

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 469/2023 de 30 Ene. 2023, Rec. 6219/2022

Ponente: Soler Ferrer, Felipe.

Nº de Sentencia: 469/2023

Nº de Recurso: 6219/2022

Jurisdicción: SOCIAL

28 min

Indemnización complementaria por despido sin causa calculada a partir del desempleo no percibido

DESPIDO OBJETIVO. Despido sin causa. La empresa se ha limitado a decir que existen causas económicas y productivas, pero ha pagado la indemnización por despido improcedente. Es una situación coyuntural derivada de la pandemia. No es nulo. Incluso aunque se hubiese incumplido la "prohibición de despedir", seguiría siendo improcedente. Exclusión de la trabajadora del ERTE por fuerza mayor iniciado días después del despido. La menor antigüedad y el reducido coste de la indemnización no es sinónimo de discriminación. INDEMNIZACIÓN. Indemnización adicional a la legal (menos de 1.000 euros) porque no compensa el daño producido ni tiene efecto disuasorio. No hay daños morales pero sí lucro cesante ya que si no hubiese sido despedida antes de tramitar el ERTE, se podría acoger a las medidas extraordinarias de desempleo aun no teniendo cotización suficiente. Como se desconoce la fecha exacta en que la empresa retomó la actividad normal, el cálculo de las prestaciones de desempleo no cobradas se realiza desde el despido hasta el día en que se levantó el estado de alarma (21 de junio de 2020). El TSJ Cataluña estima parcialmente el recurso de suplicación, revoca en parte sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Barcelona y condena a la empresa a una indemnización adicional por despido objetivo sin causa.

TEXTO

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

SENTENCIA núm. 469/2023

En el recurso de suplicación interpuesto por D.^a Amelia 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 Beatriz, D. Manuel 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 Amelia contra BRS RELOCATION SERVICES, SL, BARCELONA PROPERTIES&REAL ESTATE SERVICES, SL, Doña Beatriz y Manuel 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:

"PRIMERO.- D^a Amelia ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa BRS RELOCATION SERVICES, SL con contrato de trabajo indefinido a tiempo completo desde el pasado 04/11/2019, categoría profesional de Operation manager y salario mensual bruto de 25.000 euros (68.49 euros/día)

SEGUNDO.- Las partes pactaron (clausula segunda b) del anexo al contrato de trabajo) que "adicionalmente la empleada percibirá un bonus anual cuyo importe será de 1.000 euros brutos (a partir del año 2020). El pago de este bonus dependerá, de un lado, de los resultados de la empresa (volumen de negocios, beneficios...) y por otra parte de la dedicación, del compromiso y de los esfuerzos realizados por la empleada, así como del resultado de las evaluaciones recibidas por los clientes gestionados/coordinados por la empleada. Esta remuneración adicional se integrará como más tarde en la nómina del mes de marzo del año siguiente"

TERCERO.- Las partes pactaron (clausula sexta del anexo del contrato de trabajo) que "al objeto de proteger los legítimos intereses mercantiles de BRS, comprométase la empleada con BRS a que, sin mediar previo consentimiento escrito de esta última, ni podrá realizar lo que seguidamente se estipula:

Durante el periodo de los tres meses posteriores a la extinción del contrato de trabajo, directa o indirectamente, ya fuere por si solo o de consuno con terceros, trabajar, dedicarse o poseer derechos en calidad de principal, socio, agente, accionista, administrador o a cualquier otro título (salvo en condición de titular de usufructo sobre acciones que representen menos de 3 por 100 del valor nominal de cualquier clase de acciones o de obligaciones cotizadas en bolsa) en todo negocio que sea competidor con el negocio de BRS o el cual, en su defecto, tenga previsto, una vez se halla en explotación, competir con ésta, aplicable a todos los países en que esta última posee domicilio social o sus subsidiarias o filiales.

Durante el periodo de los tres meses posteriores a la extinción del contrato de trabajo, directa o indirectamente ya fuere por sí solo o de consumo con terceros, sondear, solicitar los servicios o convencer para que rescinda la relación de trabajo con BRS o con cualquiera de sus subsidiarias o filiales a cualquier persona que, a la fecha de finalización del plazo estipulado por la empleada, estuviere colocada en BRS o con cualquiera de sus subsidiarias o filiales.

