trabajo, a la tutela judicial efectiva, y a la integridad moral; e incumplimiento de la prohibición legal de despidos por las causas derivadas de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de Covid 19. Con carácter subsidiario interesó la declaración de improcedencia del despido, por defecto formal de la carta de despido y no ser ciertas las causas invocadas.

Con carácter accesorio, y para el caso de declaración de improcedencia con opción empresarial de extinción indemnizada de la relación laboral, interesó





que se condenara a la empresa al abono del interés legal del dinero respecto al importe de la indemnización, desde la fecha del despido.

SEGUNDO.- Que señalados día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio, éstos tuvieron lugar el día 30 de julio de 2020, compareciendo ambas partes; no haciéndolo el Fogasa ni el Ministerio Fiscal, pese a constar correctamente citado.

En trámite de alegaciones la actora ratificó su demanda.

La empresa prestó su conformidad a las circunstancias profesionales de salario, antigüedad y categoría profesional. En cuanto al fondo, interesó la desestimación de la demanda, con declaración de procedencia del despido, alegando que el despido objetivo obedecía a una causa real, relevante y ajena a la pandemia de Covid 19, consistente en un proceso global de reestructuración, a nivel internacional, iniciado en el último trimestre del año 2019. Asimismo, negó la vulneración de derechos fundamentales, apuntando que el derecho al trabajo no tenía rango de fundamental, y alegó que, en cualquier caso, la calificación correspondiente a los despidos sin causa era la improcedencia.

Concedida, nuevamente, la palabra, a la parte actora, reiteró sus alegaciones iniciales.

Se practicaron, a continuación, las pruebas propuestas y admitidas.

En conclusiones las partes sostuvieron sus puntos de vista y solicitaron de este Juzgado que dictase una sentencia de conformidad con sus pretensiones.

Se concedió a las partes un trámite adicional de alegaciones respecto al eventual incumplimiento del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para el caso de considerar la indemnización por despido improcedente no suficientemente disuasoria.

Verificado lo anterior, quedaron los autos vistos para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales, excepto en relación al cumplimiento de los plazos procesales por acumulación de asuntos, y por la declaración del estado de alarma derivada de la crisis sanitaria provocada por la pandemia de Covid 19.

HECHOS PROBADOS

1º. El demandante, D. -----, mayor de edad, con NIE nº -----, 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 1 de octubre de 2019, categoría profesional -----, jornada a tiempo completo, y salario mensual de 6.666,67 euros brutos, incluida la parte proporcional de pagas extras.

2º. El demandante es de nacionalidad -----, desplazándose a España con motivo de la contratación por la 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. El grupo empresarial se encuentra, desde finales del año 2019, en un proceso de reestructuración, con concentración de tareas en la central en Manila.

5º. 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 IT como IT Senior Associate.

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 2.550,09 euros.

6º. El demandante no ostenta, ni ha ostentado, la condición de representante unitario o sindical de los trabajadores.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se hace constar que los anteriores hechos probados son el resultado de la siguiente valoración de la prueba practicada en el acto del juicio.





El hecho primero no es controvertido.

El hecho segundo, que se expone ya en la demanda, no ha sido discutido por la empresa.

Los hechos tercero y cuarto resultan de la declaración testifical de D^a. Anna Signe Linnea Staal, directora de recursos humanos del grupo. Y constan en gran parte documentados.

El hecho quinto consta documentado.

El hecho sexto no es controvertido.

SEGUNDO.- Como ya se advirtió a la empresa demandada, la carta de despido no tiene defensa posible en juicio, pues incumple las previsiones legales al respecto de la comunicación, al limitarse a apuntar, que no exponer, la causa del despido.

Como puede apreciarse en la transcripción literal de la carta de despido, que consta en el hecho probado 5^o, la empresa no expone las características de la anterior organización empresarial, ni las resultantes de la pretendida reestructuración. Tampoco enumera las disfunciones o los defectos de la anterior organización empresarial, ni precisa las virtudes de la nueva. Se limita, sin más, a apuntar la naturaleza de la causa, organizativa, sin un mínimo desarrollo que permita al trabajador conocer, ni siquiera superficialmente, las notas principales de la nueva organización a la que se dirige la empresa, impidiendo su examen y cuestionamiento.

