



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA
SECRETARÍA SRA. FREIRE CORZO

(-FF-)

PLAZA DE GALICIA S/N
15071 A CORUÑA
Tfno: 981-184 845/959/939
Fax: 881-881133/981184853
Correo electrónico:
NIG: 15030 44 4 2020 0003635
Equipo/usuario: MF
Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002007 /2021

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000586 /2020
Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

JDO. DE LO SOCIAL nº 005 de A CORUÑA

RECURRENTE/S D/ña

ABOGADO/A: JOSE CARLOS BOUZA FERNANDEZ, CATARINA CAPEANS AMENEDO

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

RECURRIDO/S D/ña:

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMA. SRA. D^a ROSA MARIA RODRIGUEZ RODRIGUEZ

ILMA. SRA. D^a PILAR YEBRA-PIMENTEL VILAR

ILMA. SRA. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS

En A CORUÑA, a veintiuno de junio de dos mil veintiuno.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY
Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE
EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0002007/2021, formalizado por LA LETRADA DOÑA CATARINA CAPEÁNS AMENEDO, en nombre y representación de DOÑA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, contra la sentencia dictada por EL XDO. DO SOCIAL N. 5 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000586/2020, seguidos a instancia de DOÑA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX frente a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX con la intervención del MINISTERIO FISCAL, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D^a RAQUEL NAVEIRO SANTOS.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a XXXXXXXXXXXX presentó demanda contra XXXXXXXXXXXXX,S.L., con la intervención del MINISTERIO FISCAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha tres de diciembre de dos mil veinte.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: **Primero.-** La demandante D^a. XXXXXXXXX, prestó servicios para la entidad XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S.L., en virtud de contrato de completo, desde el 3 de abril de 2.017, categoría profesional "asistente prod. Manager", y por lo que percibía un salario bruto mensual a razón de 1.265 € con inclusión de parte proporcional de pagas extras. D^a. XXXXXXXXXXXXX, y XXXXXXXXXXXXX S.L., suscribieron "pacto de confidencialidad, no competencia y exclusividad" el 3 de abril de 2.017, por lo que percibía "plus de no concurrencia" a razón de 110 € mensuales. **Segundo.-** El 30 de junio de 2.020, le fue comunicado a D^a. XXXXXXXXXXXXXXXX, por su empleadora XXXXXXXXXXXXXXXX S.L., despido por causas objetivas, cuyo tenor literal damos por reproducido - documento n° 1 parte demandada y n° 4 parte actora-, con fecha de efectos del 1 de julio de 2.020, siéndole abonada indemnización a medio de transferencia, por importe de 2.777,88 €. **Tercero.-** La entidad XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S.L., esta de alta en la actividad de "comercio mayor juguetes y artículos de deporte, artículos papelería y escritorio", con centros de trabajo en Viveiro - Lugo y A Coruña (Polígono de Pocomaco), siendo en este último donde prestaba servicios D^a. XXXXXXXXXXXXXXXX, en concreto en el Departamento de "Compras", junto con D^a. XXXXXXXXX y bajo la supervisión de D^a. XXXXXXXXXXXXXXXX, con la que inicialmente acudían a las reuniones con proveedores para gestionar su inclusión en sus servicios, debiendo de ser ratificadas sus decisiones por los responsables de departamento, siendo quien tomaba las decisiones comerciales el director de la entidad, al que debía comunicar los resultados de sus reuniones. Realizaban "asistencia remota a proveedores, selección de productos, descripción para la venta on line, ..", siendo apoyadas por otros departamentos para la emisión de facturas, sin que tuviesen capacidad para la negociación de precios. **Cuarto.-** D^a. XXXXXXXXXXXXXXXX, cuenta con el título de "Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración" por la Universidad de Santiago de



ADMINISTRACION DE JUSTICIA



ADMINISTRACION DE XUSTIZIA

Compostela, así como "MBA relaciones internacionales y comercio exterior" .**Quinto.-** D^a. XXXXXXXXXXXXXXX, inició proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común el 24 de abril de 2.020, calificado como de duración estimada "corta" hasta el parte de confirmación emitido el 26 de junio de 2.020, en que fue calificado como "largo". **Sexto.-** La entidad XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S.L., presentó los siguientes resultados por trimestres:

