



Roj: **STSJ CAT 2/2023 - ECLI:ES:TSJCAT:2023:2**

Id Cendoj: **08019340012023100001**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2023**

Nº de Recurso: **6219/2022**

Nº de Resolución: **469/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FELIPE SOLER FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA CATALUNYA SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2020 - 8017697 MVR

Recurso de Suplicación: 6219/2022

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER ILMO. SR. RAÚL URÍA FERNÁNDEZ ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 30 de enero de 2023

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 469/2023

En el recurso de suplicación interpuesto por D.^a Lourdes frente a la Sentencia del Juzgado Social 6 Barcelona de fecha 2/11/2021 dictada en el procedimiento nº 359/2020 y siendo recurridos BRS RELOCATION SERVICES, S.L., BARCELONA PROPERTIES&REAL ESTATE SERVICES, S.L., D.^a Milagros , D. Belarmino y el FONS DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), ha actuado como Ponente el/la Ilmo. Sr. Felipe Soler Ferrer.

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 2/11/2021 que contenía el siguiente Fallo:

"ESTIMANDO en parte la demanda interpuesta por D.^a Lourdes contra BRS RELOCATION SERVICES, SL, BARCELONA PROPERTIES&REAL ESTATE SERVICES, SL, Doña Milagros y Belarmino y el Fondo de Garantía Salarial

(FOGASA), se DECLARA el carácter procedente del despido efectuado el 27/03/2020 y se CONDENA a BRS RELOCATION SERVICES, SL a abonar a la actora la suma de 1041,67 euros más el interés de demora del 10%; absolviendo en todo lo demás a las demandadas de las pretensiones dirigidas en su contra Se ABSUELVE al FONDO DE GARANTIA SALARIAL sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria en caso de insolvencia del empresario."

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

2020, sin dejar de tener en cuenta que el 1 de abril siguiente la empresa tramitó un ERTE por fuerza mayor derivada de la situación de emergencia sanitaria, y 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 de la actora. 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. Como nos recuerda la Sala Cuarta del TS en sus sentencias de 22/02/2022 (rcud. 232/2021) y 20/04/2022 (rcud. 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". En el presente caso, nos encontramos ante unas causas que al tiempo del despido de la actora eran coyunturales y previsiblemente temporales, prueba de ello es que la empresa cinco días después del cese de la recurrente acudió a un ERTE por fuerza mayor derivado de la pandemia. Incumbe a la empresa la carga de acreditar que las circunstancias que motivaron el despido son estructurales y no meramente coyunturales, sin que se pruebe por la empresa que las causas aducidas para despedir sean distintas de las que dieron lugar al ERTE, por lo que el despido se ha de considerar improcedente, debiendo acogerse en este punto el motivo suplicatorio.

QUINTO.- En este mismo motivo se pide también, no obstante la improcedencia del despido, una indemnización adicional a la tasada legalmente. En el ámbito del contrato de trabajo, a diferencia del derecho civil, rige legal y tradicionalmente la indemnización tasada, calculada en función de unos criterios objetivos como el salario o los años de prestación de servicios y sujeta a unos topes máximos, prescindiendo para su determinación de otros parámetros como el daño emergente, el lucro cesante o los daños morales causados. En consecuencia, 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. Esta regla general sólo tenía una excepción: cuando la decisión extintiva había sido adoptada por motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales y otras libertades públicas. Pero en los últimos tiempos estamos viendo como cada vez un mayor número de sentencias 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. Las SSTSJ Cataluña 23 de abril de 2021 (núm. Rec. 5233/2020) y 6762/2021, de 14 de julio, han admitido la posibilidad de reconocimiento de una indemnización complementaria a la legal tasada, con base en el marco regulatorio del Convenio 158 de la OIT y el artículo 24 de la Carta Social Europea, en aquellos supuestos en que la indemnización correspondiente por

despido improcedente sea exigua y no tenga un efecto disuasorio para la empresa, ni compense 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.

En tal sentido, la más reciente STSJ CAT 5986/2022, de 11 de noviembre, declara 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 (RCL 2015, 1654) 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". Es un criterio que igualmente mantienen las sentencias de esta Sala de 4-7-22 (rec. 3909/22), 13-5-22 (rec.500/22) o 14-7-21 (rec. 1811/21) (...).

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 como se dijo, 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.

