

Juzgado de lo Social Nº. 34 de Madrid, Sentencia 71/2020 de 21 Feb. 2020, Rec. 843/2019

Ponente: Seoane García, Antonio.

Nº de Sentencia: 71/2020

Nº de Recurso: 843/2019

Jurisdicción: SOCIAL

ECLI: *ES:JSO:2020:2251*

Un Juzgado de Madrid entiende que la opción de readmisión de los despidos improcedentes nunca debe ser del empleador

Cabecera

DESPIDO IMPROCEDENTE. Opción de readmisión. Condena a la empresa a la inmediata readmisión sin permitir la facultad de elección al empleador. El principio de integridad/adecuación indemnizatoria resultaría vulnerado si se deja en manos del empleador la elección y éste opta por la readmisión, porque en este caso quedarían sin resarcir los daños que el despido ha podido producir. Referencia a la legislación positiva española en materia de régimen indemnizatorio del despido improcedente como aparentemente vigente por ser contraria al art. 10 del Convenio 158 de la OIT, ratificado por España, por lo que, es de aplicación directa por los Tribunales de Justicia en nuestro país y forma parte del ordenamiento jurídico nacional interno.

Resumen de antecedentes y Sentido del fallo

El Juzgado de lo Social núm. 34 estima la demanda interpuesta por el trabajador, previa declaración de improcedencia, condena a la mercantil a que readmita con carácter inmediato, en la mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido y con abono de los salarios dejados percibir con sus correspondientes intereses moratorios.

Autos 843/2019

Asunto: Despido disciplinario

SENTENCIA NUM. 71/2020

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Febrero de dos mil veinte.

Vistos por **DON ANTONIO SEOANE GARCIA**, Magistrado titular del Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid y su circunscripción territorial los presentes autos, instados por DON Genaro contra **GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCION Y SUPERMERCADOS SOCIEDAD ANONIMA** sobre Despido (Procedimiento especial), ha procedido a dictar la presente Sentencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- En fecha 22/07/2019 se presentó en el Decanato la demanda iniciadora del procedimiento suscrita por la parte actora, que fue turnada a este Juzgado. En ella se suplicaba que se dictara Sentencia acogiendo sus pretensiones.

II.- Admitida la demanda, se señalaron los actos de conciliación y juicio para el día 12/02/2020 en que tuvieron lugar. A los mismos comparecieron: Por la parte actora: Genaro, DNI NUM000 Letrada DOÑA SOFIA ENGRACIA GUTIEZ GÓMEZ colegiado 98057. Por la parte demandada: GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCION Y SUPERMECADOS S.A. representado por DON JAIME ONRUBIA DÍAZ colegiado 29401.

III.- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 97 (LA LEY 19110/2011),2 de la Ley 36/2011 de 10 de Octubre (LA LEY 19110/2011) reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse que por la parte demandante se impugna un despido practicado por escrito con redacción disciplinaria. Se le imputa, sustancialmente, haber desobedecido las órdenes de sus superiores en fechas 5 y 13 de Junio de 2019. Se da por íntegramente reproducida.

IV.- Recibido el pleito a prueba, las partes propusieron los siguientes medios probatorios: Documental. Parte demandada, además, Interrogatorio de testigos.

V.- Practicadas las pruebas propuestas y admitidas dan lugar a la relación fáctica que se desarrollará más adelante.

VI.- En el presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Hecho probado 1º.- Prestó el actor sus servicios por cuenta de la demandada con antigüedad de fecha 23 de Mayo de 2016, categoría de Mozo (Grupo Profesional IV) y salario mensual total de 1.510,37 euros.

La prestación de servicio tenía lugar en el Almacén de la demandada en la localidad de Azuqueca de Henares (Guadalajara) en el que realizaba las funciones propias de Mozo-Preparador teniendo encomendadas las tareas propias de su grupo profesional en el área de roturas-varios, en turno de mañana. Su función principal es mantener la zona que aleatoriamente se le asigna en forma de pasillos, limpia de cartón y plástico, con objeto de garantizar el orden y limpieza necesarios para el buen funcionamiento del almacén y la circulación por los pasillos de la maquinaria utilizada para la carga y descarga. En tal sentido debe retirar el plástico y cartón que quede en el suelo y palés después de las reposiciones de mercancías y la recuperación de la mercancía que haya sido abierta o manipulada para su posterior venta en tienda.

Hecho probado 2º.- Por carta de 17 de Junio de 2019, notificada y con efectos del propio día, se le participa la extinción de su contrato de trabajo por hechos disciplinarios sustancialmente consistentes en las supuestas desobediencias en que incurrió los días 5 y 13 de junio de 2019. Se da por íntegramente reproducida la referida comunicación.

Hecho probado 3º.- En fecha 22 de Julio de 2019 se celebró acto de conciliación ante el SMAC de Madrid que resultó sin avenencia conciliatoria. La solicitud se había presentado el día 26 de Junio inmediatamente anterior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 9 (LA LEY 1694/1985),5 y 93 de la Ley Orgánica 6/85 de 1 de Julio del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985), en relación con lo establecido en el art. 10 (LA LEY 19110/2011),1 de la Ley 36/2011 de 10 de Octubre (LA LEY 19110/2011) reguladora de la Jurisdicción Social, compete el conocimiento del proceso a este Juzgado.

Segundo.- Dando cumplimiento a lo establecido en el art. 97,2 de la norma procesal antedicha, la relación fáctica contenida en los hechos probados, se ha deducido: El hecho primero de la conformidad de las partes. El hecho segundo de la comunicación extintiva. El hecho tercero del Acta del SMAC.

Tercero.- *Procede, en cuanto a la impugnación del despido, la estimación íntegra de la demanda, la calificación del despido como improcedente y la imputación de las consecuencias de tal calificación a la demandada.*

Dos son las razones que nos conducen a tal conclusión.

De la redacción de la carta de despido no se infiere la existencia datos suficientes para concluir la existencia de una desobediencia:

Así respecto de los hechos imputados el día 5 de Junio lo único que se infiere de la redacción de la comunicación extintiva es que ese día su superior detectó desorden y suciedad en los pasillos que tenía asignados el trabajador. Bien, estos hechos por sí solos no implican desobediencia alguna. Y ni siquiera infracción alguna de sus deberes laborales. La situación de suciedad y desorden responde a la lógica del trabajo. La maquinaria carga y descarga mercancías y genera, naturalmente, desechos de cartón y plástico y palés depositados en los pasillos y también mercancía abierta y deteriorada. Eso es lo que justifica la contratación de las funciones del actor.

