

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2024**

Nº de Recurso:

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a 23 de abril de 2024. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./Sras. D.^a Garbiñe Biurrun Mancisidor, Presidenta, D. Fernando Breñosa Alvarez de Miranda y D. Jose Felix Lajo Gonzalez, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente **S E N T E N C I A** En el Recurso de Suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE OATI contra la sentencia del Juzgado de lo Social único de Eibar de fecha 28/11/23 dictada en proceso sobre Despido, y entablado por Jose Luis frente a AYUNTAMIENTO DE OATI.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Fernando Breñosa Alvarez de Miranda, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente "PRIMERO.- Que el demandante venía prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa RODA IRUNA SA con un contrato indefinido y antigüedad de 1 de marzo de 2021.

SEGUNDO.- Que tras participar en el proceso selectivo convocado por el Ayuntamiento de Oñati, y habiendo quedado incluido en la bolsa de trabajo, el 09 de marzo de 2023 la Técnico de Personal del Ayuntamiento se pone en contacto telefónico y por email con el demandante, para realizarle una oferta de trabajo expresa, con las siguientes condiciones "Hola Jose Luis. Soy Ana te escribo del Ayuntamiento de Oñati. Tras hablar por teléfono, te mando lo que hemos hablado: Puesto: Técnico de mantenimiento del Polideportivo Sueldo: 32.750 euros brutos al año, 14 pagas Duración: mínimo un año (hasta que salga el puesto) Horario: De lunes a viernes, de 07:30 a 14:30 Fines de semana, uno de cada tres: sábados: 08:30- 11:30 /17:30-20:30, y domingos 08:30-11:30. Fecha de inicio: Cuanto antes Te agradecería que respondieses cuanto antes, te llamaré mañana para saber algo". Firmado: Ana, Técnico de Personal, Secretaría, Ayuntamiento de Oñati. TERCERO.- Que interesándole las condiciones ofrecidas por el Ayuntamiento de Oñati, el demandante renuncia a su contrato indefinido en la empresa Roda Iruna SA. causando baja el 24 de marzo de 2023. CUARTO.- Que mediante Decreto de Alcaldía del Ayuntamiento de Oñati n°453 de 27 de marzo de 2023, se acuerda contratar al demandante con un contrato de interinidad por vacante para el puesto de Técnico de Mantenimiento de Edificios, a partir del 27 de marzo de 2023, a jornada completa, un salario anual bruto 32.750€ (14 pagas) y que "finalizará al finalizar un proceso selectivo para la cobertura provisional o definitiva de la plaza, y nunca con una duración superior a 3 años de duración. En dicho plazo, el proceso selectivo que le corresponde al Ayuntamiento deberá estar finalizado". QUINTO.- Que como consecuencia del citado Decreto el 27 de marzo de 2023 se suscribe un contrato de trabajo temporal, de los denominados de interinidad, figurando en el mismo que es para la sustitución de un trabajador, sin identificar su identidad. SEXTO.- Que tras iniciar la prestación de servicios, de forma verbal, se le indica que ha existido un error en la contratación, y que su último día de trabajo será el 30.04.2023, entregándole un certificado de empresa para tramitar la prestación de desempleo, donde figura que con fecha 30.04.2023 se extingue la relación laboral por "fin de la relación". SEPTIMO.- Que por parte del Ayuntamiento no se ha convocado proceso selectivo alguno para la cobertura de la citada vacante. OCTAVO.- Que el demandante no ha sido en el último año representante legal de los trabajadores. "

NOVENO.- Que a pesar de no ser preceptiva, el demandante interpuso reclamación previa que no ha obtenido respuesta **SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimando la demanda interpuesta por Jose Luis frente a Ayuntamiento de Oñati, debo declarar y declaro improcedente el despido del trabajador de fecha 30/04/2023, condenando a la empresa demandada a que, en el

plazo improrrogable de 5 días a partir de la notificación de la presente Resolución, opte bien por reincorporar al trabajador a su puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que precedieron al despido, o bien le indemnice en la cantidad de 493,49€, debiendo de abonar en el primero de los supuestos salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la presente resolución a razón de 2.339,28€/mes, abonando en concepto de indemnización adicional la cantidad de 30.000€."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - RECURSO INTERPUESTO.

Interpone recurso de suplicación la representación de la demandada AYUNTAMIENTO DE OÑATI, frente a la sentencia nº 142/2023 de fecha 28 de noviembre 2.023, autos 299/2023 del Juzgado de lo social único de Éibar que estimó la demanda sobre despido, declarando el mismo improcedente, condenando a la empresa demandada a que, en el plazo improrrogable de 5 días a partir de la notificación de la presente Resolución, opte bien por reincorporar al trabajador D. Jose Luis a su puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que precedieron al despido, o bien le indemnice en la cantidad de 493,49€, debiendo de abonar en el primero de los supuestos salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la presente resolución a razón de 2.339,28€/mes, abonando en concepto de indemnización adicional la cantidad de 30.000 €.

El recurso contiene un único motivo, examen del derecho, y termina suplicando se revoque la sentencia impugnada y se sustituya por otra distinta en la que se reconozca a la actora, únicamente, el derecho a percibir la indemnización por despido improcedente prevista en el artículo 56 del ET y desestimando la pretensión referente al reconocimiento a la indemnización por daños y perjuicios, adicional a la legalmente prevista, reconocida en la sentencia recurrida.

La representación del trabajador, ha impugnado el recurso de suplicación interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO. – EXAMEN DEL DERECHO 1.- El AYUNTAMIENTO recurrente y con amparo del art. 193.c) LRJS, alega la infracción lo dispuesto del artículo 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, artículos 4 y 10 del Convenio 158 OIT y el artículo 24 de la Carta Social Europea, así como, la jurisprudencia que interpreta los citados preceptos.

Entiende la recurrente que la indemnización legalmente tasada es la establecida en el art 56 ET (STS 28/01/23), indemnización que es la única que opera. Por la parte impugnante se reitera en los criterios de la sentencia para lo que acude a la doctrina autonómica STSJ Cataluña nº 3812/21 de 14 de julio, como así ha sido interpretada por la sentencia de instancia con aplicación de los arts. 4 y 10 del Convenio nº 158 de la OIT y el arts. 24 de la Carta Social Europea, y ello en virtud a la escasa antigüedad del trabajador y el abandono ante la opción del contrato suscrito con la recurrente de un contrato indefinido, y por ello es de aplicación los arts. 1101 y 1106 del Código Civil.

Recordemos lo acontecido, el trabajador, quien venía prestando servicios por cuenta ajena para una empresa en virtud de un contrato indefinido desde el 1/03/2021, le fue ofertado un contrato de trabajo temporal, mínimo un año y hasta la provisión de la plaza, con un máximo de tres años, ante la oferta dimitió de su trabajo en fecha 24/03/2023, suscribiendo el contrato temporal, interinidad, con el Ayuntamiento ello con fecha 27/03/2023, siendo despedido de forma verbal con fecha 30/04/2023, al referir el Ayuntamiento error en la contratación.

2.- Para dar respuesta a la cuestión recojamos los preceptos sobre los que el recurrente señala como infringidos:

El art 4 del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982, Ratificado por España BOE, de 29 de junio de 1985, dispone que *"No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio"*. A su vez el art. 10 establece 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"*.

Asimismo, el art. 24 de la Carta Social Europea (BOE 11/06/2021) regula el "Derecho a protección en caso de despido", y señala que, " Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) El derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) El derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

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

Precepto de la Carta Social Europea que como principio programático garantiza en la letra a) el derecho de los trabajadores a no ser despedidos y en el apartado b) que en caso de producirse el despido cuando éste acontece "sin razón válida" equivalente al calificativo otorgado en nuestro ordenamiento de "improcedente", en tal caso, la Carta Social Europea prevé que los trabajadores sean indemnizados de forma adecuada o bien mediante cualquier otra reparación resarcitoria.

Por su parte nuestro art. 56 del ET dispone: " 1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo".

Asimismo, nuestra norma procesal contenida en el artículo 110.1 y 3 LRJS, dispone: " 1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 ET o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha Ley, con las siguientes particularidades a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112.

b) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia.

c) En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial.

...

3. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia. 3. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia".