	2º Trimestre	3º Trimestre	4º Trimestre
2018	845.499,74 €	954.799,14€	1.275.765,61€
2019	835.428,46€	942.021,04€	1.116.189,98€

En las cuentas anuales de los años 2.017 a 2.019 los datos de resultado de ejercicio e importe neto de la cifra de negocios son los siguientes:

	2017	2018	2019
Importe neto	3.593.915,67€	3.197.200,67€	2.971.693,71€
Resultado ejercicio	60.190,77€	51.145,54€	63.851,34€

Siendo los provisionales a junio de 2020 a razón de 2.400.000€. **Séptimo.-** La entidad XXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXX XXXXXXXX S.L., concertó con la entidad XXXXXXXXXXXXXXX S.L.", en julio de 2.020, para ejecutar "plan de acción estratégica, táctica y operativa", que tiene incidencia en el Departamento de Producto y Compras, y en concreto en "optimación de los procesos de reaprovisionamiento de proveedores", "simplificación proceso de comparas..", "automatización subida línea información" y otras cuestiones. **Octavo.-** La dirección de XXXXXXXXXXXXXXX S.L., remitió correo electrónico al Letrado Sr. Bouza Fernández el 17 de junio de 2.020, con la finalidad de ir preparando carta de despido. **Noveno.-** El trabajador no ostenta ni han ostentado en el último año la condición de delegada de personal ni miembros de comité de empresa, ni representante sindical. **Décimo.-** Con fecha 17 de agosto de 2.020, se celebró acto de conciliación previa ante el SMAC, según papeleta de conciliación presentada el 28 de junio de 2.020, frente a la demandada con el resultado de intentado sin avenencia.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo **DESESTIMAR y DESESTIMO** la demanda que en materia de DESPIDO ha sido interpuesta por D^a. XXXXXXXXXXXXXXX, contra la entidad XXXXXXXXXXXXXXX, S.L. **debo declarar y declaro** PROCEDENTE el despido que la demandante ha sido objeto con efectos de 1 de julio de 2.020, **condenando** a la entidad XXXXXXXXXXXXXXX, S.L., al abono de la diferencia por INDEMNIZACIÓN por despido objetivo a razón

de **641,72 €** a D^a. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. En fecha veinte de enero de dos mil veintiuno se dicta Auto Aclaratorio cuya parte dispositiva es la siguiente: "**RECTIFICAR** el error de transcripción, contenido en la Sentencia de fecha de tres de diciembre de dos mil veinte, dictada en los presentes autos y así donde dice 641,72 € ha de decir 605 €, tanto en el último párrafo del Fundamento de Derecho Tercero y Fallo, que quedarán redactados de este modo, manteniéndose íntegramente los restantes pronunciamientos".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por DOÑA XXXXXXXXXXXXX y XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX,S.L. (ALCO), formalizándolo posteriormente. El primero de ellos fue impugnado de adverso.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social NÚMERO CINCO DE A CORUÑA de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha DIECISEIS DE ABRIL DE DOS MIL VEINTIUNO.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora DÑA XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, presenta demanda de despido en la que solicita que se declare la nulidad del mismo por vulneración de derechos fundamentales, así como por otros motivos que invoca o subsidiariamente la improcedencia.

La sentencia de instancia determina que el Convenio Colectivo de aplicación es el Convenio Colectivo de Comercio Vario de la provincia de A Coruña , correspondiéndole dentro del mismo la categoría de oficial administrativa.

Rechaza la pretensión relativa a la nulidad del despido, y así , por un lado no aprecia discriminación por discapacidad por el hecho de que estuviera en situación de incapacidad temporal en el momento de ser despedida, y tampoco aprecia la nulidad del despido por haberse procedido a un despido por causas económicas y organizativas en vez de haberse acudido a un ERTE en los términos previstos en el RD 9/2020 de 27 de marzo en relación con el RD 8/2020 de 17 de marzo.

En lo que se refiere a la improcedencia rechaza la misma tanto por motivos formales como de fondo. En cuanto a los primeros resuelve que la comunicación extintiva escrita es suficiente, y que se cumple con la puesta a disposición al existir un error excusable ya que el cálculo se realiza en atención a un salario y categoría no discutida hasta ese



momento. Y en cuanto al fondo entiende que concurre la causa económica alegada. Por lo tanto desestima la demanda declarando la procedencia del despido objetivo si bien condena a la demanda al abono de la diferencia por indemnización por despido objetivo que fija(en importe corregido en auto de aclaración) en 605 euros.