Tanto es así que la parte actora incluso sostiene en la demanda que el despido no obedece a causa alguna; siendo éste uno de los principales motivos de impugnación.

Cierto es, como sostiene la parte actora, que en nuestro régimen jurídico laboral la extinción del contrato de trabajo debe responder a una justa y tasada causa, no admitiéndose el simple desistimiento empresarial, salvo en algunas relaciones laborales especiales.

Se da cumplimiento con ello a las previsiones del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Pero no menos cierto es, como defiende la empresa, que la calificación de un despido sin causa, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial, incluso aplicable a los despidos no comunicados por escrito, verbales o incluso tácitos, es la improcedencia. Y no la nulidad, que queda reservada para los casos más graves, con vulneración de derechos fundamentales, o relacionados con situaciones susceptibles de especial protección, para evitar, precisamente la vulneración de un derecho fundamental, el de no sufrir discriminación, previstos en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

La declaración de improcedencia no implica acoger como causa válida de extinción de la relación laboral el desistimiento empresarial. Todo lo contrario, implica negar que la simple voluntad de la empleadora justifique el despido.

Y ni el régimen general del fraude de ley, ni el del abuso de derecho, recogidos en los art. 6.4 y 7.2 del Código Civil (CC), respectivamente, imponen la declaración de nulidad del correspondiente acto jurídico. La consecuencia es la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir en el caso del fraude de ley (que para el despido implica la declaración de improcedencia al no estar justificada la extinción), y la correspondiente indemnización (en el supuesto del





abuso de derecho).

La nulidad sólo se contempla para los actos jurídicos contrarios a normas imperativas y/o prohibitivas, en el art. 6.3 del CC; y sólo cuando en aquellas normas no se haya previsto un efecto distinto.

En este sentido, por todas, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS) de 29 de septiembre de 2014, dictada resolviendo el recurso de casación para unificación de doctrina (RCUD) nº 3248/2013.

Tampoco puede considerarse que la carta de despido, por muy genérica que sea, quebrante el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador demandante, reconocido en el art. 24 de la Constitución española (CE).

Una carta excesivamente genérica no sólo no dificulta su impugnación judicial, sino que la propicia y favorece, pues no tiene defensa posible en juicio por parte de la empresa, que sólo puede sustentar su posición en las causas apuntadas en la carta de despido (art. 105.2 y 122.1 de la LRJS).

El derecho al trabajo, reconocido en el art. 35 de la CE no tiene rango de fundamental, al ubicarse en la sección 2ª (de los derechos y los deberes de los ciudadanos), del capítulo 2º (derechos y libertades) del título I (de los derechos y deberes fundamentales); y no en la 1ª (de los derechos fundamentales y las libertades públicas).

Y en ningún caso puede considerarse que el simple hecho del despido, por muy desagradable que sea, y por mucho impacto subjetivo que provoque en el trabajador, vulnere el derecho a la integridad moral del art. 15 de la CE. Especialmente si se funda en una causa neutra objetiva, aunque sea genérica, sin imputar al trabajador ningún comportamiento incorrecto o contrario a las normas éticas imperantes.

No obstante todo lo hasta ahora apuntado, en el presente caso concurre una circunstancia muy especial. El despido se produce en plena crisis sanitaria, y también económica, por la paralización de la actividad productiva, provocada por la pandemia de Covid 19, que justificó la declaración del estado de alarma. Estando ya vigente el art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020, de 27 de marzo, que dispone: *“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”*.

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.

Por todo lo anterior, debemos declarar la improcedencia, y no la nulidad, del despido, por defecto en la carta de despido, al no precisarse mínimamente la causa organizativa en la que se funda.

La declaración de improcedencia producirá los efectos previstos en el art. 56 del ET, en la redacción vigente en el momento del despido, Por tanto, la empresa debe optar, en el plazo de 5 días, entre la readmisión del actor en su mismo puesto y condiciones de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir, a razón de 219,18 euros brutos diarios, o el abono de la correspondiente indemnización.