3.- En lo que se refiere a la jurisprudencia, en primer lugar, la doctrina constitucional ha señalado:

"... tampoco esta fórmula legal se opone al Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo art. 10 -que, pese a la adicional referencia del órgano promotor al art. 12, es el aplicable a los supuestos de extinción contractual injustificada- se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de "una indemnización adecuada", sin precisar los elementos de determinación. No se olvide, además, que el propio legislador valora específicamente las situaciones en que la ilícita decisión extintiva del empresario conlleva un daño cualificado por haberse producido con discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas, supuesto en que la ley ordena la calificación del despido como nulo, con derecho del trabajador a su preceptiva readmisión, abono de los salarios dejados de percibir, e indemnización derivada de dicha vulneración a determinar judicialmente (arts. 55.5 y 6 LET y 182 y 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social). Finalmente, respecto a las variaciones introducidas por el Real Decreto-ley 3/2012 en el factor multiplicador y en el tope máximo de la indemnización por despido improcedente -y que encuentran reflejo en el cuestionado apartado 2 de la disposición transitoria quinta-, también hemos de negar la arbitrariedad que, según el órgano proponente, concurre en la decisión legislativa de asignar a estos elementos una magnitud distinta antes y después de la citada norma, no cuestionándose directamente en el Auto la suficiencia de los valores numéricos otorgados, sino sólo su carácter tasado y su modificación. A este respecto, basta reiterar que, como ya antes hemos indicado,

la posibilidad de atribuir valores tasados a los elementos de cálculo de la indemnización adecuada por despido improcedente, así como la de proceder a su revisión normativa, son facultades que quedan dentro de la libertad de configuración atribuida al legislador por el art. 35.2. En todo caso, junto a lo dicho, resulta de interés recordar que el establecimiento a partir del Real Decreto-ley 3/2012 de una indemnización por despido improcedente de treinta y tres días de salario con tope de veinticuatro mensualidades no constituye una creación novedosa de esta norma. Por el contrario, como fruto de un acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo suscrito por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, esta indemnización se introdujo en nuestro ordenamiento en 1997 para los despidos objetivos improcedentes recaídos sobre trabajadores vinculados por contratos para el fomento de la contratación indefinida (Real Decreto-ley 8/1997 y Ley 63/1997). Con posterioridad, por Ley 35/2010, el legislador procedió a extender la aplicación de esta indemnización, al ampliar -hasta casi su generalización- el ámbito subjetivo de la citada modalidad contractual. Lo que, por tanto, hizo después el Real Decreto-ley 3/2012 es proclamar normativamente que esta misma indemnización es la que corresponde en todo caso en los despidos improcedentes para períodos de servicio posteriores a su entrada en vigor. En la exposición de motivos, la medida se justifica como instrumento para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, dado que el mantenimiento de la indemnización de cuarenta y cinco días "acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido", además de actuar como elemento distorsionador para la competitividad de las empresas. Tales razones llevan al legislador a considerar necesario "acercar los costes del despido a la media de los países europeos". Asimismo, también en dicha exposición de motivos se argumenta sobre el sistema de cálculo dual establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria quinta para los contratos previos al Real Decreto-ley 3/2012, con el distinto valor que las indemnizaciones adquieren en función del período considerado -antes o después de dicho Real Decreto-ley-. De acuerdo con dicho preámbulo, el legislador justifica este doble criterio de cálculo sobre una misma indemnización en la voluntad de ser "respetuoso con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, al tiempo que se tienen en cuenta las expectativas indemnizatorias de los trabajadores con contrato en vigor". Además, como ha señalado este Tribunal, "[d]ada la complejidad que puede presentar un cambio de regulaciones, es el legislador quien debe ordenar las características de la transición normativa, bien estableciendo diversos grados de retroactividad, bien limitando la aplicación de la nueva norma a las situaciones que nazcan tras su promulgación: todo ello según fórmulas y técnicas muy variadas, a la luz de los intereses y bienes que el legislador estime conveniente proteger o preservar" (STC 89/1994, de 17 de marzo, FJ 10, o (EDJ 1994/2470)ATC 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 5). En definitiva, atendidas las anteriores consideraciones, no cabe apreciar que el contenido del apartado 2 de la disposición transitoria quinta carezca de explicación racional, de ahí que, no incurriendo tampoco en discriminación, hayamos de considerar infundada la denuncia de arbitrariedad planteada por el órgano proponente. Como reiteradamente hemos puesto de manifiesto, "si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales" (por todas, SSTC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 10, o (EDJ 2012/25986) 174/2013, de 10 de octubre, FJ 6 (EDJ 2013/203551)). B) La misma falta de fundamento se aprecia en la alegación del Auto de planteamiento de que la tutela judicial otorgada con apoyo en el apartado 2 de la disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 3/2012 (EDL 2012/6702) no podrá ser efectiva, sino parcial y meramente nominal, con la consiguiente vulneración del art. 24.1 CE. Al margen de lo ya dicho hasta el momento, en respuesta a esta denuncia ha de tenerse presente que el contenido del art. 24.1 CE, se sitúa en un plano distinto al de la determinación del régimen indemnizatorio de la extinción, sin que quepa confundir el contenido material de la protección frente al despido establecido legalmente en un momento dado con la tutela efectiva que de esa protección puede obtener el trabajador en vía judicial. Desde esta perspectiva, ningún impedimento existe en la norma para que los trabajadores interpongan la correspondiente acción de despido ante los tribunales y obtengan una sentencia en que se declaren las consecuencias previstas previamente por el legislador en función de la calificación de la extinción. Como ya dijera el Tribunal Constitucional en otra ocasión, también en relación con la correspondencia entre los efectos legales del despido y el art. 24.1 CE (EDL 1978/3879), la previsión cuestionada "tampoco afecta en nada a la igualdad procesal de las partes ni menoscaba la función jurisdiccional, dirigida a enjuiciar la procedencia, improcedencia o nulidad de la decisión extintiva, estando taxativamente fijadas en la norma las consecuencias en cada uno de los casos de la decisión judicial" (SSTC 84/2008, de 21 de julio, FJ 8 (EDJ 2008/131258), y 122/2008, de 20 de octubre, FJ 8 (EDJ 2008/196689))." (ATC 43/2014 de 12-2-2014).

Por su parte nuestro Tribunal Supremo ha venido señalando:

"QUINTO.- 1.- En efecto, la obligación del empresario es de origen legal, y como tal -de acuerdo con el art. 1090 CC - se rige por los preceptos de la ley que la establece [Estatuto de los Trabajadores] y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil sobre «obligaciones y contratos»; en el bien entendido de que estas últimas por fuerza han de resultar acordes al citado origen legal y a su específica regulación normativa, y de que en la solución

a las posibles lagunas han de jugar decisivo papel los principios generales del Derecho, muy singularmente los que informan el propio Derecho del Trabajo.

2.- En este sentido, muy tempranamente ha considerado la jurisprudencia que si el Ordenamiento a que la ley pertenece mantiene sus propias directrices o finalidades, divergentes de las que informan el Derecho Civil común, aquellas directrices son las que han de tenerse en cuenta en el ámbito aplicativo de la obligación legal de que se trate. Así se ha rechazado la aplicación supletoria de las prescripciones del Derecho común cuando la regulación específica -accidente de trabajo- «no ofrece oscuridad ni deficiencias que deban subsanarse con los preceptos del Código» [STS 28/12/1906]; se ha negado -también sobre relaciones de trabajo- que por aplicación del art. 1090 CC , el Libro IV del mismo sea derecho supletorio de primer grado y pueda relegar el sistema de fuentes laborales [SSTS 26/06/1924; y 23/11/1927]; y -con carácter general- se ha mantenido que cuando los principios rectores de la obligación legal son dispares a las del Derecho común, la primera solución supletoria ha de hallarse en el marco de la propia ley que la establece, y sólo en defecto de ésta puede acudir a las disposiciones del Código Civil en materia de obligaciones [SSTS 09/12/1953; y 02/01/1959].

3.- Planteada la cuestión en tales términos, la primera consideración que viene al caso es la de que la regulación que en la materia hace el ET tiene por presupuesto un acto ilícito del empresario [la ruptura de la relación laboral sin causa legalmente justificativa], y que en orden a reparar el mal injustamente causado se establece la correspondiente obligación de «hacer» [readmitir en el puesto de trabajo en igualdad de condiciones], pero se le añade el opcional cumplimiento por equivalencia [indemnizar los daños y perjuicios causados].

Con ello se sigue el esquema del Código Civil en orden a las consecuencias del cumplimiento/incumplimiento de las obligaciones [arts. 1088 ... 1101], aunque con la peculiaridad -antes referida- de fijar para la «solutio» una indemnización tasada que comprende -limitadamente- todos los perjuicios que al trabajador hubieran podido causársele, tanto de orden material como inmaterial, según ha mantenido la doctrina tradicional de la Sala respecto de la cuestión objeto de debate; siquiera en los últimos tiempos hayamos admitido la posibilidad de reclamaciones adicionales -independientes y compatibles- por vulneración de derechos fundamentales (SSTS 23/03/00 -rcud 362/99-; 12/06/01 -rcud 3827/00-; y 13/06/11 -rcud 2590/10).

....

Significa lo anterior que aún a pesar de que la naturaleza de la indemnización legal por despido sea esencialmente reparadora -que no sancionadora-, la circunstancia de que tampoco aspire a la «restitutio in integrum», sino que -en palabras de la STC 6/1984, de 24/Enero , FJ 5- se trate de una «suma que ha de abonar el empresario al trabajador como consecuencia de despido sin causa legal, la cual cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios, aunque no se calcula en función de los mismos», lleva a la lógica consecuencia de que tal montante se adeude por el empresario que ha adoptado la injustificada decisión, no sólo en los supuestos de resultar imposible la prestación -dar trabajo o prestar servicios- que la norma laboral expresamente contempla [los que ya hemos referido más arriba], sino también en aquellos otros casos en los que las particulares circunstancias del contrato o del propio trabajador hagan imposible la prestación de servicios y -con ello- la opción por la readmisión. Consecuencia que imponen la naturaleza -tasada y formalmente desvinculada del perjuicio real- de la indemnización prevista legalmente y un elemental criterio de equidad: si no se atiende al perjuicio real para fijar la indemnización, parece coherente prescindir también de su propia existencia -la del perjuicio económico real- para atribuir aquélla". (STS 28/01/2013 rcud 149/2012; en el mismo sentido SSTS 22/01/2008, R.

3995/2006, 27/01/2009, R. 602/2008, 22/11/2007, R. 3907/2006, 5/05/2015, R. 2659/2013).