Por otra parte, los hechos imputados respecto del día 13 de Junio el relato es más concreto pero tampoco suficiente. Allí la carta hace constar que ese día a las 7,30 su superiora apreció la existencia de desorden y falta de limpieza en la zona que tenía asignada, que por ello le reasigna otra zona a las 8 de la mañana y a las 9 horas vuelve a encontrar la nueva zona asignada "en un estado lamentable". Pese a esa mayor concreción, también la redacción es insuficiente para la tipificación de la conducta del trabajador. Por un lado porque que a las 7,30 horas hubiera falta de limpieza y desorden en los pasillos, no es necesariamente imputable al trabajador sino, como hemos dicho, puede ser el resultado del propio funcionamiento empresarial. Por otro, porque desconocemos en qué estado estaba la nueva zona asignada a las 8 de la mañana y porque a las nueve no estuviera la nueva zona asignada en perfecto estado tampoco es necesariamente resultado de una conducta culpable del trabajador.

De hecho la desobediencia implica la existencia de unas instrucciones concretas a las que el trabajador o no da cumplimiento o no lo da en los términos en que se le ordena. Aquí la supuesta orden es genérica (trabajar). Para poder apreciar la existencia de una desobediencia sería preciso que al actor se le hubiera dado la orden concreta de limpiar un/unos pasillos y que, pasado el tiempo adecuado, el/los pasillos estuvieran total o parcialmente en el mismo estado. Implica que todo o parte del material que debiera retirar permaneciera en el pasillo. Pero a esto no hay referencia.

En realidad la calificación como desobediencia es incorrecta, dado que la imputación que en realidad se le quiere hacer al demandante, intuimos, no es la de desobediencia sino la prevista en el art. 44.15 del Convenio colectivo de aplicación que prevé como falta muy grave "la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal de su trabajo, siempre que no esté motivada por derecho alguno reconocido por las leyes". Lo que se le imputa realmente es no trabajar o no trabajar suficientemente. Pero también para esta calificación, el relato de hechos de la carta de despido resulta insuficiente pues hablar de tal infracción implica que la imputación deba concretar cuál sea el rendimiento normal y cuál el desarrollado por el demandante, y los parámetros que concretan la continuidad y la voluntariedad (si bien ésta podría presumirse). Todo ello es eludido recurriendo a una calificación más simple pero incorrecta.

Por otra parte, la desobediencia en el citado Convenio Colectivo de Trabajo de Comercio de Guadalajara (art. 43.2) se contempla como falta grave y sólo las faltas muy graves pueden soportar la decisión de despedir. Cierto es que el precepto citado contempla la posibilidad de que la desobediencia pueda ser calificada como falta muy grave si fuese reiterada o implicase quebranto manifiesto de la disciplina del trabajo o de ella derivase perjuicio para la empresa. Ninguno de estos tres elementos del tipo son referenciados en la comunicación extintiva ni son apreciables en la conducta del trabajador. En concreto, respecto de la reiteración en la desobediencia ya hemos dicho que ni siquiera se puede hablar en sentido estricto de desobediencia.

La calificación del despido practicado como improcedente, de acuerdo con la normativa aparentemente vigente en nuestro país, debería determinar la condena de la demandada a que, a su opción, readmita al trabajador despedido en las mismas condiciones laborales vigentes con anterioridad al despido con abono de los salarios de tramitación desde el día siguiente al despido hasta la fecha en que la readmisión tenga lugar efectivamente y a razón del salario declarado probado o a que extinga el contrato con efectos del 17 de Junio de 2019 indemnizándole en un importe de CINCO MIL CINCUENTA Y DOS EUROS CON CINCUENTA CENTIMOS DE EURO (treinta y tres días de salario por año de servicio y a prorrata el periodo residual). Haciendo saber a la misma que la expresada opción deberá efectuarse, por escrito o comparecencia en el Juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la Sentencia. Caso de no efectuarse en tiempo y forma se entenderá que la Empresa opta por la readmisión.

Cuarto.- *En el anterior ordinal nos hemos permitido referirnos a la legislación positiva española en materia de régimen indemnizatorio del despido improcedente (art. 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) y demás preceptos concordantes) como aparentemente vigente. En*

realidad debemos concretar que esa norma, en cuanto infringe el necesario principio de jerarquía normativa, es en realidad nula de pleno derecho e inexistente. Nos referimos a que contraría, sin que sea posible una interpretación integradora, el art. 10 del Convenio 158 de la OIT de fecha 22 de Junio de 1982 sobre Terminación de la relación contractual a instancias del empleador, a cuyo tenor: 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.

El citado Convenio fue ratificado por España en fecha 26 de Abril de 1985 y entró en vigor de 26 de Abril de 1986, es de aplicación directa por los Tribunales de Justicia en nuestro país a tenor de lo dispuesto en el art. 1 del Convenio y forma parte del ordenamiento jurídico nacional interno, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1 de la Constitución Española (LA LEY 2500/1978). El Tribunal Constitucional ha venido a reconocer a los Tratados Internacionales un rango supra-legal en el sistema de jerarquía de fuentes del Derecho.

En ausencia de un intérprete "auténtico", corresponde a los Tribunales de Justicia nacionales la interpretación del Convenio.

Quinto.- Que aunque el Estado español sólo ha ratificado la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) adoptada en Turín el 18 de Octubre de 1961 y el Protocolo de 1988 y el de Enmienda de 1991, no habiendo ratificado ni el Protocolo de Reclamaciones Colectivas de 1995 ni la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) revisada de 1996, cuyo trámite de ratificación se ha iniciado el 1 de Febrero de 2019, es lo cierto que, en lo referente al art. 24 de este último Texto, no puede negarse su vigencia material en España ya que el mismo es una mera reproducción del citado Convenio 158 de la OIT.

El art. 24 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) revisada a propósito del *Derecho a la protección en caso de despido*, establece que:

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

Parte II: A fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

a) el derecho de los trabajadores a no ser despedidos sin motivo válido vinculado a su aptitud o conducta, o fundado en necesidades de funcionamiento de la empresa, del centro de trabajo o del servicio. b) El derecho de los trabajadores despedidos sin motivo válido a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

A este fin las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime haber sido objeto de un despido sin motivo válido tenga derecho a impugnar esta medida ante un órgano imparcial.