Indemnización que, con arreglo a las previsiones del art. 56 del ET, asciende a 4.219,22 euros, y que se ha calculado considerando una antigüedad total de 7 meses, a razón de 33 días de salario por año de servicio, prorrateando por meses los periodos inferiores.

Y en cualquier caso, con devolución o compensación de la indemnización ya percibida.

TERCERO.- Llegados a este punto, debemos analizar si la indemnización legal que al demandante le corresponde puede considerarse mínimamente disuasoria para la empresa.

Evidente es la respuesta negativa. Hasta el punto de que puede sospecharse que la empresa no se molestó en exponer con un mínimo de precisión las verdaderas motivaciones del despido al haber hecho cálculos sobre el coste de un despido improcedente.

Tal y como se advirtió a las partes en el trámite abierto para alegaciones al amparo del art. 87.5 de la LRJS, esta circunstancia puede ser contraria al Convenio





nº 158 de la OIT, lo que impone analizar si la aplicación en el presente caso del art. 56 del ET pudiera ser contraria a los compromisos internacionales asumidos por España.

A.- Control de convencionalidad del art. 56 del ET.

Debemos, para ello, someter a la norma legal española al llamado control de convencionalidad.

El art. 23.3 de la Ley 24/2014, de 27 de noviembre de 2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, dispone que los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico interno una vez publicados en el BOE; apuntándose en el art. 28 que las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional (apartado 1); y que los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor (apartado 2).

Según el art. 29 de la misma Ley 24/2014, Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados.

Y en orden a su ejecución, con arreglo al art. 30.1 “*Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes*”. Y lo que es absolutamente determinante, el art. 31 dispone: “*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*”.

En definitiva, las normas internacionales son directamente aplicables y prevalecen sobre cualquier otra norma de nuestro ordenamiento interno; incluso de rango legal, como el ET.

El análisis de conformidad de la norma interna a la internacional recibe el nombre de control de convencionalidad. Para el mismo, a diferencia del control de constitucionalidad, reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional (TC), son competentes los órganos judiciales ordinarios, cualquiera que sea su rango, también, por tanto, este Juzgado.

No obstante, en caso de apreciar discordancia entre la norma interna y la internacional el pronunciamiento que impone el control de convencionalidad, a diferencia del de constitucionalidad, no afectará a la validez de la norma interna, sino, simplemente, a su aplicación al caso concreto.

Todo ello de conformidad a los perfiles del mencionado control de convencionalidad definidos por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 140/2018, de 20 de diciembre de 2018, Rec. Inconst. nº 3754/2014.

B.- Incumplimiento del convenio nº 158 de la OIT.

Como ya se ha indicado, la indemnización que en el presente caso resultaría de la estricta aplicación del art. 56 del ET ascendería a únicamente 4.219,22 euros. Cantidad que no ejerce efecto disuasorio alguno, no llegando a cubrir ni una mensualidad del salario del demandante.





La aplicación estricta del art. 56 del ET en el presente caso pudiera, por ello, ser contraria a los postulados del Convenio nº 158 de la OIT, de fecha 22 de junio de 1982, ratificado por España el 26 de abril de 1985, que recoge como principio esencial, asumido, por tanto, por nuestro Ordenamiento Jurídico, el de la causalidad del despido.

Causalidad que, como antes ya se apuntó, impide acoger el simple desistimiento empresarial como causa de extinción de la relación laboral, salvo en el caso de relaciones laborales especiales, basadas en la especial confianza (como el personal doméstico, o el de alta dirección).

Por tanto, si la indemnización que legalmente corresponde para un despido sin causa (en nuestro ordenamiento calificado como improcedente) es tan exigua que no supone esfuerzo financiero alguno para la empresa, los efectos prácticos son los propios de un desistimiento, sin otra causa que la simple voluntad de la empleadora. Y ello podría ser contrario a las disposiciones del Convenio nº 158 de la OIT, lo que obligaría a aplicar las prescripciones de su art. 10: *“Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio (entre ellos, los órganos judiciales) 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”*.