Por su lado la doctrina autonómica se ha desvelado en dos posturas, así las SSTSJ Cataluña (23/04/2021, RS 5233/2020; 14/07/2021, RS 6762/21; 11/11/2022, RS 5986/2022), donde han incidido para la aplicación de una indemnización complementaria en dos requisitos: a) La notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; y b) 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 esencia señala:

"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 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 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), 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." (STSJ Cataluña, 30/01/2023, RS 6219/2022). (En el mismo sentido debemos señalar la SSTSJ de Navarra de 24 /06/2021, rec. 198/2021; y STJS de Castilla-León/Valladolid de 1/03/2021, rec. 103/2021) Por el contrario, otras líneas de la doctrina jurisprudencial autonómica han señalado lo contrario, así:

"QUINTO.- 1.- En el único motivo del recurso del trabajador se denuncia infracción del art. 10 del Convenio 158 OIT, 24 de la Carta Social Europea y 56 E.T en la consideración que la indemnización fijada en el art. 56 para el despido improcedente no resarce suficientemente a la trabajadora como exige tanto la norma europea como la internacional por la pérdida del empleo, toda vez que se trata de una trabajadora de 59 años de edad a la fecha del cese con dificultades para incorporarse al mercado laboral, y al efecto cita de la doctrina de la STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2021, RSU 1811/2021, considerando que en consecuencia resulta merecedora de una indemnización adicional de 25.000 euros.

2.- El motivo debe fracasar por cuanto que la Sala no comparte los razonamientos que se contienen en la STSJ de Cataluña de 14-7-2021, debiendo señalar que respecto de la constitucionalidad de fijar un sistema tasado de indemnizaciones por despido improcedente como es el que establece en la legislación española, en relación con el art. 10 del Convenio 158 de la OIT ya se pronunció el TCo en el Auto 43/2014 de 12-2-2014 en los términos siguientes:

"... tampoco esta fórmula legal se opone al Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo art. 10 -que, pese a la adicional referencia del órgano promotor al art. 12, es el aplicable a los supuestos de extinción contractual injustificada- se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de "una indemnización adecuada", sin precisar los elementos de determinación. No se olvide, además, que el propio legislador valora específicamente las situaciones en que la ilícita decisión extintiva del empresario conlleva un daño cualificado por haberse producido con discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas, supuesto en que la ley ordena la calificación del despido como nulo, con derecho del trabajador a su preceptiva readmisión, abono de los salarios dejados de percibir, e indemnización derivada de dicha vulneración a determinar judicialmente (arts. 55.5 y 6 LET y 182 y 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social). Finalmente, respecto a las variaciones introducidas por el Real Decreto-ley 3/2012 en el factor multiplicador y en el tope máximo de la indemnización por despido improcedente -y que encuentran reflejo en el cuestionado apartado 2 de la disposición transitoria quinta-, también hemos de negar la arbitrariedad que, según el órgano proponente, concurre en la decisión legislativa de asignar a estos elementos una magnitud distinta antes y después de la citada norma, no cuestionándose directamente en el Auto la suficiencia de los valores numéricos otorgados, sino sólo su carácter tasado y su modificación. A este respecto, basta reiterar que, como ya antes hemos indicado, la posibilidad de atribuir valores tasados a los elementos de cálculo de la indemnización adecuada por

despido improcedente, así como la de proceder a su revisión normativa, son facultades que quedan dentro de la libertad de configuración atribuida al legislador por el art. 35.2 CE. En todo caso, junto a lo dicho, resulta de interés recordar que el establecimiento a partir del Real Decreto-ley 3/2012 de una indemnización por despido improcedente de treinta y tres días de salario con tope de veinticuatro mensualidades no constituye una creación novedosa de esta norma. Por el contrario, como fruto de un acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo suscrito por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, esta indemnización se introdujo en nuestro ordenamiento en 1997 para los despidos objetivos improcedentes recaídos sobre trabajadores vinculados por contratos para el fomento de la contratación indefinida (Real Decreto-ley 8/1997 y Ley 63/1997). Con posterioridad, por Ley 35/2010, el legislador procedió a extender la aplicación de esta indemnización, al ampliar -hasta casi su generalización- el ámbito subjetivo de la citada modalidad contractual. Lo que, por tanto, hizo después el Real Decreto-ley 3/2012 es proclamar normativamente que esta misma indemnización es la que corresponde en todo caso en los despidos improcedentes para períodos de servicio posteriores a su entrada en vigor. En la exposición de motivos, la medida se justifica como instrumento para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral, dado que el mantenimiento de la indemnización de cuarenta y cinco días "acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido", además de actuar como elemento distorsionador para la competitividad de las empresas. Tales razones llevan al legislador a considerar necesario "acercar los costes del despido a la media de los países europeos". Asimismo, también en dicha exposición de motivos se argumenta sobre el sistema de cálculo dual establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria quinta para los contratos previos al Real Decreto-ley 3/2012, con el distinto valor que las indemnizaciones adquieren en función del período considerado -antes o después de dicho Real Decreto- ley-. De acuerdo con dicho preámbulo, el legislador justifica este doble criterio de cálculo sobre una misma indemnización en la voluntad de ser "respetuoso con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española , al tiempo que se tienen en cuenta las expectativas indemnizatorias de los trabajadores con contrato en vigor". Además, como ha señalado este Tribunal, "[d]ada la complejidad que puede presentar un cambio de regulaciones, es el legislador quien debe ordenar las características de la transición normativa, bien estableciendo diversos grados de retroactividad, bien limitando la aplicación de la nueva norma a las situaciones que nazcan tras su promulgación: todo ello según fórmulas y técnicas muy variadas, a la luz de los intereses y bienes que el legislador estime conveniente proteger o preservar" (STC 89/1994, de 17 de marzo, FJ 10, o ATC 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 5). En definitiva, atendidas las anteriores consideraciones, no cabe apreciar que el contenido del apartado 2 de la disposición transitoria quinta carezca de explicación racional, de ahí que, no incurriendo tampoco en discriminación, hayamos de considerar infundada la denuncia de arbitrariedad planteada por el órgano proponente. Como reiteradamente hemos puesto de manifiesto, "si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales" (por todas, SSTC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 10, o 174/2013, de 10 de octubre , FJ 6). B) La misma falta de fundamento se aprecia en la alegación del Auto de planteamiento de que la tutela judicial otorgada con apoyo en el apartado 2 de la disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 3/2012 no podrá ser efectiva, sino parcial y meramente nominal, con la consiguiente vulneración del art. 24.1 CE . Al margen de lo ya dicho hasta el momento, en respuesta a esta denuncia ha de tenerse presente que el contenido del art. 24.1 CE se sitúa en un plano distinto al de la determinación del régimen indemnizatorio de la extinción, sin que quepa confundir el contenido material de la protección frente al despido establecido legalmente en un momento dado con la tutela efectiva que de esa protección puede obtener el trabajador en vía judicial. Desde esta perspectiva, ningún impedimento existe en la norma para que los trabajadores interpongan la correspondiente acción de despido ante los tribunales y obtengan una sentencia en que se declaren las consecuencias previstas previamente por el legislador en función de la calificación de la extinción. Como ya dijera el Tribunal Constitucional en otra ocasión, también en relación con la correspondencia entre los efectos legales del despido y el art. 24.1 CE, la previsión cuestionada "tampoco afecta en nada a la igualdad procesal de las partes ni menoscaba la función jurisdiccional, dirigida a enjuiciar la procedencia, improcedencia o nulidad de la decisión extintiva, estando taxativamente fijadas en la norma las consecuencias en cada uno de los casos de la decisión judicial" (SSTC 84/2008, de 21 de julio, FJ 8, y 122/2008, de 20 de octubre, FJ 8).".

3.- Por otro lado, la posible indemnización adicional a la establecida legalmente en los despidos improcedentes fue además ya descartada por esta Sala en nuestra Sentencia de 1-12-2.021 correspondiente al recurso de suplicación 1807/2020 donde al respecto razonábamos:

"I lo que se constata es que esta cuestión de resarcimiento añadido ha sido recurrente en varios tramos temporales de la jurisdicción, siendo el actual uno de ellos como pone de manifiesto que se hayan planteado desde finales del año 2019 de nuevo demandas interesando esta doble indemnización. Así resulta de la constatación de diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que han abordado esta cuestión

llegando a conclusiones diferentes adoptadas desde la particularidad del caso enjuiciado. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 23 de abril de 2021, recurso 5233/2020, reconoce la indemnización adicional, mientras que Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León (Valladolid) en sentencia de 1 de marzo de 2021, recurso 103/2021, y Madrid en sentencias de 1 y 18 de marzo 2021, recurso 596/2020 y 136/2021, rechazan el abono de una indemnización adicional.

Estas sentencias se han desarrollado resolviendo la alegación de la infracción del Convenio 158 OIT; la Sala de Cataluña ha 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 (1966), 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, mientras que las otras han entendido que el Convenio no establece regulación que habilite esa doble indemnización y que éste no es directamente aplicable al remitir a las legislaciones nacionales su regulación.