El ámbito de aplicación de estas restricciones se limita al territorio español."

CUARTO.- El día 27/03/2020 la empresa comunicó al actor la extinción de su contrato al amparo del [art. 52.c\) del ET \(LA LEY 16117/2015\)](#), con efectos de ese mismo día en atención a la necesidad objetiva de amortizar su puesto de trabajo a trabes e causas productivas derivados de la profunda caída de ventas y cancelación de servicios sufridos como consecuencia de la crisis del coronavirus.

La empresa comunica su voluntad de abonarle la indemnización máxima (33 días), equivalente a 941,78 euro; importe que le fue abonado junto con la liquidación de saldo y finiquito, percibiendo un importe total de 2.766,58 euros.

La carta de despido obra en el folio 9 de las actuaciones y se da enteramente por reproducida a efectos expositivos.

QUINTO.- BRS RELOCATION SERVICES, SL, adeuda a la trabajadora: 1041,67 euros en concepto de preaviso (15 días).

SEXTO.- BRS RELOCATION SERVICES, SL, es una sociedad cuyo domicilio social se encuentra en Barcelona, CALLE001 que presta servicios relacionados con la movilidad y traslado internacional de trabajadores y familiares de empresas que contratan sus servicios (no controvertido)

SEPTIMO.- A raíz de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus y, especialmente, desde la declaración del estado de alarma en el estado español y el cierre de fronteras y restricción de movilidad de las personas, se cancelaron y pospusieron los servicios contratados a BRS de asesoramiento y recolocación de trabajadores que se trasladaban a España (doc. 13 y 14 ramo prueba BRS)

OCTAVO.- La base Imponible de la declaración de IVA del primer trimestre de 2019 de BRS RELOCATION SERVICES, SL, fue de 299.673,22 euros mientras que en el año 2020 se situó en 187.680,42 euros

La base Imponible de la declaración de IVA del segundo trimestre de 2019 de BRS RELOCATION SERVICES, SL, fue de 189.651,24 euros mientras que en el año 2020 se situó en 129.156,91 euros

La base Imponible de la declaración de IVA del tercer trimestre de 2019 de BRS RELOCATION SERVICES, SL, fue de 201.769,29 euros mientras que en el año 2020 se situó en 88.407,47 euros

La base Imponible de la declaración de IVA del cuarto trimestre de 2019 de BRS RELOCATION SERVICES, SL, fue de 500.791,86 euros mientras que en el año 2020 se situó en 330.857,96 euros

NOVENO.- BRS RELOCATION SERVICES, SL, tuvo un volumen de operaciones en el año 2019 de 1.649.523,02 euros y, en el año 2020, se redujo a 1.159.889,84 euros (doc. 25 y 26 ramo prueba BRS)

DECIMO.- El resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias del año 2019 de BRS RELOCATION SERVICES, SL, fue de 272.136,63 euros y, en el año 2020, de 214.783,93 euros. (doc. 27 y 28 ramo prueba BRS).

UNDECIMO.- Con fecha 01/04/2020 D. Manuel en representación de BRS RELOCATION SERVICES, SL solicitó que se declarase resolución constatando la existencia de causa de fuerza mayor de carácter temporal derivada de la situación de emergencia sanitaria, proponiendo una suspensión/reducción de los contratos de 5 trabajadores de una plantilla de 7 trabajadores desde el 01/04/2020 hasta el fin de la vigencia de las medidas laborales previstas con el estado de alarma; causa que fue constatada por el Departament de Treball, afers Socials i famílies en resolución de 13/04/2020. (doc. 9 ramo de prueba de BRS)

DUODECIMO.- Durante el año 2020, BRS acogió a dos estudiantes, en la modalidad de becarias en prácticas, al amparo del convenio en prácticas suscrito con el centro de enseñanza superior Estice, international Mngement y con HTL Escuela de Empresa Online (doc.29, 30 y 31 ramo prueba BRS y VILE BRS)

DECIMO TERCERO.- Durante el año 2021, BRS ha procedió a contratar a una abogada especialista en inmigración y a una jefa de sección (doc. 32 y 33 ramo prueba BRS)