Anexo:

1.- Se entiende que a los fines de este artículo el término despido significa el cese de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

2.- Se entiende que este artículo da cobertura a todos los trabajadores salvo que una Parte excepcione total o parcialmente de su protección a las siguientes categorías de trabajadores asalariados:

a) Los trabajadores contratados específicamente para una obra o servicio determinado. b) Los trabajadores sujetos a periodo de prueba o que no reúnan el periodo de antigüedad requerido a condición de que la duración de ésta sea fijada con anterioridad y sea razonable. c) Los trabajadores contratados eventualmente por un corto periodo.

3.- A los fines de este artículo no constituyen motivos válidos de despido de manera especial:

a) la afiliación sindical o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; b) Solicitar, ejercer u ostentar la condición de representante de los trabajadores; c) Haber formulado una queja o participado en procedimientos entablados contra un empleador, con alegación de violaciones de la legislación o presentado una denuncia ante las autoridades administrativas competentes; d) La raza, el color, el sexo, el estado matrimonial, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la opinión manifestada públicamente, la ascendencia nacional o el origen social; e) La licencia por maternidad o la licencia parental; f) La ausencia temporal del trabajo por enfermedad o accidente.

4.- La indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin motivo válido debe ser determinada por la legislación o la reglamentación nacionales, por convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales.

Por su parte, el Convenio 158 de la OIT establece en su articulado la misma, exacta normativa, con la única excepción que diremos. El art. 24 de la CSE es una mera reordenación del contenido obligatorio del Convenio 158 de la OIT, a nuestro parecer con mejor y más actual técnica. De este mismo modo, podríamos concluir paradójicamente que el Convenio 158 de la OIT resulta de aplicación a países que no lo han ratificado pero sí lo han hecho con la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) revisada, y viceversa:

La Parte I es coincidente con los arts. 8, 9.1 y 10 del Convenio.

La Parte II del CSE es una transcripción de los arts. 4, 8.1 y 10 del Convenio.

El Anexo.1: la definición de despido consta al art. 3 del Convenio como *terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*.

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

El Anexo.3: es una copia de los arts. 5 y 6.1 del Convenio.

Y el Anexo.4: es coincidente con el art. 10 del Convenio.

La única discrepancia entre ambos textos, es la contenida en el art 10 del Convenio en que se establece la exigencia de que *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 (...)* que entendemos que no es de aplicación al caso español pues los Tribunales de Justicia están facultados para anular la terminación y proponer la readmisión (opción en caso de improcedencia).

De este modo, el núcleo esencial de la presente litis que es la facultad de los Tribunales de Justicia de *ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada*, es común al art 24 de la CSE (Anexo 4) y al art. 10 del Convenio reiterado.

Sexto.- De este modo estamos en condiciones de concluir que *aunque el art. 24 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) revisada carece de vigencia formal en España, su texto, por excepción respecto del resto del articulado de la referida Carta, tiene vigencia material por formar parte del Convenio 158 de la OIT, que tiene vigencia formal y material.*

Todo el razonamiento anterior tiene por objeto concluir que tratándose de un mismo mandato material, la interpretación que el Comité Europeo de Derechos Social, Comité de Expertos Independientes instituido en virtud de lo establecido en el art. 25 de la Carta de 1961, efectúa del art. 24 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) revisada es trasladable al art. 10 y demás preceptos que acabamos de citar del Convenio 158 de la OIT. No parece razonable que un mismo texto material deba interpretarse de distinta manera con razón a su ubicación, en un mismo contexto.

En principio, nada nos impediría como órgano judicial nacional abordar por nuestros propios medios y siguiendo los criterios hermenéuticos legales la interpretación ex novo de la normativa internacional/nacional a aplicar. Pero creemos que, ante lo novedoso de nuestras conclusiones, hemos de apoyarnos en criterios de mayor autoridad. Nos referimos a las decisiones del citado Comité Europeo en aplicación del art. 24 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) revisada. Por otra parte, dichas decisiones constituyen la manifestación de las convicciones de la Comunidad jurídica europea, de la que formamos parte. Dos son las decisiones jurisprudenciales que estudiaremos:

En su Decisión adoptada en fecha 6 de Septiembre de 2016, notificada el 30 de Septiembre de 2016 y publicada el 31 de Enero de 2017, sobre admisibilidad y fondo de la Reclamación 106/2014 interpuesta por Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, estima la existencia de violación del art. 24 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961).

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

En dicha Decisión el Comité estima la reclamación con, entre otros, los siguientes Fundamentos:

1.- Ordinal 45: *El Comité recuerda que en virtud de la Carta, los asalariados despedidos sin motivo válido deben obtener una indemnización u otra reparación apropiada. Se consideran mecanismos indemnizatorios apropiados los que prevean:- el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y de la decisión del órgano revisor;- la posibilidad de readmisión y/o Indemnizaciones en cuantía suficientemente elevadas para disuadir al empleador y compensar el perjuicio sufrido por la víctima (Conclusiones 2012, Tuquía).*

2.- Ordinal 46: *Todo tope o limitación máxima que tenga por efecto que las indemnizaciones reconocidas no guarden relación con el perjuicio sufrido y no sean suficientemente disuasivas es, en principio, contrario a la Carta (...)*

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

Y más recientemente, el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha vuelto a ocupar de las cuestiones a que nos venimos refiriendo en su Decisión adoptada en fecha 11 de Septiembre de 2019, notificada el 10 de Octubre de 2019 y publicada el 11 de Febrero de 2020, sobre el Fondo de la Reclamación 158/2017 formulada por la Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contra Italia.

En esta reclamación el Sindicato demandante impugna la reforma laboral adoptada por el Gobierno del Sr. Don Carlos Francisco mediante Decreto Legislativo 23/2015 por violar el art. 24 de la Carta Social Europea con motivo de que el mecanismo compensatorio preestablecido previsto no permite a las víctimas de despidos ilegales obtener por la vía judicial interna una reparación adecuada con relación al perjuicio sufrido y disuasiva para los empleadores en la medida en que la indemnización está predeterminada (tasada) y topada y su monto está fijado de manera estrictamente automática en función del único criterio de la antigüedad en la prestación de servicios (y el salario). Este último extremo ha cambiado durante la tramitación de la reclamación al haberse producido el Fallo 194/2018 de la Corte Constitucional de Italia de fecha 26 de Septiembre de 2018 declarando inconstitucional por aplicación del art. 24 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) el inciso que establecía un *montante igual a dos mensualidades de la última remuneración de referencia a los fines del cálculo del importe TFR, por año de servicio.*

El Comité estima la existencia de vulneración del art. 24 por los Razonamientos que constan de los que nos permitimos destacar:

1.- Ordinal 85: *constata la pérdida de gravamen legitimador respecto de la denuncia sobre el carácter automático del cálculo del importe de las indemnizaciones con razón al Fallo del Tribunal Constitucional que permite de aquí en adelante al Juez tener en cuenta no solo el tiempo de prestación de servicios*

sino también otros elementos (número de asalariados, dimensiones de la Empresa, comportamiento y condiciones de las partes).