El Convenio OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) adoptado con fecha 22 de junio de 1982, establece en su artículo 1 que "Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional", lo que indica que las disposiciones del Convenio no son directamente ejecutables sino a través de la legislación nacional, siendo indudable que nuestra legislación ha dado respuesta a las previsiones del Convenio; como ha dicho al respecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 1 de marzo 2021, recurso 596/2020, "el Convenio no es una norma de directa aplicación (self executing) sino que ha de ser incorporado al ordenamiento por cada Estado mediante la legislación nacional", salvo, claro está, que se incorpore por Convenios colectivos, laudos arbitrales o decisiones judiciales, o incluso contrato individual, y siempre en consonancia con "la práctica nacional", lo que ha declarado el Tribunal Supremo respecto de este Convenio 158 en sentencias de 31 de enero de 1990 ROJ: STS 17047/1990 y 4 de noviembre de 1987 ROJ: STS 16626/1987, confirmando que las normas del Convenio nº 158 de la OIT no son de directa aplicación en España al precisar su efectividad de un desarrollo normativo interno. Y en la legislación española no hay una norma que permita la doble indemnización ni la Jurisprudencia, interpretando esa legislación, lo ha admitido siendo imposible que cada juez o tribunal pueda imponer la indemnización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente.

Por lo demás, el artículo 10 del Convenio lo único que establece es que si 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, indemnización que está prevista ya en la normativa española.

Por supuesto, al margen de la indemnización común prevista para los supuestos extintivos del contrato de trabajo para cada uno de los supuestos legalmente contemplados, es posible reclamar una indemnización añadida en supuestos en los que además de la acción de despido se ejercita una acción de tutela de derechos fundamentales o cuando esté previsto en convenio colectivo o contrato de trabajo, pero la ley también contempla un incremento en la indemnización por despido cuando se resuelva el incidente de no readmisión del artículo 281 LRJS en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, pero ninguno de estos supuestos es el que concurre en nuestro litigio". (STSJ Castilla La Mancha, 10/02/2021, RS 2158/2022).

Asimismo,

"Las consecuencias indemnizatorias de una extinción unilateral de contrato de trabajo improcedente, decidida por el empleador sin anuencia del trabajador, se regulan en este específico contrato -el laboral- bajo la normativa propia del despido improcedente en cuyo instituto jurídico se condensan, con sus normas procesales, sus plazos de caducidad y sus preceptos sustantivos, las consecuencias jurídicas indemnizatorias de la improcedencia de la ruptura contractual indebida.

No cabe, por tanto, postular resultados indemnizatorios de un despido de forma diversa a la que la ley tasa y, en consecuencia, no le resulta de aplicación a la extinción contractual improcedente un precepto genérico al existir uno específico – el artículo 56 ET – que pospone la aplicabilidad del invocado.

Al no apreciarse la vulneración de derecho fundamental, no puede tener éxito la pretensión de indemnización que no puede anudarse a la declaración de improcedencia efectuada en la resolución de instancia, sin perjuicio de las acciones que a través del oportuno procedimiento pudieran ejercitarse al respecto, pues a tenor del artículo 26 LJS, la acción de despido no es acumulable, salvo las excepciones previstas en dicho precepto.

Pero es que, a mayor abundamiento, si del despido improcedente se deriva la opción del pago de una indemnización compensatoria, su origen se encuentra, o bien en la imposibilidad de readmitir o en la voluntad del empresario, pero siempre en la necesidad de reparar los daños y perjuicios.

La ley establece por la pérdida del puesto de trabajo por causa ilegal una reparación del daño, con carácter objetivo, sin conexión real directa con el efectivo perjuicio producido, con independencia de la cuantía real de los perjuicios, pero también sin necesidad de probar su existencia, presumiéndose que el daño siempre se produce, tanto en el campo laboral o profesional, como de orden afectivo-inmaterial o de orden moral (STS 29-1-97). La finalidad de la indemnización es sustituir la readmisión truncada, mutando la obligación de readmitir por una indemnización de daños y perjuicios legalmente tasada (SSTC 61/1992 de 23 de abril de 1992) y ello porque toda extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario siempre da lugar a unos perjuicios (STC 103/1990 de 4 de junio de 1990)" (STSJ Asturias, 19/10/2021, RS 1905/2021).

"Debemos tener en cuenta que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Madrid ha tenido ocasión de pronunciarse, entre otras en sentencias de 3.11.2020 recurso 587/20 sentencia 968/2020 y 7/06/2021 recurso 230/21 de la sección 5ª en los siguientes términos:

"Ahora bien, en su razonamiento el Magistrado de instancia no tiene en cuenta, por un lado, que, aunque es un tratado internacional vinculante, la Carta Social, tanto en su versión original como revisada, tiene la particularidad de presentarse como un menú de derechos de entre los que los Estados parte pueden, con ciertas restricciones, elegir qué derechos aceptan y cuáles no. En concreto, si nos referimos a la Carta Social Europea (revisada), del menú de 31 artículos se identifican nueve de entre los que los estados parte deben elegir como mínimo seis. Son: el derecho al trabajo (art. 1), la sindicación (art. 5) y la negociación colectiva (art. 6); la protección de niños y adolescentes (art. 7); el derecho a la seguridad social (art. 12) y a la asistencia social y médica (art. 13); la protección jurídica y social de la familia (art. 16); la protección y asistencia a los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19); y la igualdad de oportunidades en la ocupación por razón de género (art. 20). No hay que asumir necesariamente estos nueve derechos, sino un mínimo de seis entre ellos. Adicionalmente, en total, las partes deben aceptar un mínimo de 16 artículos completos o 63 párrafos (incluyendo los derechos del núcleo duro). España es Estado parte de la CSE (1961) y de su Protocolo (1988), pero no de la Carta revisada de 1996. Eso sí, ha aceptado íntegramente los 19 preceptos de la CSE y los cuatro del Protocolo y está obligada por ellos. En cambio, no está obligada por artículos con enunciados tan significativos como: derecho a la protección frente al despido; derecho de los trabajadores a la tutela en caso de insolvencia de su empleador; derecho a la dignidad en el trabajo; derecho de los trabajadores con cargas familiares a la igualdad de oportunidades y de trato; derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder; derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo; derecho a protección frente a la pobreza y la exclusión social; y derecho a la vivienda. Aunque algunos de estos derechos son parte de la legislación española por la vía de los convenios de la OIT, si bien no de forma cuasi automática como apunta el Magistrado en la sentencia recurrida.

Pero es que, además, respecto de la supervisión internacional de la CSE, es importante destacar que la violación de su articulado no da acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino a un órgano instituido por el propio Tratado, el Comité Europeo de Derechos Sociales, que a pesar de ser independiente y compuesto por expertos, no tiene la potestad de dictar sentencias vinculantes, sino únicamente recomendaciones y conclusiones.

Por todo ello, el alcance en España de las Decisiones que se citan en la sentencia en la sentencia recurrida es apenas doctrinal.

Por otra parte la sentencia recurrida, tras la falsa apariencia de admitir la incuestionable constitucionalidad de la Reforma Laboral aprobada por RDL 3/2012 (EDL 2012/6702) y Ley 3/2012 por imperativo del principio de cosa juzgada, considera que los razonamientos del Tribunal Constitucional son reversibles pues está imprejuzgada la legalidad de la Reforma a la luz del Convenio 108 de la OIT (EDL 1958/1332) e indirectamente del artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, haciendo pivotar toda la argumentación que le permite sostener el fallo de la sentencia sobre los mismos elementos que ya fueron acertadamente rechazados por el Tribunal Constitucional.

A tal respecto hemos de indicar que, en contra de lo que sostiene el Magistrado de instancia, los argumentos y fundamentos jurídicos del Auto 43/2014, de 12 de febrero, dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional, resultan hoy plenamente vigentes y soportan cualquier análisis que pudiera hacerse según la doctrina emanada de organismos internacionales.

En cuanto al carácter tasado de la indemnización por despido improcedente establecida solo en atención a dos factores (tiempo de prestación de servicios y salarios) ni resulta arbitraria ni discriminatoria, además de encontrarse racionalmente justificada. En palabras del Alto Tribunal de ningún modo es posible afirmar que "la opción del legislador en favor de un sistema legal de indemnización tasada por despido se encuentre falta de fundamento, en atención a las razones que pueden justificar objetivamente la elección de este sistema: en

concreto, la eliminación de las dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, o la unificación de los criterios a aplicar por el Juez y la simplificación del cálculo judicial, así como la certeza y seguridad jurídica.

Lo mismo cabe decir respecto a la determinación de los factores de cálculo que, dentro de su libertad de configuración, ha elegido el legislador para determinar la indemnización adecuada al despido improcedente. No es irrazonable atender al salario y tiempo de servicios del trabajador en la empresa como elementos de compensación, ni desde luego tampoco lo es que sobre estos elementos se aplique un factor multiplicador prefijado por la ley que, en atención a la culpabilidad del empresario en la extinción, resulta superior en los despidos improcedentes -en la norma cuestionada, cuarenta y cinco o treinta y tres días- que en los despidos colectivos u objetivos procedentes -veinte días (arts. 51.4 y 53.1 LET)-. Por su parte, tampoco esta fórmula legal se opone al Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (EDL 1982/11524), cuyo art. 10 -que, pese a la adicional referencia del órgano promotor al art. 12, es el aplicable a los supuestos de extinción contractual injustificada- se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de "una indemnización adecuada", sin precisar los elementos de determinación. No se olvide, además, que el propio legislador valora específicamente las situaciones en que la ilícita decisión extintiva del empresario conlleva un daño cualificado por haberse producido con discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas, supuesto en que la ley ordena la calificación del despido como nulo, con derecho del trabajador a su preceptiva readmisión, abono de los salarios dejados de percibir, e indemnización derivada de dicha vulneración a determinar judicialmente (arts. 55.5 y 6 LET y 182 y 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social)". ..