DECIMO CUARTO.- BARCELONA PROPERTIES&REAL ESTATE SERVICES, SL es una sociedad limitada constituida el pasado 14/09/2007 por Doña Beatriz y D. Manuel, socios fundadores y administradores de la misma. Esta sociedad tiene por objeto social es la gestión e intermediación por cuenta propia o de tercero en todo tipo de operaciones de contratación pública o privada en materia inmobiliaria, en especial la adquisición, transmisión, arrendamiento, promoción, desarrollo urbanístico y construcción de todo tipo de terrenos y edificaciones y, en general de bienes inmuebles y concesiones administrativas. Asimismo, constituye objeto social de dicha sociedad, la prestación de servicios de consultoría y asesoramiento y

realización de todo tipo de estudios e informes en materia económica, financiera, comercial e inmobiliaria. (CNAE: 4110 promoción inmobiliaria)

La sociedad tiene su domicilio social en Barcelona, CALLE001. La empresa tenía contratados a tres personas, dos de las cuales fueron dadas de baja por despido con efectos de 03/04/2020.

(Vile, cartas de despido y escritura de constitución de BCN PROPERTIES&REAL ESTATE SERVICES, SL)

DECIMO QUINTO.- La parte actora no ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores. (No controvertido)

DECIMO SEXTO.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación con resultado de intentado sin avenencia."

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, D.^a Amelia que formalizó dentro de plazo, y que la codemandada BRS RELOCATION SERVICES, S.L. impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando en parte la demanda origen de autos, declaró la procedencia del despido objetivo de la trabajadora demandante, acogiendo parcialmente la acción de reclamación de cantidad acumulada a la de despido. Frente a dicha resolución judicial se alza en suplicación la parte actora, cuyo recurso, impugnado por la codemandada BRS RELOCATION SERVICES, plantea un primer motivo, al amparo del apartado a) del [artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(LA LEY 19110/2011\)](#), a los efectos de reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de producirse la vulneración de normas o garantías procesales que haya causado indefensión, en concreto por vulneración del [art. 24.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), en relación con el [art. 87.2 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), por denegación de la práctica de prueba testifical, que según la recurrente tenía por finalidad acreditar las circunstancias de las contrataciones, el volumen de actividad con posterioridad al despido, así como circunstancias relativas tendentes a acreditar la concurrencia de un grupo patológico de empresas -cuestión esta no planteada en el recurso-. Por ello se pide en primer lugar que se dicte sentencia por la que se estime el motivo y, en consecuencia, se declare la nulidad de las actuaciones producidas con

posterioridad a la vulneración de normas procesales causantes de indefensión alegadas, devolviendo las actuaciones al Juzgado "a quo" para la repetición del acto del juicio.

En numerosos pronunciamientos, como por ejemplo en la [STC 212/2013, de 16 de diciembre \(LA LEY 199995/2013\)](#), el máximo intérprete de la CE ha establecido que: (i) el contenido esencial del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se integra por el poder jurídico, que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso, de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso; (ii) que, desde la perspectiva del [art. 24.2 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), el alcance de la cobertura del derecho fundamental aludido queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de naturaleza procedimental, lo que exige que, para apreciar su vulneración, haya de quedar acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, resultando necesario a tal efecto demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en el pleito, por ser potencialmente trascendente para el sentido de la resolución; (iii) que tal situación de indefensión debe ser justificada por el propio recurrente en amparo en su demanda, pues la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente trascendente, no puede ser emprendida por este Tribunal.

No puede admitirse en el presente caso el motivo de nulidad, pues la parte recurrente se limita a una alegación genérica sobre la relevancia de la prueba omitida, sin explicar ni detallar suficientemente en qué forma concreta podía el contenido de esa prueba testifical alterar decisivamente el sentido de la conclusión judicial, máxime cuando los extremos que pretendían acreditarse a través de la misma pueden serlo también a través de la prueba documental, desde luego más idónea a los efectos probatorios pretendidos, debiendo recordarse que la nulidad de actuaciones es un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para los principios de preclusión y celeridad que informan nuestro sistema jurídico- procesal, y precisamente dada su condición de medida extrema la declaración de nulidad tan sólo será viable cuando no sea posible otra solución distinta, menos traumática y más acorde

con los principios de celeridad y economía procesal, y en el caso de autos la parte recurrente tiene a su alcance el cauce que establece el [art. 193.b\) LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), por el que puede completar la declaración fáctica de la resolución discutida con las modificaciones, adiciones o supresiones pertinentes, cauce que efectivamente utiliza la recurrente a través de un motivo de revisión fáctica fundamentado en documentación obrante en autos.