2.- Ordinal 87: *El Comité recuerda que en virtud de la Carta, los asalariados despedidos sin motivo válido deben obtener una indemnización u otra reparación apropiada. Se consideran mecanismos indemnizatorios apropiados los que prevean:- el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y de la decisión del órgano revisor;- la posibilidad de readmisión y/o Indemnizaciones en cuantía suficientemente elevadas para disuadir al empleador y compensar el perjuicio sufrido por la víctima (Finnish Society of Social Rights c. Finlande, reclamación núm. 106/2014, decisión sobre admisibilidad y fondo del 8 de Septiembre de 2016, ordinal 45; Conclusiones 2016, Bulgaria).*

3.- Ordinal 96.- *EL Comité recuerda que todo tope o límite máximo que tenga por efecto que las indemnizaciones reconocidas no guarden relación con el perjuicio sufrido y no sean suficientemente disuasivas es, en principio, contrario a la Carta, como así lo ha puesto de manifiesto, en cierta medida, la Corte Constitucional en su decisión núm. 194/2018. En caso de tope o límite máximo de las indemnizaciones acordadas en compensación del perjuicio material, la víctima debe poder demandar reparación por el perjuicio moral sufrido por otras vías de derecho y las jurisdicciones competentes, para acordar una indemnización por el perjuicio material y moral sufrido, deben pronunciarse en un plazo razonable (Finnish Society iof Social Rights c. Finlande, reclamación nº 106/2014, decision sobre la admisibilidad y fondo del asunto de 8 de Septiembre de 2016, ordinal 46; Conclusiones 2012, Eslovenia y Finlandia).*

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

5.- Ordinal 103.- *La vía judicial no tiene, por tanto, un verdadero efecto disuasor contra el despido ilegal en la medida en que, de una parte, el monto neto de la indemnización por daño material no es significativamente superior a la prevista en caso de conciliación y, de otra, la duración del procedimiento aprovecha al empleador, visto que la indemnización en cuestión no puede exceder las cuantías preestablecidas (topadas a 12, 24 o 36 mensualidades, según los casos, 6 para las pequeñas*

empresas) y la compensación con el paso del tiempo llega a ser inadecuada con relación al perjuicio sufrido. En cuanto a las vías de impugnación evocadas por el Gobierno, el Comité constata la ausencia de elementos concluyentes sobre el hecho de que permitan efectivamente obtener una indemnización complementaria de manera generalizada.

6.- Ordinal 104.- *A la vista de estos elementos, el Comité considera que ni las vías de derecho alternativas ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del tope previsto por la ley en vigor, ni el mecanismo de conciliación, tal como como está establecido en las normas impugnadas, no permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y de carácter disuasor del recurso a los despidos ilegales.*

(La traducción de los referidos textos ha sido hecha por el Juzgador a partir de la versión oficial francesa).

Séptimo.- Las referidas decisiones del CEDS no hacen sino ratificar las conclusiones expuestas desde esta sede judicial a propósito de la Reforma Laboral española producida por Real Decreto Ley 3/2012 de 10 de Febrero (LA LEY 1904/2012) y posterior Ley 3/2012 (LA LEY 12140/2012), con el mismo texto, en las Cuestiones de Constitucionalidad que tuvimos ocasión de plantear y que, en lo sustancial, y al margen de las circunstancias concretas de cada supuesto respondían a una sola motivación. Estas cuestiones de constitucionalidad no se limitaban a las novedades introducidas por la referida normativa sino que se referían al marco general instaurado desde el primer Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) de 1978. Y adquieren plena actualidad en este momento en que buena parte de sus tesis son ratificadas por el referido Comité Europeo.

Dichas cuestiones de constitucionalidad fueron inadmitidas de plano (i!) mediante Auto 43/2014 de 10 de Febrero de 2014 del Pleno del Tribunal Constitucional en que fue Ponente el Excmo. Sr. Don Enrique López López por ocho votos con los votos en contra de cuatro Magistrados, que formularon voto particular.

Recuperando los razonamientos de nuestro Auto de 23 de Enero de 2014, dictado en autos 814/2012 creemos que son reversibles a la vista de la doctrina comunitaria expresada y que si es incuestionable la *constitucionalidad* de la Reforma Laboral aprobada por RDL 3/2012 (LA LEY 1904/2012) y ley 3/2012 (LA LEY 12140/2012), por imperativo del principio de cosa juzgada, no menos es cierto que resta imprejuzgada la legalidad de dicha reforma y del cuadro normativo vigente confrontado con el

art. 10 y concordantes del Convenio 108 de la OIT e indirectamente con el 24 de la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961) revisada. Que es el objeto de esta resolución.

Al citado Auto corresponden los siguientes Fundamentos que exponemos para describir la violación en que incide nuestra normativa nacional interna respecto del art. 10 del Convenio la Carta Social Europea (LA LEY 55/1961), en los referencias al marco constitucional deben entenderse referidas al marco de legalidad ordinaria reiterado:

1.- *Con carácter previo ha de manifestarse que el art. 18, siete del RDL 3/2012 (LA LEY 1904/2012) modifica la redacción del art. 56,1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) para establecer como consecuencia legal de la calificación del despido como improcedente la opción empresarial entre la readmisión del trabajador despedido y 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. Por su parte, la Disposición transitoria quinta establece en su núm. 1 que la citada redacción "será de aplicación a los contratos suscritos a partir de la entrada en vigor del mismo". Y en su núm. 2 establece el sistema de cálculo para las relaciones formalizadas con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto -Ley, estableciendo un sistema de cálculo dual en que los periodos anteriores a la entrada en vigor general una indemnización de 45 días por año y los posteriores de 33 días por año estableciendo hasta tres topes máximos: 720 días, como límite legal ordinario; el superior que tuviere consolidado a fecha 12 de Febrero; y el de 42 mensualidades que opera como límite en última instancia y para todo caso, aunque obviamente sólo es posible que actúe como tal en el segundo supuesto.*

Ha de decirse que la norma viene a reducir de manera cuantitativamente significativa las indemnizaciones por despido improcedente que anteriormente estaban establecidas, como es sabido, en 45 días por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Pues bien, la norma de aplicación es arbitraria, a nuestro criterio, por cuatro consideraciones.