"Respecto al quebranto de la tutela judicial efectiva, tampoco se produce: no se vulnera el principio de seguridad jurídica porque "la norma analizada posee un contenido claro y preciso, estando plenamente determinados los posibles efectos de la decisión judicial sobre la impugnación del despido, según quede acreditado o no el incumplimiento contractual alegado por el empresario en su comunicación extintiva, así como el contenido y efectos del derecho empresarial de opción en caso de que el despido sea declarado improcedente"; ni afecta a la igualdad procesal de las partes: "el que la forma en que ha quedado configurado el derecho empresarial de opción una vez dictada la resolución judicial de improcedencia pueda hacer más o menos atractiva, en función de circunstancias diversas, la elección de uno de sus términos o el hecho de que en dicha elección pueda pesar más un tipo u otro de consideraciones son cuestiones todas ellas que afectan a la regulación material de los efectos del despido improcedente, pero que en nada limitan el alcance de su tutela judicial".

Por último, tampoco cabe entender afectado el principio pro labore. "El alegado efecto incentivador de la extinción como consecuencia de exigir salarios de tramitación en la reincorporación y no en la indemnización no deja de ser una presunción del órgano promotor, pero que en ningún caso constituye una consecuencia necesaria del precepto cuestionado, sin que en ningún momento quede impedida la posibilidad de optar por la readmisión. Por el contrario, mantenida por el citado Real Decreto-ley la clásica opción entre readmisión o indemnización, en la elección entre una u otra podrán valorarse por el empresario aspectos muy diversos, sin que el coste de los salarios de tramitación en la readmisión -cuyo alcance, además, queda limitado ex art. 57 LET- sea el único factor a considerar ni conduzca automáticamente a decantarse por el pago de la indemnización, cuya cuantía, calculada en atención al salario y antigüedad de cada trabajador, constituirá otro de los posibles elementos a tener en cuenta en la decisión de cada caso concreto ".

Respecto a la fijación de la indemnización por establecida solo en atención a dos factores (tiempo de prestación de servicios y salarios) ni resulta arbitraria ni discriminatoria, además de encontrarse racionalmente justificada y por ello procede estimar el motivo de recurso alegado por la empresa y desestimar el motivo" (STSJ Madrid 26/05/2022, RS 264/2022).

Asimismo,

"SEGUNDO. - Mediante examen de infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, al amparo de la letra c) del art 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social alega infracción del artículo 35 de la Constitución Española. Artículos 8 y 10 del Convenio 158 de la OIT, convenio ratificado por el Estado Español con fecha 26 de abril de 1985, y entró en vigor el 26 de abril de 1986, Artículo 24 de la Carta Social Europea. Artículos 6., apartados 3 y 4, y 7, 1 del Código Civil Artículo 24 de la Carta Social Europea revisada a propósito del Derecho a la protección en el supuesto de despido, y cuyo trámite de ratificación se ha iniciado el 1 de febrero de 2019. Artículos 1101 y 1902 del Código Civil y 1106 del mismo texto legal. Alegando en síntesis la demandante que debe estimarse 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 (1966), 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.

La cuestión así planteada la hemos de resolver en el mismo sentido en que ya lo hicimos entre otras en la Sentencia dictada en RSU RECURSO SUPPLICACION 0002833 /2022 de este mismo TSJ de Galicia. Y en la que dijimos:

"..... TERCERO: En el último de los motivos de suplicación, de nuevo con amparo en el art. 193.c) se denuncia infracción por inaplicación, aplicación errónea o interpretación incorrecta de lo establecido en los artículos 17.1 y Apartados 3 y 4 del artículo 55 así como el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, artículos 10, 14, 15 y 24.1 de la Carta Magna; artículo 24 de la Carta Social Europea, artículo 10 Convenio nº 158 OIT además de la doctrina jurisprudencial asentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Febrero de 2016 (Ponente Ilmo. Sr. Sempere Navarro) o en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de Febrero de 2016, 14 de Julio de 2021, entre muchas, estimando, en esencia, que debe reconocerse 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 (1966), 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.

El motivo no prospera. Y no puede hacerlo por las mismas razones que las establecidas por la juzgadora de instancia. Así, incluso dando por supuesto el derecho indemnizatorio alegado en recurso, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene concluyendo desde hace años que en estos casos la alegación normativa "no comporta necesariamente indemnización de daños y perjuicios, sino que han de alegarse y acreditarse los elementos objetivos en los que se basa el cálculo de aquéllos" (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007 [rec. núm. 510/2006]). En efecto, cierto es que el recurrente solicita en su recurso indemnización por daños y perjuicios, si bien los mismos deben quedar condicionados a que se acredite que la extinción contractual le ha ocasionado perjuicios reales, efectivos y justificados. Y en esta ocasión debe partirse del hecho de que ni se determinan los parámetros necesarios para el cálculo de la indemnización solicitada, que resulta del libre arbitrio de la parte recurrente, ni, como afirma la juzgadora de instancia, existe una mínima actividad probatoria: "que se requiere una mínima actividad probatoria para poder estimar las pretensiones y en todo caso si los actores reclaman una indemnización por daños y perjuicios deberán en todo caso acreditar dichos daños y perjuicios ocasionados. Habla sin más de daños en su demanda y luego en el escrito de ampliación, pero ninguna prueba al respecto aporta. Es más, dice que los actores a causa del contrato se trasladan su domicilio a España y ninguna prueba al respecto se aporta, es más del propio contrato a la hora de fijar el domicilio de ambos se dice que el domicilio del trabajador está en Portugal". A todo ello debe añadirse, además, lo siguiente: 1) las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia -aunque puedan tener valor en otros sentidos- no constituyen jurisprudencia en la que se pueda basar un recurso de suplicación, pues sólo lo es -como fuente complementaria del ordenamiento jurídico, según el artículo 1.6 del Código Civil - la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho; y 2) como afirma la juzgadora de instancia para apoyo de sus pretensiones la parte actora aporta dos Sentencias una del TSJ Cataluña de 15 de febrero de 2016 y una del TS de 18 de febrero de 2016 y la reciente del TSJ Cataluña de 14 de junio de 2021, sin embargo, los supuestos en ellos planteados son distintos al caso de autos.

En todo caso, supuesto que esta Sala compartiese la doctrina anterior (que no lo hace, como se dirá seguidamente, entre otras razones, habida cuenta el exceso interpretativo, utilizando un recurso exegético alejado de la literalidad de la normativa internacional), los requisitos exigidos para proceder a la condena solicitada en demanda serían: 1) la presencia de un despido en fraude de ley o abuso de derecho; 2) una notoria y más que evidente insuficiencia de la indemnización por resultar inadecuada; 3) la extinción del contrato se compensa por la indemnización estatutaria, salvo que se acredite de manera fehaciente su insuficiencia así como la existencia de perjuicios específicos no cubiertos por aquella; y 4) esos perjuicios deben ser invocados en demanda y acreditados en juicio. No obstante, la parte recurrente no cumple con tales requisitos, tal y como se dejó escrito, al no acreditar perjuicio alguno que deba ser reparado.

Sea como fuere, lo cierto es que esta Sala no comparte la doctrina que expresa la parte actora en su recurso. En primer lugar, entendemos que tanto los arts. 56 ET como 110 de la LRJS no contravienen en modo alguno los mandatos del Convenio 158 de la OIT ni de la Carta Social Europea. Afirma el art. 10 del Convenio 158 de la OIT 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". De este modo el art. 10 establece dos modos de reparación del incumplimiento de la causalidad del despido, el primero ordenar o proponer la readmisión, y el segundo, en el caso de que ello no fuera posible en virtud de la legislación nacional, "ordenar el pago de una indemnización adecuada", u otra reparación apropiada. La legislación española cumple con la reparación alternativa, de ordenar el pago de una indemnización adecuada, y lo hace, como es notorio, de forma automática,

con la mera acreditación de que se ha producido un despido y que éste no ha expresado causa, que es justo lo que hace aquí la parte recurrente, ya que, aun reconociendo la empresa la improcedencia del despido, "D^o Cristobal y D^o Nemesio reclaman a GALITRUCK LOGISTICA S.L. que se declare la improcedencia del despido y que o bien se proceda por la empresa a readmitirlos y abono de los salarios de tramitación, o abonarles la indemnización de 17.290,90 euros y 14.304,50 euros, respectivamente". Por su parte, el art. 24 de la Carta Social Europea (presuponiendo su carácter vinculante) reconoce "el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada", que es justo lo que hace la normativa nacional, posibilitando "garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial", que es justo lo que ha hecho la parte recurrente. Por lo tanto, se ajusta a los mandatos internacionales.