SEGUNDO.- En sede de revisión fáctica se interesa la revisión de los hechos probados, consistente en la adición de un nuevo hecho tercero bis, de un nuevo hecho cuarto bis y la modificación de los hechos probados séptimo y duodécimo.

Con carácter previo se ha de recordar que la suplicación no constituye una segunda instancia ni una apelación que permita una revisión «ex» novo de las pruebas practicadas en el juicio sino, además y principalmente, que cualquier modificación o alteración en el relato de hechos declarados como acreditados por el juzgador «a quo» no sólo ha de resultar trascendente a efectos de la solución del litigio sino que, en todo caso, ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación conjunta que respecto de los «elementos de convicción» -concepto más amplio que el de medios de prueba aportados a los autos- el [art. 97.2 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) le otorga, no puede verse contradicha ni desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada.

Entrando en el examen del motivo, en cuanto al hecho probado tercero bis, se postula la siguiente redacción:

"Tras la publicación del estado de alarma la empresa anunció la preparación de ERTE a aplicar a las empleadas contratadas, tanto en el centro de Barcelona (2 Operation Manager y limpiadora) como a las cinco de Madrid.

Manifestaciones y previsión mantenidas hasta el 27/3/2020, en que efectuaron el despido, en la misma mañana que se aprobaba el [RDL 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#), que en su art. 2 regulaba la prohibición de los despidos por la situación de COVID, medida pública y anunciada en los días previos.

El despido cuando la trabajadora estaba tele trabajando y en plena actividad productiva".

Se admite la adición a la vista de la documental invocada, si bien no tendrá trascendencia para la solución final del recurso.

En cuanto al nuevo hecho probado cuarto bis, la redacción propuesta es la que sigue:

"Tras el despido la demandante se inscribió en el SEPE y en SOC y (no) encontró trabajo hasta el 30/11/2020, sin percibir prestación alguna, por no acreditar cotizaciones suficientes.

Teniendo en cuenta su situación, y circunstancias familiares de un hijo a cargo y de acuerdo con lo recogido en el art. 25.1.a) del RD 8/2020 habría tenido derecho a la prestación de 1.310,10 euros mensuales, desde el 29/3/2020 al 29/11/2020, resultando 10.544,80 euros de perjuicio solo en cuanto al derecho de la prestación de desempleo".

Se admite la adición del primer párrafo a tenor de la documental invocada, no así la del segundo, pues supone la introducción de una cuestión jurídica que ha de quedar al margen del relato histórico y de la que se tratará más adelante en sede de censura jurídica.

Seguidamente se postula la siguiente redacción alternativa para el hecho probado séptimo:

"A raíz de la crisis provocada por el coronavirus y, especialmente, desde la declaración del estado de alarma en el estado español y el cierre de fronteras y restricción de movilidad a las personas, un cliente comunicó la cancelación o aplazado de nuevos traslados a España y otros 4 propusieron entre uno y tres los servicios contratados a BSR de asesoramiento y recolocación de trabajadores que se trasladaban a España".

No aceptamos la modificación, pues se fundamenta en los mismos documentos que tuvo en cuenta la Juzgadora de instancia para construir el hecho probado discutido.

Finalmente, se solicita para el hecho probado duodécimo la siguiente redacción alternativa:

"En el mismo centro de Barcelona la demandada 2020, BRS contrató dos empleadas en marzo de 2020. Raquel, cuya relación persistía en agosto de 2021 como account manager y Gabriela en 23/10/2020 que continuaba de alta a 13/9/2021".