Lo es en primer término porque, continúa una tradición legal de indemnizaciones tasadas que actúan como máximo y mínimo, sin margen alguno para que por el Juez puedan fijarse de manera independiente y con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso, que se fijan en atención exclusiva a dos criterios (tiempo de prestación de servicios y salario).

Desde este punto de vista, ha de traerse a colación la doctrina constitucional sentada en Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de Junio de 2000 (LA LEY 134400/2000) núm. 181, y posteriores que sustentan el mismo criterio, relativas a la inconstitucionalidad parcial del Apartado B de la Tabla V del

Anexo de la Ley 30/1995 (LA LEY 3829/1995) (Baremo de Indemnizaciones por responsabilidad civil por Accidentes de Tráfico, anexo a la Ley de Ordenación del Contrato de Seguro). En ellas finalmente se declara que las indemnizaciones con arreglo a Baremo sólo son de aplicación a los supuestos de daños y perjuicios que proceden de responsabilidad objetiva, cuasi objetiva o por riesgo, sin concurrencia de dolo o culpa relevante; que concurriendo dolo o culpa relevante, el Juez no está vinculado por el Baremo porque la fijación de indemnizaciones está reservada a la función judicial, sin que pueda ser limitada legalmente; y que concurriendo dolo o culpa relevante lo procedente es la restitución íntegra o lo más próxima posible al equivalente a los daños y perjuicios sufridos sin límites legales en forma de Baremos o indemnizaciones tasadas [...].

Lo es, en segundo lugar, porque las indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de dolo o culpa relevante han de tomar en cuenta todos los criterios posibles que conduzcan al establecimiento de una justa o adecuada compensación. Se ha dicho que es arbitrario que se indemnice por esos dos criterios exclusivos cuando son infinitos los factores que pueden influir en una superior liquidación de los daños y perjuicios: no es lo mismo ser mayor, o ser joven, o ser mujer, o ser víctima de violencia, o no estar formado, o tener una profesión en recesión, o ser discapacitado, o tener familia numerosa, o tener hijos discapacitados, o estar enfermo o... Pues bien, todos esos factores, sólo pueden tomarse en cuenta en nuestro ordenamiento en el supuesto de indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales, en un significativo reconocimiento tácito del legislador de que las indemnizaciones por despido improcedente en los casos en que no concurre tal vulneración están por debajo de los perjuicios sufridos. Lo que carece de cualquier racionalidad dado que se traslada una parte de los daños y perjuicios a la víctima, en beneficio del victimario. [...]. Es relevante que el Convenio 158 de la OIT de 22 de Junio de 1982, ratificado por instrumento de 18 de Febrero de 1985 establece que las indemnizaciones por despido injustificado deben ser "adecuadas" (art. 10) concepto que no se satisface cuando el criterio de referencia es la avaricia empresarial o el criterio subjetivo de un Gobierno ya que la adecuación ha de referenciarse objetivamente respecto de los daños y perjuicios que un injusto e injustificado incumplimiento determina en el acreedor apreciados judicialmente. Por otra parte, el art. 12,1 de dicha Norma Internacional establece que las indemnizaciones por extinción injustificada se han de establecer "en función, entre otros, del tiempo de servicios y del monto del salario". Creemos interpretar que la fijación de indemnizaciones en función de esos dos exclusivos criterios, con olvido del inciso "entre otros", vulnera el claro tenor de la norma.

Lo es, en tercer lugar, porque reduce las cuantías sin referencia al único criterio válido que es el de equivalencia entre los daños y perjuicios sufridos por el trabajador injustamente despedido y la cuantía del resarcimiento. Es decir, si los daños y perjuicios derivados de responsabilidad civil contractual o

extracontractual cuando media dolo o culpa relevante han de ser compensados con tendencia a la integridad, la única posibilidad de reducción de la indemnización es la minoración de los daños y perjuicios sufridos en cada caso singularmente considerado. Las reducciones universales con eficacia general contradicen el carácter esencialmente causídico de las indemnizaciones por daños y perjuicios por responsabilidad dolosa o relevantemente culposa.

*Lo es, en cuarto y último lugar, que se nos ocurra, porque el sistema transitorio establecido en el Real Decreto Ley 3/2012 (LA LEY 1904/2012) raya en el absurdo: cómo explicar, sin incurrir en el cinismo más absoluto, que en la indemnización de un despido producido después de 12 de febrero de 2012 el mes anterior a ésta fecha se valore en 3,75 días mientras que el mes siguiente (hasta el 12 de Marzo de 2012) "valga" 2,75 días. ¿Qué relación guardan estas magnitudes con el *damnum emergens* o el *pretium doloris* de un trabajador despedido injustamente? Y aún más, ¿cómo explicar que aceptados, hipotéticamente, como criterios exclusivos de evaluación de los daños y perjuicios la antigüedad y el salario, a partir de un momento en que se ha atesorado una determinada antigüedad, la valoración de los daños y perjuicios se "congele" a una determinada fecha, que con las reformas además se adelanta de manera importante? O ¿qué ha sucedido que justifique que una determinada antigüedad que hasta ahora se compensaba adecuadamente, en el tenor de la norma, con hasta 42 mensualidades, ahora se pueda resarcir, con igual adecuación, con 24 mensualidades? [...].*

Y esto no lo desmiente el hecho de que "tradicionalmente" el sistema indemnizatorio haya consistido en indemnizaciones tasadas, pues esta continuidad histórica no aporta un ápice de legitimidad al sistema y es mera consecuencia de su falta de impugnación [...].