Además de todo ello, debemos añadir que compartimos los razonamientos de una STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2020 (Rec. núm. 587/2020), y que reproducimos a continuación: "Ahora bien, en su razonamiento el Magistrado de instancia no tiene en cuenta, por un lado, que aunque es un tratado internacional vinculante, la Carta Social, tanto en su versión original como revisada, tiene la particularidad de presentarse como un menú de derechos de entre los que los Estados parte pueden, con ciertas restricciones, elegir qué derechos aceptan y cuáles no. En concreto, si nos referimos a la Carta Social Europea (revisada), del menú de 31 artículos se identifican nueve de entre los que los estados parte deben elegir como mínimo seis. Son: el derecho al trabajo (art. 1), la sindicación (art. 5) y la negociación colectiva (art. 6); la protección de niños y adolescentes (art. 7); el derecho a la seguridad social (art. 12) y a la asistencia social y médica (art. 13); la protección jurídica y social de la familia (art. 16); la protección y asistencia a los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19); y la igualdad de oportunidades en la ocupación por razón de género (art. 20). No hay que asumir necesariamente estos nueve derechos, sino un mínimo de seis entre ellos. Adicionalmente, en total, las partes deben aceptar un mínimo de 16 artículos completos o 63 párrafos (incluyendo los derechos del núcleo duro). España es Estado parte de la CSE (1961) y de su Protocolo (1988), pero no de la Carta revisada de 1996. Eso sí, ha aceptado íntegramente los 19 preceptos de la CSE y los cuatro del Protocolo y está obligada por ellos. En cambio, no está obligada por artículos con enunciados tan significativos como: derecho a la protección frente al despido; derecho de los trabajadores a la tutela en caso de insolvencia de su empleador; derecho a la dignidad en el trabajo; derecho de los trabajadores con cargas familiares a la igualdad de oportunidades y de trato; derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder; derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo; derecho a protección frente a la pobreza y la exclusión social; y derecho a la vivienda. Aunque algunos de estos derechos son parte de la legislación española por la vía de los convenios de la OIT, si bien no de forma cuasi automática como apunta el Magistrado en la sentencia recurrida.

Pero es que, además, respecto de la supervisión internacional de la CSE, es importante destacar que la violación de su articulado no da acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino a un órgano instituido por el propio Tratado, el Comité Europeo de Derechos Sociales, que a pesar de ser independiente y compuesto por expertos, no tiene la potestad de dictar sentencias vinculantes, sino únicamente recomendaciones y conclusiones.

Por todo ello, el alcance en España de las Decisiones que se citan en la sentencia en la sentencia recurrida es apenas doctrinal... En cuanto al carácter tasado de la indemnización por despido improcedente establecida solo en atención a dos factores (tiempo de prestación de servicios y salarios) ni resulta arbitraria ni discriminatoria, además de encontrarse racionalmente justificada... de ningún modo es posible afirmar que la opción del legislador en favor de un sistema legal de indemnización tasada por despido se encuentre falta de fundamento, en atención a las razones que pueden justificar objetivamente la elección de este sistema: en concreto, la eliminación de las dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, o la unificación de los criterios a aplicar por el Juez y la simplificación del cálculo judicial, así como la certeza y seguridad jurídica.

Lo mismo cabe decir respecto a la determinación de los factores de cálculo que, dentro de su libertad de configuración, ha elegido el legislador para determinar la indemnización adecuada al despido improcedente. No es irrazonable atender al salario y tiempo de servicios del trabajador en la empresa como elementos de compensación, ni desde luego tampoco lo es que sobre estos elementos se aplique un factor multiplicador prefijado por la ley que, en atención a la culpabilidad del empresario en la extinción, resulta superior en los despidos improcedentes -en la norma cuestionada, cuarenta y cinco o treinta y tres días- que en los despidos colectivos u objetivos procedentes -veinte días (arts. 51.4 y 53.1 L ET)-. Por su parte, tampoco esta fórmula legal se opone al Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo art. 10 -que, pese a la adicional referencia del órgano promotor al art. 12, es el aplicable a los supuestos de extinción contractual injustificada- se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de "una indemnización adecuada", sin precisar los elementos de determinación. No se olvide, además, que el propio legislador valora específicamente las situaciones en que la ilícita decisión extintiva del empresario conlleva un daño cualificado por haberse producido con discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas, supuesto en que la ley ordena la calificación del despido como nulo, con derecho del trabajador a su preceptiva readmisión, abono de los salarios dejados de

percibir, e indemnización derivada de dicha vulneración a determinar judicialmente (arts. 55.5 y 6 LET y 182 y 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social)".

En cuanto al reconocimiento de salarios de tramitación en la opción por la readmisión y su omisión en la opción por la indemnización ello no supone ... una diferencia de trato desproporcionada o irrazonable, sino que "constituye una opción que el legislador ordinario puede legítimamente adoptar sin vulnerar las exigencias del principio de igualdad, al incidir sobre situaciones claramente diferenciadas desde la perspectiva de la finalidad contemplada" (STSJ Galicia 26/09/2023, RS 2317/2023).

Finalmente, esta Sala de lo Social ha señalado:

"Lo cierto esta Sala tiene un criterio contrario a fijar otra indemnización distinta a la ya prevista en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) para el caso de despido improcedente y ello porque, partiendo de que el artículo 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre terminación de la relación laboral, de 22 de junio de 1982 (ratificado por España el 26 de abril de 1985) fija un derecho a una "indemnización adecuada" y también el derecho "a la protección en caso de despido" fijado en el artículo 24 de la Carta Social europea (en su versión revisada, efectuada en Estrasburgo en fecha 3 de mayo de 1996) se consideraron cumplidos por el legislador al operar las sucesivas reformas del artículo 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, cuya redacción es incluso posterior en su redacción originaria a aquel Convenio OIT y en concreto, así se considera en nuestra actual legislación vigente - producto de la reforma laboral producida en el año 2012-, de suerte que la jurisprudencia tradicional ha considerado que esa indemnización legalmente prevista en aquellos artículos para el despido improcedente tiene condición de indemnización previamente tasada legalmente, tasación que presupone una predeterminación normativa del importe de todos los perjuicios causados por la pérdida ilegal del empleo, asumiéndose que ese sistema no responde a la idea de "restitutio ad integrum" de los perjuicios causados, sino a lo que el legislador considera que es la indemnización "adecuada", sin que, por ello precisamente, se haya de probar daño o perjuicio alguno derivado del ilegal actuar empresarial, sino que corresponde en todo caso porque se considera que es la adecuada en todos los casos, con independencia de las circunstancias particulares. En tal sentido, puede ser mencionada la sentencia de Pleno de dicha Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 (sentencia 1450) y la allí citadas. Así lo hemos explicado en dos sentencias de 12 de enero de 2021 (recurso 1507/2020 y 1563/2020)" STSJ País Vasco, 1/06/2021, RS 901/2021).

"TERCERO.- Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, dedicando a ello dos motivos de recurso - cuarto y quinto - alegando la infracción de lo dispuesto en los artículos 96.1 CE, 31 Ley 25/2014, 24.A) y B) de la Carta Social Europea - en adelante, CSEE, y 10 del Convenio 158 OIT; y el artículo 56.1 ET y jurisprudencia, en razón al salario reivindicado. Argumenta la trabajadora recurrente, con apoyo, en esencia, en la Sentencia de 23 de abril de 2021 de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña y en la Sentencia del TSJ de Madrid de 17 de marzo de 2021 - Rec. 85/21 -; que han de prevalecer los Tratados internacionales sobre las normas del ordenamiento jurídico interno; que la indemnización legalmente prevista y fijada por la instancia para el despido improcedente de la demandante no es la adecuada; que el derecho constitucional al trabajo - en su vertiente de estabilidad en el empleo - supone que, en los despidos injustificados, la primera opción ha de ser la de la readmisión; que, subsidiariamente, la indemnización ha de ser adecuada, resarcando todos los daños - incluyendo, en el caso, las ventas que no ha podido hacer por haber sido despedida, esto es, el lucro cesante o pérdida de oportunidad -.

El recurso va a ser desestimado.

La Sala reconoce el esfuerzo argumentativo de la parte recurrente así como lo sugerente de la tesis que sostiene, tanto para defender que la primera de las consecuencias del despido improcedente debiera ser la de la readmisión de la persona trabajadora como para sostener que la indemnización tasada no resarce plenamente de todos los perjuicios que causa la pérdida - injusta - del empleo. Y, aunque conocemos los argumentos de otras Salas de lo Social de otros TSJ, vertidos en, entre otras, las Sentencias que la recurrente invoca, hemos de estar a nuestro propio criterio, fijado en Sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 2021 - Recurso 360/21 -, con base en otras Sentencias anteriores, en la que se razonó, en argumentos que responden a todas las alegaciones de la trabajadora recurrente en el presente recurso y que fueron los que siguen:

"(...) Después de las precisiones anteriores, también nuestro criterio desestimatorio coincide con el del Juzgador. Tomaremos como antecedentes de esta Sala dos sentencias de una misma fecha, 12-1-2021, rechs 1507 y 1563/2017, cuya argumentación compartimos y por ende no vemos causas para discrepar. Dijimos en la primera de ellas que: "...el convenio OIT no preceptúa importe indemnizatorio alguno, sino que impone que la indemnización sea la "adecuada"...". Mientras que en la segunda explicábamos, que: "...el derecho a la "indemnización adecuada" que prevé aquel artículo 10 y el derecho a "la protección en caso de despido" previsto en la Carta Social revisada se consideraron cumplidos por el legislador al operar las sucesivas reformas del

artículo 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores , que es incluso posterior en su redacción originaria a aquel Convenio OIT y en concreto, así se considera en nuestra actual legislación vigente - producto de la reforma laboral producida en el año 2012-, de suerte que la jurisprudencia tradicional ha considerado que esa indemnización legalmente prevista en aquellos artículos para el despido improcedente tiene condición de indemnización previamente tasada legalmente, tasación que presupone una predeterminación normativa del importe de todos los perjuicios causados por la pérdida ilegal del empleo, asumiéndose que ese sistema no responde a la idea de "restitutio ad integrum" de los perjuicios causados, sino a lo que el legislador considera que es la indemnización "adecuada", sin que, por ello precisamente, se haya de probar daño o perjuicio alguno derivado del ilegal actuar empresarial, sino que corresponde en todo caso porque se considera que es la adecuada en todos los casos, con independencia de las circunstancias particulares. En tal sentido, puede ser mencionada la sentencia de Pleno de dicha Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 (sentencia 1450) y la allí citadas..." (...)."