No se acepta la modificación, pues los documentos 29, 30 y 31 del ramo de prueba de la codemandada BRS dan pleno sustento probatorio al ordinal discutido, al tiempo que del informe de vida laboral obrante al folio 304 resulta que la contratación de la Sra. Raquel no fue en marzo, sino en 18-5-2020.

TERCERO.- En sede de censura jurídica, al correcto amparo del apdo. c) del [art. 193 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#), se plantea un primer motivo suplicatorio que acusa infracción del [art. 2 del RDL 8/2020 \(LA LEY 3655/2020\)](#) y demás normativa de emergencia dictada para paliar los efectos del COVID 19 en el mercado laboral, así como infracción del [art. 14 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), en relación con el [art. 55.5 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) y de los [arts. 108.2 \(LA LEY 19110/2011\)](#) y [182.1 LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) en cuanto al reconocimiento de la nulidad del despido. Se argumenta, en síntesis, que estaríamos ante un despido sin causa, limitándose la empresa a reflejar como causa productiva la derivada del COVID 19 en marzo de 2020, y que la propia empresa abonó ya la indemnización por despido improcedente, lo que supondría según la recurrente un claro reconocimiento de la improcedencia del despido, que se realizó con simultaneidad a la aprobación por el Consejo de Ministros del [RDL 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#) y ya conociéndose el contenido de las medidas, pues las mismas eran públicas y notorias. Se alega también el carácter fraudulento de la contratación como becarias de las personas indicadas en el hecho probado duodécimo y que no se ha realizado prueba alguna tendente a acreditar una causa productiva estructural, más allá de la mera documentación fiscal, de la que resultaría que tanto en 2019 como en 2020 (con COVID 19) la empresa superó los 200.000 euros de beneficios, y que los clientes de aquella, lejos de cancelar contratos, los aplazaron por un periodo de uno o dos meses, por lo que, concluye, que se ha producido una actuación discriminatoria con vulneración de derechos fundamentales que ha de comportar la nulidad del despido, debiendo condenarse a la empresa a que restituya a la actora en su puesto de trabajo y al abono de una indemnización adicional por daños y perjuicios de 20.000 euros,

insistiendo el recurso en que la única causa para efectuar el despido es el fraude de ley, sin causa legal alguna, para evitar la aplicación del [art. 2 del RDL 9/2020 \(LA LEY 4271/2020\)](#) y resto de normativa de emergencia dictada, aprovechando el escaso coste económico del despido de la actora por su escasa antigüedad, con, a su juicio, un claro abuso de derecho prohibido por el [art. 6.4 CC \(LA LEY 1/1889\)](#), dando un trato distinto a la recurrente respecto del resto de trabajadores que pocos días después fueron incluidos en el ERTE por fuerza mayor.

A estos argumentos cabe oponer: a) Que *el despido sin causa o en fraude de ley no es nulo* según reiterada doctrina de esta Sala y del Tribunal Supremo. La nulidad radical del despido perdió su sentido tras la promulgación de la nueva Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y la jurisprudencia puso de manifiesto que las causas de nulidad del despido eran las enumeradas en el [artículo 108.2 LPL \(LA LEY 1444/1995\)](#) (108.2 LRJS [\(LA LEY 19110/2011\)](#)) y ninguna otra, entendiéndose incluso que el fraude de Ley tampoco constituía razón para calificar como nulo un despido. Más restrictivo aún ha sido el [artículo 55.5 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) en la redacción dada por la Ley 11/94 así como el nuevo [artículo 108.2 LPL \(LA LEY 1444/1995\)](#), no ya respecto a la nulidad radical, que el Texto Procesal de 1990 vació de contenido y razón de ser, sino respecto a la nulidad simple. Esta última solamente se puede apreciar cuando la decisión empresarial sea discriminatoria o vulnere derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. b) Que *el despido objetivo de la actora se produjo el 27/3/2020, esto es, el día anterior a la publicación en el BOE del RDL 9/2020, de 27 de marzo (LA LEY 4271/2020), que no prevé aplicación retroactiva alguna, por lo que ya entrada no puede cometerse un fraude de una ley que no se ha dictado cuando se notifica el despido*. En consecuencia, no solo la improcedencia del despido no puede ampararse en dicha norma, como señala la sentencia, sino tampoco la nulidad que, en cualquier caso, no procedería por el solo hecho de haberse cometido un supuesto fraude, habida cuenta de la limitación legal de las causas de nulidad del despido. De todas formas, aunque a los efectos dialécticos pudiera entenderse de aplicación dicha normativa de emergencia, la consecuencia solo sería la improcedencia, pues el Tribunal Supremo ha zanjado el debate sobre los efectos de la contravención de la mal llamada "prohibición de despedir", contemplada en su art. 2, señalando en su Sentencia de 19 de octubre de 2022 que los ceses provocados por el impacto económico u organizativo del virus en las empresas son improcedentes y no nulos, pues no