Más aún cuando el Derecho del Trabajo que se integra por compromisos múltiples y que integra una de las "patas" del Estado social de Derecho constituye una legislación especial que se sobrepone al ordenamiento general, lo que implica que tal legislación ha de mejorar éste. No es concebible un Derecho del trabajo, o al menos no lo era hasta ahora, que no pueda ser explicado como un ordenamiento protector, tuitivo del trabajador aunque como señalase DE LA VILLA GIL "la protección viene calculada, pues, constituye una inteligente inversión" al ser el precio establecido para mantener la estabilidad social, el orden establecido. Por tanto el límite del proceso de destrucción brutal de la legislación especial en que se inserta el RDL 3/2012 (LA LEY 1904/2012) tiene como umbral el ordenamiento civil no como ordenamiento subsidiario, que también lo es, sino como ordenamiento común que establece los umbrales mínimos de los derechos y obligaciones. Y para llegar a esa conclusión de minoración de derechos y de situarse por debajo del suelo que representa el ordenamiento común, han de emplearse los métodos comparatistas que elaboró la doctrina científica

italiana y ha hecho propios la doctrina judicial española. A este respecto, frente al método del "conglobamento" que implica la comparación global de los marcos normativos en presencia y al método de la acumulación o fraccionamiento de los marcos normativos, finalmente se ha optado, a partir de las construcciones de Cessari, por la comparación de institutos (aspectos particulares homogéneos), que se fundamenta en la inescindibilidad de los institutos y en la inescindibilidad de las cláusulas. La comparación de las consecuencias de un incumplimiento contractual doloso o culpable en el ordenamiento común y en el ordenamiento laboral especial evidencia un claro trato discriminatorio de origen clasista (art. 14 CE (LA LEY 2500/1978)) [...].

En definitiva, las indemnizaciones tasadas no pueden desempeñar otro papel que el de representar un criterio indemnizatorio subsidiario o un suelo reparador, que no puede obstar la adecuada satisfacción de los daños y perjuicios sufridos.

2.- *El precepto indicado [art. 18.8 del RDL 3/2012 (LA LEY 1904/2012)] da nueva redacción al apartado 56,2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) que queda redactado en términos de que sólo "en el supuesto que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación".*

Cuatro son las precisiones que hemos de hacer. La primera es que estamos ante despidos calificados como improcedentes y por tanto, injustos en los que concurre dolo o culpa relevante. La segunda, que la anterior redacción imponía el abono de los salarios de tramitación cualquiera que fuese el sentido de la opción, es decir, tanto si se optaba por la readmisión como si la opción se efectuaba por la indemnización. En tercer lugar que quien efectúa la opción resulta ser el empresario incumplidor, el autor del ilícito civil. Y finalmente, que los salarios de tramitación no son otra cosa que la concreción del lucro cesante del trabajador injustamente despedido y que, con generosidad para los empleadores, no se mide desde la fecha del despido hasta la fecha prevista de vencimiento del contrato sino sólo hasta la de readmisión, lo que puede entenderse como la justa contraprestación a la presunción de indefinición temporal del contrato de trabajo.

De esas precisiones se extraen sin dificultad una serie de conclusiones como son:

Que cabe la reproducción íntegra de lo que hemos dicho en el Epígrafe anterior sobre daños y perjuicios derivados de ilícito civil doloso o relevantemente culpable, pues incuestionablemente los salarios de tramitación forman parte de aquéllos, como forma concreta y particular del "lucrum cessans". Obviamente la exclusión de éstos en alguno o todos los supuestos mutila la íntegra o adecuada reparación de los daños y perjuicios sufridos, pues la afectación patrimonial del trabajador

que ve incumplido su contrato por las expresadas razones no sólo ha de comprender el daño emergente, sino además lo dejado de percibir por razón del incumplimiento y aún los daños morales.

Que la arbitrariedad se amplifica cuando sólo se suprimen en el supuesto de que el empleador opta por la indemnización. Porque es el empleador el que determina mediante el ejercicio de la opción la extensión de su propia responsabilidad civil ya que el contenido económico de cada una de las opciones resultan no equivalentes. Si opta por la readmisión, cumplimiento específico de la Sentencia declarativa de la improcedencia, habrá de satisfacer además los salarios de tramitación. Y si opta por la indemnización sustitutoria de la readmisión y por tanto equivalente, al menos en el papel, a la readmisión, no satisfará, sin embargo, los salarios de trámite. Arbitrariedad que resulta tanto más patente si tenemos en cuenta que ese carácter asimétrico de las consecuencias del despido improcedente según la opción ejercitada por el empleador implica una incentivación de la rescisión contractual indemnizada contra toda lógica y racionalidad, contra los declarados fines de promoción del empleo y, sobre todo, con relación con el art. 35 CE (LA LEY 2500/1978) que contiene un mandato "pro labore" o "pro contracto" que se ve vulnerado por la incentivación de la extinción contractual. Más aún, la asimetría de las consecuencias legales de la opción empresarial penan de manera agravada al trabajador pues éste es indemnizado en menor extensión, todavía, en los supuestos en que la opción le es más perjudicial (cuando el empresario opta por indemnizarle). A mayor perjuicio, menor reparación. Lo que ha motivado que en el Recurso de inconstitucionalidad promovido por los Grupos Parlamentarios Socialista y de IU se haya calificado el supuesto como "odioso".

Y se amplifica aún más esa arbitrariedad, si tenemos en cuenta que el art. 18, nueve del Real Decreto Ley cuando, al dar nueva redacción al art. 56,4 de la LET, incluye un inciso final del siguiente tenor con relación al despido improcedente de un trabajador que ostentase la condición de representante legal de los trabajadores o que fuese delegado sindical: "tanto si opta por la indemnización como si opta por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2". A la vista de este precepto resulta difícil concluir, desde el punto de vista hermenéutico, que el art. 56,2 de la LET en su nueva redacción subsuma o unifique los salarios de tramitación en la indemnización rescisoria cuando expresamente los conserva para el supuesto de despido improcedente de trabajador "ordinario" con opción por la readmisión o cuando expresamente los conserva respecto del despido improcedente de trabajador cualificado por la representación sindical y tanto para el supuesto de que opte por la readmisión o por la indemnización. Lo que ya era difícil pues, obviamente, resulta irracional pensar que una indemnización que se reduce cuantitativamente subsume en su seno un concepto que antes se satisfacía aparte. Ni que decir tiene que la nueva redacción del art. 56,4 LET resulta en verdad caprichosa ya que lo que constituye la garantía de los representantes de los trabajadores no es

el abono de los salarios de tramitación en el supuesto de que opten por la rescisión, sino precisamente la opción por la readmisión y su atribución al trabajador. Obviamente la causalidad de esta norma es ajena a la citada garantía.