Pero es que, además, a mayor abundamiento, y en esto seguimos los extensos fundamentos de la sentencia de fecha 21 de febrero de 2020 del Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid, en los autos nº 843/2019, hemos de reparar en que los postulados del Convenio nº 158 de la OIT han sido recogidos por el art. 24 del texto de 1996 de la Carta Social Europea (CSE).

Efectivamente, el art. 24 de la Carta Social Europea, en su texto revisado de 1996, dispone (se reproduce el texto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Cortes Generales, XII Legislatura, Serie A Actividades Parlamentarias, de fecha 15 de febrero de 2019, número 267):

Parte I: Todos los trabajadores tienen derecho a protección en caso de despido.

Parte II: Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

a.- El derecho de los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello, relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio.

b.- El derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un órgano imparcial.

Anexo:

1.- Se entiende que, a los efectos del presente artículo, la palabra





“despido” significa la resolución de la relación laboral por iniciativa del empleador.

2.- Se entiende que este artículo abarca a todos los trabajadores pero que una Parte puede excluir total o parcialmente de su protección a las siguientes categorías de trabajadores por cuenta ajena:

- a.- los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo de duración determinada o para una tarea determinada;
- b.- los trabajadores que estén en período de prueba o que no hayan cumplido un período de antigüedad exigido, siempre que dicho período se fije por anticipado y tenga una duración razonable;
- c.- los trabajadores contratados de manera eventual por un período breve.

3. A efectos de este artículo, no se considerarán motivos válidos para el despido, en particular:

- a.- la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera del horario de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante el horario de trabajo;
- b.- el hecho de presentarse como candidato a representante de los trabajadores, o de actuar o haber actuado en esa calidad;
- c.- la presentación de una demanda o la participación en un procedimiento contra un empleador por supuesta infracción de las leyes o reglamentos, o la presentación de un recurso ante las autoridades administrativas competentes;
- d.- la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social;
- e.- el permiso de maternidad o de paternidad;
- f.- la ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión.

4. Se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales”.

Tal y como acertadamente apunta la sentencia de fecha 21 de febrero de 2020 del Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid, antes mencionada, el art. 24 de la CSE es una mera reordenación del contenido obligatorio del Convenio 158 de la OIT, con mejor y más actual técnica.

La Parte I del art. 24 del texto de 1996 de la CSE que se desarrolla, más adelante, en la letra b y en el último párrafo de la Parte II, es coincidente con los arts. 8, 9.1 y 10 del Convenio nº 158 de la OIT.

La letra a de la Parte II del art. 24 CSE es una transcripción del art. 4 del Convenio.

La definición de despido del punto 1 del Anexo consta en el art. 3 del Convenio como *terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*.

Las exclusiones subjetivas de categorías de personas empleadas del punto 2 del Anexo son las mismas previstas en el art. 2.2 del Convenio.

El punto 3 del Anexo viene a reproducir el contenido de los arts. 5 y 6.1 del Convenio.





Y la remisión a instrumentos normativos del punto 4 del Anexo es coincidente con la del el art. 1 del Convenio.

Todo esto es relevante, pues España ha ratificado el Convenio nº 158 de la OIT, pero todavía no el texto de 1996 de la CSE; aunque consta un acuerdo de 1 de febrero de 2019 del Consejo de Ministros que ordena poner en funcionamiento los mecanismos para su ratificación.

No obstante lo anterior, si el contenido normativo de ambos textos es el mismo, podemos predicar la aplicación del mismo en nuestro ámbito, no por la CSE de 1996 pero sí por el Convenio nº 158 de la OIT.

Y de la misma manera, siendo su texto equivalente podemos conceder especial importancia a las decisiones del llamado Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), como máximo intérprete de la CSE.