existe una verdadera prohibición de despedir y estaríamos antes despidos acausales, que según la doctrina jurisprudencial son reconducibles a la calificación de improcedentes, sin que las consecuencias de un despido fraudulento conduzcan a su nulidad salvo que exista previsión normativa expresa (como sucede en el caso de elusión del mecanismo del despido colectivo); y c) En cuanto a la alegada discriminación por razón de la escasa antigüedad en la empresa por el mínimo coste que conllevaba, cuando 4 días después del despido la empresa solicitó la declaración de un ERTE por causa de fuerza mayor, proponiendo una suspensión/reducción de los contratos de 5 trabajadores de una plantilla de 7 hasta el fin de la vigencia de las medidas laborales previstas con el estado de alarma, causa que fue constatada por resolución administrativa de 13 de abril de 2020, cabe decir, siguiendo en este punto a la STSJ Madrid de 29-10-2021 (rec. 743/2021 (LA LEY 249558/2021)), que la rentabilidad extintiva por escasa antigüedad del trabajador no es factor protegido por el [art. 14 de la CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) con los que enlazan los contemplados a su vez en el [art. 55 del ET \(LA LEY 16117/2015\)](#). Razona más ampliamente dicha resolución que *"que las causas de discriminación son tasadas, contempladas en el [art. 14 CE. \(LA LEY 2500/1978\)](#) La menor antigüedad y el reducido coste de la indemnización puede ser una causa prohibida por el ordenamiento y, como tal, determinante de la improcedencia. No supone la violación del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión. Tampoco es incardinable en la cláusula de cierre del [art. 14 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Recordemos, al efecto, que la prohibición de discriminación excluye la posibilidad de un tratamiento no igualitario para corregir o eliminar situaciones que han afectado o siguen afectando a grupos determinados cuya diferenciación o separación resulta especialmente injustificada, arbitraria e intolerable, por ir en contra de la dignidad del hombre al establecerse la diferenciación en virtud de características personales o sociales del individuo al que se niega su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, produciendo víctimas y exclusión social. No puede confundirse la genuina discriminación con una desigualdad no justificada. Desde esta última perspectiva, incluso tomando como premisa un presunto tratamiento desigual, el mismo se desvirtúa desde el momento en que la decisión del despido es previa a un ERTE que se ampara en una norma que no estaba en vigor cuando aquél se decide, despido que se adopta haciendo uso de los instrumentos legales en ese momento vigentes. No hay siquiera circunstancias homogéneas y la diferencia, incluso*