Finalmente, el principio de integridad/adecuación indemnizatoria también resulta vulnerada en el supuesto en que el empleador opta por la readmisión, supuesto para el que su obligación reparatoria se contrae a la readmisión regular del trabajador en su puesto de trabajo y el abono, exclusivo, de los salarios dejados de percibir. Con el relevante olvido de que el despido ha podido producir daños (daño emergente y daños morales) en el ámbito personal, familiar y patrimonial del trabajador que no se comprenden en el lucro cesante que representan los salarios de trámite y que no son compensados en forma alguna. Esta infracompensación estimula, como así se constata en la instancia judicial, un incremento de los despidos/extinciones especulativos en que, ante la inexistencia de riesgo o el bajo coste de la intentona, se desarrollan prácticas experimentales por los empleadores de extinción de los contratos de trabajo. De manera que si "resulta bien" el empleador se deshace con un bajo costo del trabajador con gran antigüedad y si "no resulta bien" con igual bajo coste se le repone en su puesto de trabajo, para volver a intentarlo en mejores condiciones. En términos loteros, al empresario siempre le toca o el primer premio o el reintegro que le permite participar en el siguiente "sorteo", pero nunca pierde [...].

3.- *El fenómeno que acabamos de describir, al ser contemplado desde el prisma del derecho procesal y no del derecho material, nos conduce de manera que entendemos inexorable a la conclusión de que la nueva normativa infringe el art. 24 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) y en concreto los siguientes derechos que integran el derecho a la tutela judicial efectiva. En primer lugar la seguridad jurídica, en tanto que el trabajador se ve inmerso en un procedimiento judicial cuya finalización no puede prever. Insistimos no se trata ya de que ignore si va a ser indemnizado o readmitido, cuestión verdaderamente nimia a partir de la hora y el momento en que la Ley considera ambas formas de cumplimiento de la Sentencia como equivalentes, sino que ignora los conceptos por lo que va a ser indemnizado y la extensión de los mismos. En segundo lugar, porque como es fácil inferir, se produce una desigualdad esencial en el procedimiento y en la tutela que el Juez puede dispensar: el procedimiento está trucado, permítasenos la expresión en el sentido más objetivo del término, en la medida en que la Ley determina que sea el empresario (el condenado en la Sentencia de despido improcedente) el que determine, arbitrariamente, la extensión de su propia condena, algo verdaderamente insólito en nuestro ordenamiento. Más condena si opta por readmitir (salarios de tramitación incluidos) o menos condena si opta por indemnizar (salarios de tramitación excluidos). Entendemos que o bien no hay tutela judicial o, si pudiera entenderse existente, no es efectiva.*

4.- *El derecho al trabajo, se ha dicho por la Excm. Sala ante la que promovemos esta cuestión [Tribunal Constitucional], comprende tanto el derecho al trabajo en su faceta individual como colectiva y se extiende tanto al derecho a obtener un empleo digno como al derecho a conservar el puesto de trabajo, en sentido amplio, del que se disfrutare. Este derecho a la conservación entronca con la tradición jurídica española con arreglo a la cual el contrato de trabajo ha de tender a la estabilidad y permanencia (presunción de duración indefinida, resistencia a la extinción, admisión de largos períodos de suspensión, extinción causal, etc.). Manifestación indudable del principio "pro labore" ha de considerarse que nuestro ordenamiento venga considerando como eficacia ordinaria del despido calificado como improcedente la readmisión del trabajador despedido, sin perjuicio de la instrumentación de una opción a favor del empleador para sustituir dicha obligación por la de indemnizar en los términos legalmente establecidos. La norma cuestionada en nada altera formalmente este principio formal "pro labore" manteniendo la opción y el carácter primordial de la restitución al trabajo como obligación específica. De ello da buena cuenta la no modificación del art. 56,3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) en cuya virtud ante la falta de opción expresa del empresario se ha de entender que opta por la readmisión.*

Corroborando todo lo anterior la doctrina constitucional (por todas STC 22/1981 de 2 de Julio (LA LEY 187/1981)) que declara que el derecho al trabajo en su faceta individual comprende "el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo" y "a no ser despedido si no existe justa causa".

Todo ello en línea con los arts. 4, 9.1 y 10 del Convenio 158 de la OIT, ya citado, a cuyo tenor la extinción de un contrato laboral requiere de una "causa justificada relacionada con la capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio" (art. 4.1), la posibilidad de revisión de esa causa justificada por organismos neutrales (arts. 8 y 9) y la fijación de una indemnización "adecuada" (art. 10).

Así pues, estamos en condiciones de concluir que no sólo es tradicional, lógico y racional que la indemnización sea en nuestro ordenamiento laboral la segunda opción, la sustitutoria, sino que esto sucede así como consecuencia de ese derecho al trabajo que comprende la readmisión en el supuesto de que el despido hubiese sido declarado injustificado, la conservación y mantenimiento del empleo.

La norma cuestionada sin embargo viene a alterar de forma sustancial este orden al sentar una política legislativa favorecedora de la extinción contractual y de que la opción empresarial se decante por la rescisión indemnizada. Al penalizarse la opción "pro labore" -la readmisión- con la carga a cuenta del empresario de los salarios de tramitación (y su carga cotizatoria a la Seguridad Social) se ve desincentivada. Es más si se considera la importante diferencia indemnizatoria a cargo del empresario

en uno y otro supuesto, hemos de atrevernos a concluir que la opción readmisoria se va a convertir en, es ya una opción meramente formal, en el sentido antes empleado, irreal e ilusoria. Salvo en el supuesto de los despidos especulativos a que nos hemos referido más arriba [...]

Finalmente, no hay justificación objetiva y razonable del desproporcionado sacrificio del principio "pro labore" ni de la entronización de un "animus necandi" contractual que late en el subsuelo del Real Decreto Ley 3/2012 (LA LEY 1904/2012). No hay en toda la Exposición de Motivos del mismo explicación alguna de esta disparidad de tratamiento del despido disciplinario improcedente con opción por readmisión, ni de la derogación singular para este supuesto de los salarios de tramitación.

Octavo.- Forzoso nos parece concluir la nulidad de la normativa reguladora del despido improcedente en nuestro ordenamiento (art. 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) y concordantes) en tanto en cuanto a esa calificación deben remitirse todos los despidos injustos, ilegales, ilegítimos, abusivos o sin válida motivación, para los que nuestra legislación no reserva la calificación de procedentes y nulos. Y debe ser así por su falta de acomodación a lo dispuesto en los arts. 4, 9.1 y 10 del Convenio 158 de la OIT, jerárquicamente superiores.