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, que conlleva necesariamente la existencia de, al menos, unos daños morales para el trabajador que ha sufrido dicha vulneración, daños morales que no exigen la cumplida acreditación de unos determinados y concretos daños y perjuicios, sino que se producen automáticamente y que serán fijados en su cuantía prudencialmente por el juez o tribunal siempre y cuando hayan sido reclamados por el actor en su demanda (art. 183 LRJS).

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 es cierto que, de acuerdo con el informe de vida laboral y el certificado de empresa obrantes en autos, al tiempo de cesar en BSR COLOCATION SERVICES SL 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. La empresa, en su escrito de impugnación, alega que la actora podía haber solicitado el subsidio asistencial de desempleo. Atendidas sus responsabilidades familiares, podía acceder al subsidio, por un periodo de cuatro meses, dado que superaba los cuatro meses de cotización [(arts. 274.3.a), 276.1 y 277.2.a) TRLGSS)]. Consta en autos (doc. 17 de la parte actora), que la trabajadora inició los trámites de pre-solicitud de la prestación individual, sin que conste que percibiera subsidio alguno, y aunque en teoría, como hemos dicho, reuniría cotizaciones suficientes para su percepción, desconocemos si cumplía los demás requisitos para lucrar la prestación (carencia de rentas). Pese a todo, es indudable que la actora, 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. 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 encontró trabajo en otra empresa, que cifra en 10.544,90 euros en documento elaborado por dicha parte, cuantía que no queda desvirtuada de contrario con la simple alegación de que tal suma no está refrendada por documento o certificado oficial. Pero llegados a este punto nos encontramos con el problema de que en el relato histórico de la sentencia de instancia no consta el periodo de duración del ERTE ni por ende cuando la empresa retomó su actividad normal. Pero ello no ha de impedir el resarcimiento, al menos en parte, del lucro cesante de la actora, pues es hecho notorio que se prorrogó el estado de alarma y el confinamiento en nuestro país hasta las 0,00 horas del día 21 de junio de 2020 (Real Decreto 555/2020), por lo que debemos tomar esta fecha 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, que ha de ser la indemnización adicional resultante, estimándose de este modo, parcialmente, el motivo suplicatorio.

SEXTO.- Finalmente, en cuanto a la acción de reclamación de cantidad por el pacto de no competencia postcontractual, por el periodo de tres meses posteriores a la extinción contractual, no corresponde indemnización alguna, pues la determinación de la validez o nulidad de dicho pacto excedería del ámbito del procedimiento de despido, siendo una cláusula en principio válida que vincula a las partes y que no contraviene la legislación laboral, sin que de la mera existencia de la cláusula se desprenda la existencia de perjuicio alguno, que ha de ser real y efectivo, no constando siquiera que tras el cese haya surgido conflicto alguno entre las partes derivado de la aplicación de dicho pacto, máxime cuando la actora no trabajó durante los ocho meses siguientes al cese, a lo que se añade que en la cláusula pactada en el anexo del contrato no se estableció, ni tampoco se abonó (vid. nóminas), compensación económica alguna, lo que implica, en definitiva, que dicho acuerdo no generara obligaciones válidas entre las partes, sin que ninguna de ellas tenga derecho a reclamar contra la otra.

Procede por cuanto se deja expuesto la estimación parcial del recurso, a los efectos de declarar la improcedencia del despido de la actora, con las consecuencias inherentes a dicha declaración, fijando además en favor de la trabajadora la indemnización adicional precitada.

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

FALLAMOS

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a Lourdes contra la sentencia de 2/11/2021, dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona en sus autos de despido nº 359/2020, y, en su virtud, revocamos en parte dicha resolución y, con estimación parcial de la demanda, declaramos la improcedencia del despido objetivo de la trabajadora demandante de fecha 27-3-2020, condenando a la empresa codemandada BRS COLOCATION SERVICES 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). La OPCIÓN deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ANTE LA SECRETARÍA DE ESTE TRIBUNAL en el plazo indicado y sin esperar a la firmeza de la presente resolución, advirtiéndole a la empresa condenada de que, en el caso de no efectuar la opción en el plazo y forma indicados, se entenderá que lo hace por la readmisión. La opción por el pago de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. Confirmándose los restantes pronunciamientos del fallo recurrido y con absolución del Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de sus responsabilidades legales.

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 N° 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 N° 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.