De ahí que no estimemos una indemnización superior o distinta de la legalmente prevista para la improcedencia del despido.

Ni tampoco podemos estimar la obligatoria readmisión, en el caso del despido improcedente de la demandante, dado no se halla previsto en nuestro ordenamiento jurídico, y que, si bien puede estimarse pertinente en un debate de lege ferenda , no lo es desde el punto de vista de la legislación vigente, que es la que hemos de aplicar, teniendo en cuenta la lectura que esta Sala ha hecho de la cuestión litigiosa.

En cuanto al segundo motivo de recurso sobre infracción jurídica, el mismo ha de ser rechazado de plano, dado que hemos rechazado la revisión del hecho probado primero y no hemos estimado un nuevo salario distinto del fijado por la instancia.

Tampoco se aprecia que se pueda estar a unas retribuciones que no obtuvo en razón a unas expectativas de retribuciones por ventas, dado que, en realidad, lo que se ha acreditado es que la demandante no ha llegado a tales expectativas, pero no por razón del despido decidido por la empresa, sino por razón de su propia actividad - o, más bien, poca actividad, tal como se ha reflejado en el hecho probado tercero-. (STSJ País Vasco 5/04/2022, RS 289/2022).

"El último motivo de Suplicación lo aprovecha para denunciar la vulneración de los arts. 4, 7 y 10, del Convenio de la OIT , al que ya hicimos referencia.

Resalta que estamos en presencia de un despido sorpresivo e injustificado en cuanto carente de causa y con falsas imputaciones, y en el marco de un simultáneo ofrecimiento de la improcedencia. El cual, sigue diciendo, le afecta negativamente al ser un trabajador cualificado. Además continúa manifestando que si ponemos en relación el montante de la indemnización por despido, con la cuantificación de las "Phantom Shares", que se consolidarían en diciembre de 2021, tal indemnización carecería de efectos disuasorios. Visto lo cual y aunque se ratifique la improcedencia del despido, tendría derecho a percibir los 10.000€; en los que cifra la indemnización adicional.

Dos cuestiones previas. No facilita en momento alguno y es la primera, cual es el valor de las "Phantom Shares", ni, lógicamente, desglosa las operaciones aritméticas que le llevaran a esa cuantificación; lo cual parece imprescindible si quiere compararse dicho valor con la indemnización reconocida y tal como arguye. Siendo la segunda que fue despedido en el mes de julio de 2020 y de nuevo de acuerdo a sus manifestaciones, no es sino en diciembre de 2021 cuando eran liquidables, es decir faltaba más de año y medio, con lo cual tampoco existe una inmediatez temporal entre ambos eventos para que podamos establecer una relación tan directa como la que pretende.

Después de las precisiones anteriores, también nuestro criterio desestimatorio coincide con el del Juzgador. Tomaremos como antecedentes de esta Sala dos sentencias de una misma fecha, 12-1-2021, recs 1507 y 1563/2017 , cuya argumentación compartimos y por ende no vemos causas para discrepar.

Dijimos en la primera de ellas que: "...el convenio OIT no preceptúa importe indemnizatorio alguno, sino que impone que la indemnización sea la "adecuada"...". Mientras que en la segunda explicábamos, que: "...el derecho a la "indemnización adecuada" que prevé aquel artículo 10 y el derecho a "la protección en caso de despido" previsto en la Carta Social revisada se consideraron cumplidos por el legislador al operar las sucesivas reformas del artículo 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, que es incluso posterior en su redacción originaria a aquel Convenio OIT y en concreto, así se considera en nuestra actual legislación vigente - producto de la reforma laboral producida en el año 2012-, de suerte que la jurisprudencia tradicional ha considerado que esa indemnización legalmente prevista en aquellos artículos para el despido improcedente tiene condición de indemnización previamente tasada legalmente, tasación que presupone una predeterminación normativa del importe de todos los perjuicios causados por la pérdida ilegal del empleo, asumiéndose que ese sistema no responde a la idea de "restitutio ad integrum" de los perjuicios causados, sino a lo que el legislador considera que es la indemnización

"adecuada", sin que, por ello precisamente, se haya de probar daño o perjuicio alguno derivado del ilegal actuar empresarial, sino que corresponde en todo caso porque se considera que es la adecuada en todos los casos, con independencia de las circunstancias particulares. En tal sentido, puede ser mencionada la sentencia de Pleno de dicha Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 (sentencia 1450) y la allí citadas...". (STSJ País Vasco, 23/03/2012, RS 360/2021; en el mismo sentido 12/07/2022, RS 15390/2022).

4.- Visto el panorama normativo y judicial, no podemos dejar de soslayo y por tal somos conscientes de la influencia en la presente resolución, la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), en cuanto va a cuestionar la indemnización tasada y topada de la regulación en España del despido improcedente por vulneración del art. 24 de la Carta Social Europea revisada (CSE), tal como se ha difundido en los medios de comunicación, pese a no ser una decisión todavía pública, y cuyo antecedente lo encontramos respecto a las legislaciones de Finlandia, Italia y Francia.

Comencemos por la obligación de respetar la CSE, la cual fue ratificada por parte del Estado español, (versión originaria el 29 de abril de 1980 y, tiempo más tarde, el 24 de enero de 2000, España ratificó el Protocolo Adicional de 1988). Respecto a la ratificación de la CSE en su versión revisada, el 11 de junio de 2021 con la publicación en el BOE del instrumento de ratificación, con entrada en vigor el 1 de julio de 2021. En relación con el Protocolo Adicional de reclamaciones colectivas, la ratificación de este instrumento ha suscitado mayor confusión: en un primer momento, el instrumento de ratificación de la CSE contenía una declaración de aceptación del citado protocolo; unos días más tarde, se publicó en el BOE de 28 de junio de 2021 una resolución que establecía la aplicación provisional del Protocolo de reclamaciones colectivas desde el 1 de julio y, finalmente, el 2 de noviembre de 2022 el BOE recogió el instrumento de ratificación del citado Protocolo Adicional. Por tanto, la CSE forma parte de nuestro ordenamiento al amparo de lo dispuesto en el art. 96 CE y art.23.3 Ley 25/2014 de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Así el art. 30.1 de la Ley 25/2014, dispone que los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes. La prevalencia de la norma internacional sobre la interna (art. 31 Ley 25/2014) queda supeditada al propio tenor de cada precepto del tratado internacional, directamente aplicable o no según cada caso.

De este modo, con la ratificación de la CSE Revisada en su totalidad se introducen en el ordenamiento jurídico nacional ocho nuevos derechos sociales que no estaban en la versión originaria, entre los que destaca el derecho a la protección frente al despido sin causa (art. 24), literalidad de la norma que ya hemos expuesto. Ello abre un nuevo escenario, el cual queda más reforzado con la labor del CEDS a través de su sistema de informes y el Protocolo Adicional ya ratificado de reclamaciones colectivas, donde los sindicatos ostentan un papel relevante en la aplicación de la norma internacional al preguntar al citado Comité sobre su compatibilidad con la norma nacional. En este sentido, el CEDS es la instancia suprema de garantía, equivalente al TEDH para el, que asegura la interpretación auténtica de la Carta a través de dos principales mecanismos: grosso modo las conclusiones en el sistema de informes y las decisiones sobre el fondo en el procedimiento de reclamaciones colectivas.

Centrándonos en el art 24 de la CSE reconoce tres garantías: una causal, otra monetaria o de estabilidad obligacional y, por último, una procesal, que reconoce el derecho de la persona trabajadora despedida de forma injustificada a recurrir ante un organismo imparcial, ya sea judicial o extrajudicial. Así, el art. 24 CSE garantiza el derecho a la protección en caso de despido, fijando un contenido mínimo esencial o sustancial con la finalidad de dotarlo de plena efectividad y exigibilidad jurídica, sin desconocer que pueda ser mejorado por los Derechos nacionales (art. H, Parte V), así como complementado por otras referencias normativas de la Carta (arts. 8, 20, 27.3, 29, etc.) en la idea de que no contiene una enumeración cerrada, sino abierta.

Respecto a la garantía causal la CSE reconoce el derecho de las personas trabajadoras a no ser despedidas si no existe una <<razón válida>>, conectando con el principio clásico de estabilidad en el empleo, el cual se refleja en el reforzamiento del principio de conservación del contrato de trabajo, en la preferencia por la contratación indefinida y especialmente en la existencia de un <<justificado motivo>> para la extinción del contrato de trabajo.