Decisiones del CEDS, dictadas resolviendo las llamadas reclamaciones colectivas, previstas en el 3er. Protocolo de 1995. Y aunque este último tampoco ha sido ratificado por España, no por ello cabe negar la especial relevancia interpretativa que revisten los dictámenes del CEDS y las decisiones que resuelven las reclamaciones colectivas, interpretando la CSE, y, más en concreto, el art. 24 del texto de 1996 de la CSE, cuyas disposiciones, como ya se ha indicado, nos vinculan al ser las mismas prescritas por el Convenio nº 158 de la OIT.

Y al respecto, resultan de especial interés dos decisiones del CEDS, analizadas pormenorizadamente por el Juzgado de lo Social nº 34 de Barcelona, en su sentencia, tantas veces comentada, de 21 de febrero de 2020. Ambas pueden consultarse, aunque sólo en lenguas inglesa y francesa en la página web "<https://hudoc.esc.coe.int/>".

La primera es la Decisión adoptada en fecha 6 de Septiembre de 2016, notificada el 30 de Septiembre de 2016 y publicada el 31 de Enero de 2017, sobre admisibilidad y fondo de la Reclamación 106/2014 interpuesta por Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, que estima la existencia de violación del art. 24 de la Carta Social Europea.

La reclamación analiza la legislación finlandesa en materia de contrato de trabajo y, en los supuestos de despido abusivo, que impide a los Tribunales fijar una indemnización superior a veinticuatro meses de salario y no prevé posibilidad alguna de readmisión en caso de despido abusivo.

Apunta, en dicha Decisión, el CEDS:

"45.- El Comité recuerda que en virtud de la Carta, los asalariados despedidos sin motivo válido deben obtener una indemnización u otra reparación apropiada. Se consideran mecanismos indemnizatorios apropiados los que prevean:

- el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y de la decisión del órgano revisor;*
- la posibilidad de readmisión y/o*
- Indemnizaciones en cuantía suficientemente elevada para disuadir al empleador y compensar el perjuicio sufrido por la víctima (Conclusiones 2012, Tuquía).*

46.- Cualquier límite que tenga por efecto que las indemnizaciones reconocidas no guarden relación con el perjuicio sufrido y no sean suficientemente disuasivas es, en principio, contrario a la Carta (...)





54.- *Con respecto a la segunda alegación, el hecho de que los jueces no puedan ordenar la readmisión, aunque el artículo 24 de la Carta no haga expresa referencia a la readmisión, se refiere a una indemnización u otra reparación apropiada. El Comité considera que otra reparación apropiada debe incluir la readmisión como uno de los modos de reparación de los que las jurisdicciones internas pueden disponer (ver Conclusiones 2003, Bulgaria). La posibilidad de acordar este medio de reparación reconoce la importancia de reincorporar al asalariado en una situación de empleo no menos favorable que la que lucraba anteriormente. Corresponde a las jurisdicciones internas decidir si la readmisión es apropiada en cada caso concreto. El Comité recuerda haber considerado de manera constante que la readmisión debe estar prevista como modo de reparación en virtud de numerosas otras disposiciones de la Carta tal como la interpretada por el Comité con amparo en el artículo 1.2 o del artículo 8.2“.*

La segunda es la Decisión adoptada en fecha 11 de Septiembre de 2019, notificada el 10 de Octubre de 2019 y publicada el 11 de Febrero de 2020, sobre el Fondo de la Reclamación 158/2017 formulada por la Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contra Italia.

En esta reclamación el Sindicato demandante impugna la reforma laboral adoptada mediante Decreto Legislativo 23/2015 por violar el art. 24 del texto de 1996 de la CSE, al establecer un mecanismo compensatorio preestablecido que no permite a las víctimas de despidos ilegales obtener por la vía judicial interna una reparación adecuada con relación al perjuicio sufrido y disuasiva para los empleadores en la medida en que la indemnización está predeterminada (tasada) y topada y su monto está fijado de manera estrictamente automática en función del único criterio de la antigüedad en la prestación de servicios (y el salario). Aunque este último extremo cambió durante la tramitación de la reclamación al haberse producido el Fallo 194/2018 de la Corte Constitucional de Italia de fecha 26 de Septiembre de 2018 declarando inconstitucional por aplicación del art. 24 de la CSE el inciso que establecía un *montante igual a dos mensualidades de la última remuneración de referencia a los fines del cálculo del importe TFR, por año de servicio*.