Frente a dicho pronunciamiento se alzan ambas partes.

La parte actora parte actora para solicitar la íntegra estimación de la demanda interpuesta.

La empresa demandada para que se revoque la sentencia de instancia en lo que afecta al Convenio Colectivo ; este recurso ha sido impugnado por la representación de la trabajadora, quien solicita su desestimación.

SEGUNDO.- Ambas recurrente solicitan modificaciones fácticas, pretensiones que hemos de entrar a resolver en primer lugar y en atención a doctrina que establece que el recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de una segunda instancia, sino que resulta ser- SSTC 18/1993 - de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada en autos. Tal naturaleza se plasma en el art. 193 de la LRJS cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin el art. . 97.2 LRJS .

Y esta atribución de la competencia valorativa a la Magistrada a quo es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error de la Juzgadora «a quo».

Esta naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación a la que hemos hecho referencia anteriormente supone que los hechos declarados como probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación si concurren las siguientes circunstancias:

a) Que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) Que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas. Así las cosas a los efectos modificativos del relato de hechos siempre sean rechazables los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente hasta el punto de que -precisamente- se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte.

c) Que carecen de toda virtualidad revisoria las pruebas de interrogatorio de parte y el interrogatorio de testigos.

d) Que la convicción del Juzgador ha de obtenerse a través de la prueba practicada en el correspondiente procedimiento y no viene determinada-vinculadamente- por las conclusiones deducidas por el mismo u otro órgano jurisdiccional en procedimiento diverso y dotado de diferente prueba, por lo que -salvo los efectos de la litispendencia y cosa juzgada-no trascienden a procesos ajenos las declaraciones fácticas llevadas a cabo en una determinada sentencia.

e) Que el recurrente ha de ofrecer el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

f) Que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

g) Que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Partiendo de tales premisas resolveremos cada una de las revisiones solicitadas en atención al número de orden del hecho probado cuya revisión se solicita.

La empresa solicita la modificación del hecho probado tercero para que quede redactado con el siguiente contenido:

"Tercero.- La entidad XXXXXXXX XXXXXXXXXX S.L. , está de alta en la actividad de "comercio mayor juguetes y artículos de deporte , artículos paquetería y escritorio" , con centros de trabajo en Viveiro-Lugo , donde se encuentra la oficina comercial y almacén de la empresa donde se produce la actividad comercial y almacén de la empresa donde se produce la actividad comercial de la compañía al producirse la entrega y envío de productos a sus



clientes ; y A Coruña (Polígono de Pocomaco), donde se encuentra la Dirección General y Compras y Departamento de atención al cliente , siendo este último donde prestaba servicios Dña. XXXXXXXXXXXXX , en concreto en el Departamento de "Compras" , junto con D^a XXXXXXXXXXXXX y bajo la supervisión de D^a XXXXXXXXXXXXX, con la que inicialmente acudía a las reuniones con proveedores para gestionar su inclusión en sus servicios , debiendo de ser ratificados sus decisiones por los responsables de departamento ,siendo quien tomaba las decisiones el director de la entidad, al que debían comunicar los resultados de sus reuniones . Realizaban "asistencia remota a proveedores , selección de productos , descripción para la venta on line ,..." siendo apoyadas por otros departamentos para la emisión de facturas , sin que tuviesen capacidad para la negociación de precios"

Apoya la redacción en el documento nº 9 de los de demandada (folio 113 a 126), sentencias del Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña y del TSJ de Galicia en relación a un proceso planteado por un compañera, de cuyo contenido se desprende que la actividad realizada en los centros de Viveiro (Lugo) y A Coruña son totalmente diferentes. La parte actora se opone señalando que el documento al que se remite la recurrente no es literosuficiente y que además la modificación no tiene relevancia para el fallo.