hipotéticamente considerada, además, no estaría fundada en causa de discriminación prohibida. Reiteramos que no es lo mismo el concepto de desigualdad y el de discriminación y que la prohibición de discriminación está destinada a preservar las condiciones de igualdad respecto a personas físicas pertenecientes a grupos identificables y cohesionados con una historia de discriminación por razón de una circunstancia personal o social de una u otra forma estrechamente ligada a su integridad y dignidad como ser humano. No es la edad el factor alegado, como ocurre en las sentencias que cita la recurrente en el motivo, sino la antigüedad en la relación laboral. En consecuencia, si la causa alegada como discriminatoria no es siquiera causa de discriminación en nuestro ordenamiento, no puede concluirse que concurra un indicio ni, por tanto, la infracción de lo establecido en los [arts. 122.2 de la LRJS \(LA LEY 19110/2011\)](#) en relación con el 96 del mismo texto legal que se alega en el motivo séptimo, incidiendo esta Sala, una vez más, que la actora no pudo ser excluida de un ERTE amparado en una norma que no estaba en vigor cuando el despido se decidió". En análogo sentido la STSJ Cantabria de 28-3-2007, rec. 249/2007 (LA LEY 170102/2007), declara que: "(...) por lo que se refiere a un tratamiento diferenciado en razón de la antigüedad en la empresa, que es en definitiva uno de los motivos de discriminación que se esgrime en el presente recurso, es cierto que la doctrina de la Sala IV ha considerado que no es razonable establecer diferencias retributivas entre unos y otros trabajadores simplemente por el hecho de haber ingresado en la empresa en una fecha distinta (entre otras, STS de 20 de abril de 2005), pero habrá que convenir que la antigüedad en la empresa, lo mismo que ocurre con la temporalidad del vínculo laboral a que se refiere la sentencia citada en el párrafo anterior, no es criterio diferenciador comprendido en las causas de discriminación prohibidas por el [art. 14 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) o por los [art. 4.2.c\) \(LA LEY 16117/2015\)](#) y [17.1 del ET \(LA LEY 16117/2015\)](#), ni tampoco tiene ni ha tenido la misma significación histórica que los factores de exclusión mencionados en los preceptos mencionados, por lo que, en principio, no toda diferencia establecida en razón de la antigüedad habría de ser calificada como discriminatoria, ya que la misma puede ser una causa objetiva y razonable que justifique un diferente trato".

Por otra parte, como bien apunta la sentencia recurrida, era potestativo para la empresa decidir las medidas de flexibilidad interna o externa a adoptar en caso de crisis a fin de procurar la viabilidad de la empresa, siendo también potestativo para la empresa decidir qué trabajadores quería conservar incluyéndolos en el

ERTE, correspondiendo también en principio al empresario, en los despidos objetivos individuales, la libre elección del trabajador afectado, pues incumbe al empresario valorar las circunstancias concretas de la vida de su empresa, y su decisión solo es revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando se realice por móviles discriminatorios (por todas STS 15-10-2003), sin que, como hemos dicho, la escasa antigüedad constituya causa de discriminación en nuestro ordenamiento jurídico, a lo que hay que añadir que no constan en hechos probados las circunstancias laborales de los trabajadores que sí fueron incluidos en el ERTE, por lo que no hay parámetros para comparar la situación de éstos con la de la actora que permitiera sostener una eventual vulneración del principio de igualdad, que exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional, sin que, como hemos avanzado, conste que la situación de la hoy recurrente fuera igual a la de los compañeros de trabajo afectados por la medidas de flexibilidad interna.

Se rechaza por tanto la pretensión de declaración de nulidad del despido, con desestimación de este primer motivo de derecho.

CUARTO.- Subsidiariamente se postula la declaración de improcedencia del despido, denunciándose la infracción del [art. 52.c\) ET \(LA LEY 16117/2015\)](#), en relación con el art. 51.1 del texto estatutario y los [arts. 6 \(LA LEY 1/1889\)](#) y [7 CC \(LA LEY 1/1889\)](#), argumentándose, en síntesis, que no concurre la causa productiva alegada por la empresa para justificar la amortización del puesto de trabajo de la actora.

El [art. 52.c\) ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) señala que podrá extinguirse el contrato de trabajo cuando concorra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.

Por su parte, el [art. 51.1 ET \(LA LEY 16117/2015\)](#) establece que:

"(...) Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución

es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado".