En lo que se refiere a la garantía monetaria, la CSE utiliza los mismos conceptos jurídicos indeterminados que el Convenio 158 de la OIT, reconoce el derecho a «una indemnización adecuada» o a «otra reparación apropiada» ante un despido injustificado o sin causa. El Anexo de la CSE expresa, "se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales". De este modo, se obliga a fijar o a determinar el importe de la indemnización u otra reparación apropiada a través de las fuentes jurídicas típicas de la relación de trabajo («o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales»), sobre la base del principio de seguridad jurídica y

de la prohibición de arbitrariedad empresarial respecto a la fijación de la reparación del despido sin justificado motivo. Cuestión distinta es que la indemnización u otra reparación que sea fijada por la legislación nacional sea adecuada o apropiada. En esta interpretación ha acudido el CEDS y ha construido una línea sobre lo que considera adecuada la indemnización, así: a) el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre la legalidad del despido; b) la posibilidad de reincorporación y/o; c) una indemnización suficiente tanto para disuadir al empleador como que sea proporcional al daño sufrido por la víctima. En esta última línea y en general sobre las resoluciones llevadas a cabo por dicho organismo respecto a las legislaciones de Finlandia, Francia e Italia, con un régimen de despidos similar al español, ha señalado considerando que el límite superior de la indemnización puede dar lugar a situaciones en las que la indemnización concedida no sea proporcional a la pérdida sufrida. Esto es, cualquier tope a la indemnización que pueda impedir que la indemnización sea proporcional a la pérdida sufrida y que sea suficientemente disuasoria para el empleador es, en principio, contrario a la CSE revisada. Decisiones, por otro lado, que, en ninguno de estos países, las instancias superiores judiciales se vieron vinculadas, siendo un caso paradigmático la Sentencia de la Corte de Casación de Francia de 11 de Mayo de 2022, que declara la inexistencia de control judicial de convencionalidad por falta de aplicación directa del art.24 CSE y el no seguimiento del criterio de este órgano internacional. En ninguno de estos países, los Gobiernos tuvieron que cumplir una obligación internacional imperativa de reforma normativa en despido, siendo llamativa la reciente declaración pública del Gobierno de Finlandia en el último informe de seguimiento del CEDS (marzo 2024), diciendo expresamente que no está vinculado con esta decisión. Por tanto, ninguno de estos tres países – Finlandia, Italia y Francia – ha reformado su normativa de despido para adecuarla al art. 24 CSE y a la decisión del CEDS o recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa.

5.- Examinada la aplicabilidad de las normas del CSE resta por analizar si las decisiones del CEDS son jurisprudencia y por tal si son aplicables por los jueces nacionales a través del control de convencionalidad.

El Consejo de Europa diferenció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que aplica la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) a través de sentencias, una vez agotada la vía judicial interna, del CEDS, que aplica la CSE a través de decisiones, sin agotar la vía judicial interna, que provienen del protocolo de reclamaciones colectivas, ratificado por España en 2021. El TEDH genera jurisprudencia (arts.4 bis y 5 LOPJ y art. 236.1 LJS), vinculante para los jueces nacionales, mientras que respecto al CEDS existe una controversia sobre su carácter vinculante o no, no obstante, la jurisprudencia de control judicial de convencionalidad parte de la aplicación de norma internacional que ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica, y que no se remita a la legislación nacional para su determinación (STC 140/2018 y SSTS 28 y 29/03/2022). Por tanto, sobre este criterio será valorada la aplicación o no directa del art. 24 CSE, en toda la sistemática de este tratado internacional, pero sin ninguna obligación de asumir la decisión del CEDS.

5.- Llegado a este punto, debemos plantearnos sobre la aplicabilidad del art 24 de la CSE, lo que por otro lado, es obvio por lo señalado, pero nos deja huérfanos en la interpretación de *“una indemnización adecuada o a una reparación apropiada”*, y ello proyectado sobre el conflicto que examinamos, trabajador que abandona un empleo, en principio estable, pues tenía un contrato indefinido, desde el año 2.021, sin más referencias sobre categoría, salario, y opta ante la oferta de la demandada de llevar a cabo un contrato temporal de al menos un año con unas condiciones laborales, entendemos superiores a las que estaba disfrutando, y suscribe con la demandada un contrato de interinidad, en marzo 2.023, y en escaso un mes la recurrente extingue el contrato sin causa, (manifestando verbalmente un error en la contratación), lo que conforme las reglas de la normativa nacional supone una indemnización tasada de 493,49 €. indemnización que el trabajador considera insuficiente para la reparación de los daños y perjuicios, indemnización que la cifra en la suma de 35.000 euros, salarios de un año.

El art 1.101 del Código Civil dispone: *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.”*; a su vez el art 1.124 del mismo texto legal dispone: *“La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.*

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”.

En estas circunstancias acaecidas, la primera conclusión que alcanzamos es que la indemnización tasada no es adecuada al daño sufrido por el trabajador, que abandonando un trabajo indefinido, por la oferta por otro contrato, si bien, temporal, pero con una previsión de al menos un año, no resarce la pérdida de ese trabajo con la indemnización escueta de 493,49 €. Por tanto, la cuestión a delimitar es cual debe ser la indemnización que suponga esa reparación del daño sufrido.

No podemos dejar de lado que el art 183.3 LRJS, sobre la indemnización cuando se producen vulneración de derechos fundamentales, admite dos indemnizaciones, la tasada y la reparadora de la vulneración constitucional, y ante el daño moral, la doctrina jurisprudencial acude, ante la dificultad de su valoración a los términos sancionatorios de la LISOS.

Por tanto, podemos admitir una doble reparación la tasada, art. 56 ET y la derivada del efectivo daño y perjuicio que suponga una superación de la indemnización tasada.

En hipótesis, bien pudieron las partes, negociar un periodo de prueba, lo que no hizo la recurrente, o bien pudo el trabajador blindar su contrato de trabajo delimitando consecuencias para la extinción y no lo efectuó.

La Ilma. Magistrada de lo Social a quo acude al lucro cesante ante las perspectivas frustradas de un contrato de interinidad de al menos un año y como máximo tres años, y así le indemniza complementariamente con el valor de los salarios de un año.

También pudiéramos valorar otras fórmulas como puede ser un cálculo ficticio indemnizatorio tasado de haber trabajado ese año, o los tres años, al menos, y la indemnización hubiera sido 2.960,00 € o 8.880,00 €, o acudir a la compensación para el preaviso en los contratos temporales, si hubiera estado previsto en el Convenio Colectivo de aplicación, o en general cualquier otra medida que encaje mas en nuestra norma, y es que también pudiera utilizarse de forma análoga el art 281.2.b) LRJS, que lo es para la ejecución de los despidos que hubiere optado por la readmisión el empresario y no se llevare a cabo *“Acordará se abone al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los periodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto”,* o inclusive llevar a cabo una ficción en cuanto computar el tiempo en el anterior trabajo y que por mor de la oferta de trabajo dimitió. Pero todas estas opciones chocan con algo que en las resoluciones del CEDS delimita como, por un lado, una reparación efectiva al trabajador, y, por otro lado, un elemento disuador al empresario para tomar decisiones ajustadas a derecho.

Sentado ello, ante las distintas opciones y no teniendo elementos mas concretos en las circunstancias del trabajador despedido vamos a optar por el mecanismo de la indemnización adicional que lo son los salarios que hubiera percibido el trabajador en ese año, al menos de trabajo, pero, si bien, no podemos dejar de lado que dentro de la reparación se encuentra la protección por desempleo que se nutre de las cotizaciones del trabajador y el empresario y estas pudieran ser también valoradas a efectos de la reparación del daños y perjuicio del trabajador por la pérdida del salario, pero no respecto al empresario como elemento disuador del despido sin causa.

Por consiguiente, la expectativa de un trabajo de un año, que motivó la extinción del contrato anterior, y que de haberse cumplido no habría derecho a la indemnización del art. 56 ET, ello debe suponer el daño reparable que la norma contenida en el art 24 de la CSE delimita como una indemnización adecuada o una reparación apropiada, y es que el elemento esencial que nos encontramos es la inexistencia de una mínima respuesta justificatoria al trabajador sobre la causa de extinción, pues no es de recibo la referencia verbal a un error.

En su consecuencia la conclusión es la confirmación de la sentencia y por ello desestimamos el recurso de suplicación formulado por el Ayuntamiento de Oñati.

TERCERO. – COSTAS.

En materia de costas, se debe estar al art. 235.1 LRJS que prevé esta medida únicamente respecto a la parte recurrente que resulta vencida y no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber, por ello se está en el supuesto de imponer al recurrente el pago de los honorarios del Letrado de la parte recurrida en la suma de 800,00 euros.

CUARTO. – RECURSO.

Contra la presente sentencia cabe Recurso de Casación para la unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación AYUNTAMIENTO DE OÑATI, frente a la sentencia nº 142/2023 de fecha 28 de noviembre 2.023, autos 299/2023 del Juzgado de lo social único de Éibar que estimó la demanda sobre despido, declarando el mismo improcedente, condenando a la empresa demandada a que, en el plazo improrrogable de 5 días a partir de la notificación de la presente Resolución,

opte bien por reincorporar al trabajador D. Jose Luis a su puesto de trabajo en idénticas condiciones a las que precedieron al despido, o bien le indemnice en la cantidad de 493,49€, debiendo de abonar en el primero de los supuestos salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la presente resolución a razón de 2.339,28€/mes, abonando en concepto de indemnización adicional la cantidad de 30.000€; y confirmar, como confirmamos, el pronunciamiento de instancia, con imposición de costas a la empresa vencida en el recurso, que comprenderán los honorarios del Letrado /Graduado social de la parte impugnante hasta la cantidad de 800 euros Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento. Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.- Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.