Más concretamente, *las SSTC 28/1991, de 14 de febrero (LA LEY 1476-JF/0000) y 41/2002, de 25 de febrero (LA LEY 3025/2002) , que cito solamente a título de ejemplo entre otras muchas que sostienen idéntica conclusión, establecen expresamente que la colisión entre normas internas, incluso legales - salvo claro es la propia CE -, con las disposiciones de los Tratados Internacionales, incluso con las normas comunitarias, no es un problema de constitucionalidad, sino de conflicto de normas en el ámbito infraconstitucional que, en consecuencia, debe ser resuelto por los órganos judiciales ordinarios.*

El conflicto, pues, puede y debe resolverse por cualquier órgano judicial y debe hacerlo aplicando la norma de rango superior que, conforme al art. 96 CE (LA LEY 2500/1978) , es el Tratado Internacional.

Esto mismo es lo que ha de ocurrir si, vigente un Tratado internacional, se produjesen actuaciones normativas posteriores, incluso legislativas, que pudieran entrar en colisión con lo regulado en ese Tratado.

Los órganos judiciales a la vista del conflicto normativo deben resolverlo y aquí no se aplicaría la norma posterior, en este caso la interna, sino la jerárquicamente superior que es el Tratado Internacional pues esa es la posición que le concede la CE, salvo en la colisión con la propia CE (Íñigo: Constitución, Tratados Internacionales y Derecho del Trabajo).

Concluyendo:

- 1.- No cabe establecer una opción por la indemnización rescisoria o alternativamente la readmisión.
- 2.- No cabe que la Ley otorgue esa opción a las partes y menos aún al empleador incumplidor, esa es una facultad reservada a la jurisdicción.
- 3.- No cabe la exclusión de la readmisión como forma de reparación y menos que sea el empresario quien pueda excluirla.
- 4.- No cabe que, en los supuestos en que por la jurisdicción se acuerde la rescisión contractual, se excluyan los salarios de tramitación como lucro cesante o "pérdida financiera".
- 5.- No cabe excluir de la indemnización por despido improcedente la indemnización por daños morales sea cual sea el contenido rescisorio o readmisorio del resarcimiento.
- 7.- No cabe las indemnizaciones tasadas, de aplicación automática y, en particular, las que limitan los criterios de su fijación a salario y tiempo de trabajo. Deben poder contemplarse otros criterios, en calidad de "numerus apertus".
- 8.- No caben los topes o límites máximos en la cuantificación de las indemnizaciones que en todo caso deben ser proporcionales y adecuadas a los daños y perjuicios realmente sufridos por cualquier concepto: daño material o emergente, lucro cesante o dejado de percibir y daños morales.
- 9.- En la cuantificación de la indemnización deben tenerse en cuenta criterios que disuadan del recurso al despido improcedente (cláusula penitenciaría implícita).

De acuerdo con los expresados criterios, no procede conferir al empleador opción alguna, debe condenársele a la inmediata readmisión en las mismas condiciones vigentes con anterioridad y con abono de los salarios de tramitación y sus correspondientes intereses moratorios, reservando al trabajador por las especiales circunstancias de esta litis, la reserva de acciones para reclamar en esta jurisdicción la diferencia que pudiera corresponderle entre dichas indemnizaciones y el perjuicio efectivamente sufrido. Y debe establecerse una indemnización adicional de carácter disuasorio.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación, de acuerdo con las facultades y responsabilidad que me reconocen las leyes,

FALLO

que debo estimar la demanda interpuesta por DON Genaro contra GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCION Y SUPERMERCADOS SOCIEDAD ANONIMA, y, a su tenor, previa declaración de improcedencia debo condenar a la referida Mercantil a que readmita con carácter inmediato, en la mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido y con abono de los salarios dejados percibir con sus correspondientes intereses moratorios, reservando al actor las acciones correspondientes ante esta jurisdicción para reclamar la diferencia que pudiera corresponderle entre dichas indemnizaciones y el perjuicio efectivamente sufrido. Y en calidad de indemnización penitenciaría o disuasoria le satisfaga, además, DOS MIL QUINIENTOS EUROS.

Notifíquese la presente sentencia a las partes con la advertencia de que no es firme.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer RECURSO DE SUPPLICACIÓN ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual deberá anunciarse ante este Juzgado dentro de los CINCO DÍAS hábiles inmediatos a la notificación de esta resolución, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado o graduado social o su representante al hacerle la notificación de aquélla de su propósito de entablarlo, o bien por comparecencia, o por escrito de las partes, de su abogado o graduado, o de su representante dentro del plazo indicado.

Siendo requisitos necesarios, en caso de no tenerlos ya designados, que en dicho plazo se proceda al nombramiento de letrado o de graduado social colegiado, bien mediante comparecencia ante el propio Juzgado o por escrito.

Igualmente, será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante este Juzgado al tiempo de **anunciar** el recurso haber depositado 300 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS (LA LEY 19110/2011), y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 28007 0000 34 (número de procedimiento - cuatro cifras-) (y año de incoación del mismo -2 cifras-), que este Juzgado tiene abierto en el BANCO SANTANDER, OFICINA SITA EN LA CALLE Princesa nº 3, 1ª planta de esta Capital, o bien desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta del Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria de 20 dígitos (CCC) siguiente:

Clave entidad Clave sucursal D.C. Nº de cuenta 0049 3569 92 0005001274

I.B.A.N: ES55 0049 3569 92 0005001274

2. En el campo ORDENANTE, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma.

3. En el campo BENEFICIARIO, se identificará al Juzgado o tribunal que ordena el ingreso (Juzgado Social nº 34 de Madrid).

4. En el campo OBSERVACIONES o CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA, se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento. **MUY IMPORTANTE** : estos 16 dígitos correspondientes al procedimiento tienen que consignarse en un solo bloque: **2807 0000 34 XXXX** (número de procedimiento, cuatro cifras) **XX** (año de incoación del mismo, 2 cifras). Es importante que este bloque de 16 dígitos esté separado de lo que se ponga en el resto del campo por espacios. **Si no se consignan estos dieciséis dígitos o se escriben erróneamente, la transferencia será repelida por imposibilidad de identificación del expediente judicial y será devuelta a origen.** Pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S.).

Por esta Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.