Después de reproducir los argumentos antes transcritos de la Decisión de fecha 6 de Septiembre de 2016, referente a Finlandia, El CEDS estima, también, en el caso de Italia, la existencia de vulneración del art. 24, apuntando:

“101.- Sin embargo, constata que en caso de despido ilegal (diferente del discriminatorio, nulo, comunicado oralmente o sustancialmente infundado, ver párrafos antecedentes 89-91) corresponde a la víctima la elección entre dos opciones compensatorias del daño material –judicial o extrajudicial- que están topadas y no cubren las pérdidas financieras efectivamente causadas desde la fecha del despido. El Comité considera que las condiciones que se vinculan a cualquiera de estas dos opciones compensatorias, sin embargo, fomentan o al menos no disuaden del recurso a los despidos ilegales.

(...)

103.- Sin embargo, los procedimientos judiciales no tienen un verdadero efecto disuasorio contra el despido ilegal en la medida en que, de una parte, el monto neto de la indemnización por daño material no es significativamente superior a la prevista en caso de conciliación y, de otra, la duración del





procedimiento aprovecha al empleador, visto que la indemnización en cuestión no puede exceder las cuantías preestablecidas (topadas a 12, 24 o 36 mensualidades, según los casos, 6 para las pequeñas empresas) y la compensación con el paso del tiempo llega a ser inadecuada con relación al perjuicio sufrido. En cuanto a las vías de impugnación evocadas por el Gobierno, el Comité constata la ausencia de elementos concluyentes sobre el hecho de que permitan efectivamente obtener una indemnización complementaria de manera generalizada.

104.- *A la vista de estos elementos, el Comité considera que ni las vías de derecho alternativas ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del tope previsto por la ley en vigor, ni el mecanismo de conciliación, tal como está establecido en las normas impugnadas, permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y de carácter disuasor del recurso a los despidos ilegales“.*

En definitiva, el Convenio nº 158 de la OIT establece el principio de causalidad en el despido. Y exige que en caso de un despido sin causa (en nuestro ordenamiento calificado como improcedente) las consecuencias del mismo, que pueden consistir en la readmisión, pero también en una indemnización, sean suficientemente disuasorias para la empresa. Efecto disuasorio que dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, incluido, por supuesto, el tamaño de la empresa, y que puede no ser respetado en caso de indemnizaciones tasadas, como las de nuestro ordenamiento.

C.- Solución al caso concreto.

Por lo hasta ahora razonado fácil resulta llegar a la conclusión de que la aplicación estricta del art. 56 del ET, con una indemnización muy reducida, de 4.219,22 euros, en relación al salario del demandante 6.666,67 euros mensuales, es contraria al Convenio nº 158 de la OIT, por no tener un efecto disuasorio para la empresa, dando carta de naturaleza, como causa de extinción de la relación laboral, a la simple voluntad de la empleadora (el desistimiento).

El control de convencionalidad permite inaplicar en este caso el régimen ordinario del art. 56 del ET, y fijar una indemnización que sea verdaderamente disuasoria para la empresa, y que compense suficientemente al trabajador por la pérdida de su ocupación.

No se está cuestionando, a diferencia del Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid en su sentencia antes comentada, la propia validez del régimen legal del despido improcedente del art. 56 del ET. Lo que se cuestiona es la concordancia con las exigencias del Convenio nº 158 de la OIT en el presente caso.

Téngase en cuenta que, en principio, el escaso importe de la indemnización resulta de la escasa antigüedad del trabajador, de sólo 7 meses.

En condiciones normales, excluidos los casos de la contratación temporal, y limitándonos a la indefinida, la propia empresa tiene interés en la relación laboral; motivo por el que contrata al trabajador, por lo que es verdaderamente inusual que un contrato indefinido se extinga a los 7 meses de su suscripción. Podemos afirmar que, normalmente, cuando se extingue un contrato indefinido a los pocos meses de su firma es por la concurrencia de causas sobrevenidas e inesperadas, que tornan excesivamente gravosa para la empresa la subsistencia del vínculo laboral. Interés empresarial que es también susceptible de protección,





contemplándose en nuestro Ordenamiento Jurídico recursos, principalmente el despido objetivo, para poder superar estas causas sobrevenidas e inesperadas.