La empresa BSR RELOCATION SERVICES SL es una sociedad que presta servicios relacionados con la movilidad y traslado internacional de trabajadores y familiares de empresas que contratan sus servicios. A raíz de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus y, especialmente, desde la declaración del estado de alarma en el estado español y el cierre de fronteras y restricción de movilidad de las personas, se cancelaron y pospusieron los servicios contratados a BRS de asesoramiento y recolocación de trabajadores que se trasladaban a España. La sentencia de instancia acoge la concurrencia de causas económicas para justificar el despido de la actora, cuando lo cierto es que en la carta de despido las causas invocadas eran de carácter productivo "*derivadas de la profunda caída de nuestras ventas y la cancelación de servicios como consecuencia de los graves efectos que la denominada "Crisis del Coronavirus Covid-19" está provocando en la movilidad de las personas*", señalando seguidamente la carta extintiva, tras recoger un cuadro comparativo de la evolución de la facturación en el primer trimestre de 2019 y en el primer trimestre de 2020 y en marzo de 2019 y marzo de 2020, que la contratación de la actora se produjo en los últimos meses (4/11/2019) para atender el previsible crecimiento de actividad del cuarto trimestre de 2019, que quedó confirmado, pero lamentablemente la movilidad internacional de personas desde principios de 2020 ha sufrido una caída muy considerable, según los valores citados anteriormente, (...), impidiéndose en suma que esta empresa pueda seguir haciendo frente a todos los gastos derivados de su actual estructura de personal; por ello es necesario adoptar medidas urgentes encaminadas a reequilibrar la cuenta de resultados para evitar que se acabe consolidando una situación de pérdidas económicas (...) La situación expuesta nos obliga a amortizar dos puestos de trabajo, incluido el suyo, en las mismas

circunstancias descritas; consiguientemente los trabajos residuales de sus funciones de Accounts Managers de Relocation serán asumidos por las dos personas trabajadoras que en Madrid realizan las mismas funciones". La carta de despido, junto a la causa productiva, apunta a un posible escenario de pérdidas futuras, que en realidad es una situación coyuntural en la vida de la empresa derivada del COVID 19, que obligaría según la patronal a tomar medidas de reducción de personal para evitar que la caída de actividad pueda abocar con el tiempo a una situación de pérdidas económicas. Pérdidas que finalmente no se han dado a la vista de la cuenta de pérdidas y ganancias del año 2019 (272.136,63 euros) y la del 2020 (214.783,93 euros). Aunque es cierto, vista la comparativa de las declaraciones de IVA de los cuatro trimestres de 2019 en relación con los correlativos de 2020, que se observa una disminución persistente de su nivel de ingresos. El TS ha señalado que la aportación de las declaraciones tributarias de IVA resulta idónea para justificar la situación económica negativa de la empresa puesto que a los documentos contables no debe atribuírseles poder probatorio con carácter excluyente ni son determinantes para la fundamentación de un despido individual por causas económicas (STS 26 de junio de 2020, recurso nº 4405/2017 (LA LEY 72754/2020)). También la sentencia recurrida da cuenta, en su hecho probado noveno, de la mengua del volumen de operaciones en el año 2020 respecto del año anterior. No obstante, la concurrencia de las causas económicas y productivas se ha de valorar en el momento del despido de la actora, en fecha 27 de marzo de 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 \(LA LEY 3655/2020\)](#), 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 \(LA LEY 24215/2022\)\)](#) y [20/04/2022 \(rcud. 241/2021 \(LA LEY 55266/2022\)\)](#) "*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 (LA LEY 3655/2020) y 23 del Real Decreto- ley 8/2020 (LA LEY 3655/2020) 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 \(LA LEY 13243/2021\)](#). Las SSTSJ Cataluña 23 de abril de 2021 (núm. Rec. 5233/2020 (LA LEY 48908/2021)) 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 \(LA LEY 13243/2021\)](#), 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 (LA LEY 297286/2022), 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 \(LA LEY 16117/2015\)](#) 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 \(LA LEY 1/1889\)](#) -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 (LA LEY 121854/2022)) o 14-7-21 (rec. 1811/21 (LA LEY 148963/2021)) (...).

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 \(LA LEY 19110/2011\)](#)).

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 COLOCACION SERVICIOS 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) (LA LEY 16531/2015), 276.1 (LA LEY 16531/2015) y 277.2.a) TRLGSS (LA LEY 16531/2015)]. 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 \(LA LEY 3655/2020\)](#), 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 (LA LEY 8706/2020))*, 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. Amelia 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 \(LA LEY 19110/2011\)](#).

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el [artículo 229 del Texto Procesal Laboral \(LA LEY 19110/2011\)](#), 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 \(LA LEY 19110/2011\)](#), 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° 0000000000, 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 \(LA LEY 19110/2011\)](#), con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 00000000, 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 00000000 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.