



Roj: **STSJ CAT 8051/2022 - ECLI:ES:Tsjcat:2022:8051**

Id Cendoj: **08019340012022104690**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **16/09/2022**

Nº de Recurso: **1959/2022**

Nº de Resolución: **4707/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LUIS REVILLA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG** : 08019 - 44 - 4 - 2020 - 8048209

EMA

**Recurso de Suplicación: 1959/2022**

ILMO. SR. IGNACIO MARÍA PALOS PEÑARROYA

ILMO. SR. LUIS REVILLA PÉREZ

ILMO. SR. EMILIO GARCIA OLLÉS

En Barcelona a 16 de septiembre de 2022

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A** núm. **4707/2022**

En el recurso de suplicación interpuesto por María Consuelo frente a la Sentencia del Juzgado Social 22 Barcelona de fecha 24 de noviembre de 2021, dictada en el procedimiento nº 919/2020 y siendo recurrida LOLA MULLENLOWE, SLU, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Luis Revilla Pérez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre **Despido** en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 24 de noviembre de 2021, que contenía el siguiente Fallo:

"Que procede ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Dña. María Consuelo contra LOLA MULLENLOWE, S.L.U., DECLARANDO improcedente el **despido** producido, condenando a la empresa demandada a que readmita a la trabajadora en su puesto, en las mismas condiciones que regían y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del **despido** hasta la notificación de esta sentencia, o bien le indemnice con 1.130,14 euros, pudiendo optar el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:



"1.- Dña. María Consuelo ha prestado servicios para Lola Mullenlowe, S.L.U. desde 18 de junio de 2020, categoría de nivel 3/copywriter y el salario de 2.500 euros mensuales con prorrata de pagas extra (82,19 euros diarios).

2.- Se da por reproducido el **contrato** de trabajo suscrito por las partes el 25 de septiembre de 2020.

3.- En fecha de 30 de octubre de 2020 la empresa le comunicó a la parte actora el cese con efectos desde el mismo día por no haber superado el periodo de prueba.

4.- La actora prestó durante toda la relación sus servicios desde Francia, sin que conste que se haya desplazado a España para desempeñar su profesión.

5.- Presentada papeleta de conciliación ante el Departament de Treball el acto se celebró con el resultado de sin avenencia.

6.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado durante el último año la condición de representante sindical o de los trabajadores."

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado, impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia dictada por el juzgado de lo social estimó la pretensión principal de la acción acumulada en demanda en la que se postulaba la calificación jurídica de nulidad del **despido** y acogió la subsidiaria, declarándolo improcedente, al entender inhábil pacto de periodo de prueba que pudiese habilitar la **extinción** acausal que actuó la demandada.

Como corolario de la declaración de improcedencia establece las consecuencias implementadas por el **legislador** para la misma, fijando quantum indemnizatorio por **despido** de 33 días de salario por año de servicio, concretamente y partiendo de parámetro antigüedad 18/06/2020 y salario 82,19 euros, por suma global de 1.130,14 euros.

Acude la sentencia a la fijación de la indemnización por **despido** en la medida disciplinada legalmente y rechaza la pretensión actora de incrementarla hasta 51.780 euros con fundamento en el eventual incumplimiento del Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) por considerar la indemnización por **despido** improcedente no suficientemente disuasoria.

Contra la anterior resolución y con exclusivo motivo de censura jurídica se alza en suplicación la trabajadora para sostener que la indemnización **legal** por **despido** que se fija en la sentencia, debe recoger los totales daños y perjuicios que el ilícito acto empresarial efectiva y materialmente le causó.

La empresa ha impugnado el recurso de la trabajadora.

**SEGUNDO.-** Sin ofrecer relato fáctico alternativo en el que potencialmente pudiese leerse circunstancia o coyuntura causante de especiales daños y perjuicios no indemnizados a través del quantum indemnizatorio **legal**, en exclusiva sede de censura jurídica, el recurso de la trabajadora, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, expone que la sentencia debió efectuar pronunciamiento ampliatorio de la indemnización **legal** y fija quantum indemnizatorio por **despido** superior al fijado por el **legislador** de 33 días de salario por año de servicio, concretamente en suma de 51.780 euros, y si no lo hizo supone violación del artículo 10 del Convenio 158 de la OIT, en relación con el artículo 24 de la CE.

Para dar respuesta al motivo 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 (RECUJ 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 la pretensión actora sostiene 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.

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 artículo 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".

Y cabe recordar en este sentido que el artículo 10 del Convenio 158 OIT 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, legerferendariamente, **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, 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 la trabajadora, que por cierto no debió desplazarse a España porque siempre realizó la efectiva prestación de servicios desde Francia, 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 entre los que no se encuentra que, por falta de cotización suficiente no podrá lucrar prestación por desempleo) 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 habrá de rechazarse fijando el quantum indemnizatorio por la indemnización por **despido** en exclusiva suma de 1.130,14 euros.

Vistos los preceptos **legales** citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso formulado por la trabajadora actora doña María Consuelo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 22 de Barcelona, en autos sobre **despido** tramitados al número 919/2020, a instancia de la trabajadora contra la empresa LOLA MULLENLOWE, S.L.U., confirmando en integridad la misma.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se **efectuará** en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.



Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma.

Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA.

Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