En cambio, en el presente caso, como la propia empresa se ha empeñado en acreditar, acontece precisamente lo contrario, lo que ha suscitado las dudas en este juzgador, en el propio acto del juicio, sobre el carácter no disuasorio de la indemnización legalmente tasada.

Efectivamente, cuando el demandante fue contratado, el 1 de octubre de 2019, el grupo empresarial ya se encontraba en un proceso de reestructuración a nivel internacional, por lo que era más que previsible la futura amortización del puesto de trabajo del demandante, en un plazo relativamente corto, de apenas unos meses.

Y no consta que de nada de ello se advirtiera al demandante, que seducido por una atractiva oferta de trabajo, se decidió a emigrar desde Argentina, para verse a los pocos meses, en plena pandemia, en la calle, y sin ni siquiera cotización suficiente para acceder a la prestación contributiva por desempleo.

En atención a estas circunstancias, tanto relativas al proceder empresarial como al perjuicio sufrido por el trabajador, se estima oportuno conceder una indemnización, para el caso de opción empresarial por la extinción indemnizada, equivalente al salario de 9 meses, que en el caso del demandante asciende a 60.000 euros.

Y en este sentido, no puede considerarse que estemos ante una modificación sustancial de la demanda, como argumentó el letrado de la empresa. La parte actora pretendía, con carácter principal, la declaración de nulidad del despido. Y, con carácter subsidiario, la improcedencia. Improcedencia a la que le corresponde, en caso de opción empresarial, una indemnización que debe ajustarse a las imposiciones de las normas internacionales que nos vinculan.

Y, en cualquier caso, la empresa puede optar por la readmisión.

CUARTO.- Por último, debe rechazarse la reclamación de intereses moratorios respecto a la indemnización legal.

En tanto en cuanto no exista una declaración judicial calificando el despido como improcedente, e incluso hasta que no se tenga ejercitada, en su caso, la opción empresarial por la extinción indemnizada, no existe una deuda exigible que pueda generar intereses moratorios exart. 1108 del CC.

Diferente sería el caso si la empresa hubiera reconocido ya en la propia carta de despido su improcedencia y el derecho del trabajador a la correspondiente indemnización, aunque se discrepe sobre su concreto importe, que es el supuesto al que se refiere la sentencia invocada por la parte actora (STS de fecha 23 de enero de 2013, RCUUD nº 1119/2012).

Por tanto, debemos desestimar la pretensión accesoria relativa a los intereses moratorios, sin perjuicio de los intereses procesales que puedan devengarse tras el dictado de esta sentencia, de conformidad con el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

QUINTO.- No cabe extender en este momento la condena al Fondo de





Garantía Salarial, visto el contenido del art. 33 ET, y sin perjuicio de sus responsabilidades legales.

SEXTO.- En virtud de lo dispuesto en el art. 191 de la LRJS, contra esta sentencia cabe interponer recurso de suplicación para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de lo que se advertirá a las partes.

Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente observancia,

FALLO

Que **estimando en parte la demanda** origen de las presentes actuaciones, promovida por **D. -----**, 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 el 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 al 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 219,18 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 al actor una indemnización en cuantía de 60.000 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.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, anunciándolo ante este Juzgado por comparecencia o por escrito en el plazo de los cinco días hábiles siguientes al de la notificación del presente fallo, siendo indispensable que al tiempo de anunciarlo acredite la parte que no ostente el carácter de trabajador y no goce del beneficio de justicia gratuita haber consignado el importe íntegro de la condena en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, o presente aval solidario de Entidad Financiera por el mismo importe; depositando además la cantidad de 300 euros, y sin cuyos requisitos no podrá ser admitido el recurso.

Así, por ésta, mi resolución, lo pronuncio, mando y firmo.