La modificación no se admite y ello porque el documento en el que se apoya no es hábil a efectos revisorios, y para ello nos remitimos al requisito d) de los anteriormente enunciados. Respecto de la sentencia a las que se nos remite no concurren ni litispendencia ni eficacia de cosa juzgada, y la conclusión a la que se llegó en ese momento, lo fue en virtud de la prueba practicada en dicho juicio. Han de tenerse en consideración varias cuestiones; por un lado la diferencia temporal entre uno y otro pleito, ya que en el que indica la empresa se resuelve en relación con la situación existente en el año 2007, y ahora se enjuicia una situación del año 2020 en donde el panorama relativo a los negocios de compraventa se ha modificado totalmente, sobre todo si tenemos en cuenta el tema en el que incide la sentencia de instancia: el comercio electrónico; por otro lado en el proceso precedente no se consiguió acreditar la venta directa en la exposición , esto es venta física a terceros , mientras que en el proceso actual sí se ha conseguido acreditar que en el centro de trabajo de A Coruña se realizan operaciones de comercio electrónico así como las compras a los proveedores para proceder a la ulterior venta; finalmente no podemos desconocer la propia carta de despido en donde se alega precisamente como motivo para amortizar el puesto de trabajo de la actora la digitalización de tareas de compras , lo que requerirá menos personas en la ejecución de esas tareas en el seno del

departamento en el que ella se encuentra. Es cierto que la sentencia de instancia no considera acreditada esta causa en la medida que no ha considerado probado la "automatización de procesos de compras" en tal forma que justifique la amortización realizada, pero tal conclusión judicial no contradice lo anterior, ya que lo que considera que no se ha probado es la "automatización del proceso", no que no se efectúen compras.

Por lo tanto este motivo de revisión no se admite.

La parte actora solicita la modificación del hecho probado quinto para que quede redactado con el siguiente contenido:

"D^a XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX inició proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común el 24 de abril de 2020 calificado como de duración estimada "corta" hasta el parte de confirmación de 15.5.20 emitido el 15 de mayo de 2020 en el que fue calificado como "medio " y luego el parte de confirmación emitido el 26 de junio de 2020 29 de mayo de 2020 en fue calificado como largo" .

Apoya la redacción en la prueba documental n°6 del ramo de la actora (folios 185 y 186), partes de baja médica, señalando que de su contenido se desprende el error cometido por la Jueza a quo en cuanto al parte de confirmación en el que se califica el proceso como "largo".

Se admite la modificación propuesta porque efectivamente se desprende que es en ese tercer parte de confirmación en donde se califica el proceso como "longo" (largo) con una duración estimada de 64 días y fijándose la fecha de revisión médica en el 26 de junio de 2020.

TERCERO.- Una vez establecido el relato de hechos probados entraremos en los motivos de recurso con sustento en el art. 193 c) de la LRJS comenzando por el formulado por la empresa , quien alega la infracción del art. 1 del Convenio Colectivo de Comercio Vario de la Provincial de A Coruña, en relación con el art. 217.2 de la LEC.

Entiende la recurrente que la Juzgadora al valorar la prueba, en concreto el documento 12 del reamo de la prueba de la demandada, llega a una conclusión errónea puesto que presume que realiza funciones de comercio electrónico, como por ejemplo la subida de productos a Amazon, cuando no es así ; de nuevo se remite a la sentencia dictada en el pleito precedente señalando que esa es la operativa real de los centros de trabajo de la empresa.

La actora se opone señalando que la valoración de la prueba practicada le corresponde a la Juzgadora de instancia y que la parte ha aportado prueba suficiente (documental y testifical) que acredita la actividad real del centro de trabajo de A Coruña.



El motivo no prospera puesto que realmente lo que cuestiona la recurrente es la valoración de la prueba que realiza la Magistrada de instancia, discrepando las conclusiones y tratando de que por la Sala se reinterprete tal valoración sobre todo con apoyo en un documento en concreto, pretensión que no es factible

Al respecto ha de recordarse como ya ha indicado otras veces esta Sala que la actual doctrina jurisprudencial es unánime a la hora de negar la posibilidad de que en trámite del presente recurso se pueda alegar la infracción del art. 217 LEC ya que no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba, sino simplemente regula la distribución de su carga. No se trata, por ello, de que se hubiera infringido o inaplicado tal precepto, sino de si el juzgador de instancia ha apreciado las pruebas conforme lo que previene el artículo 97.2 de la LRJS , para cuyo caso debería de haberse apoyado en alguna revisión a que se refiere el artículo 193.b) de la LRJS . La doctrina de los Tribunales tan sólo admite una excepción, y es la de que la indicada norma sobre el onus probandi hubiese sido el único apoyo positivo utilizado en la sentencia impugnada para fundamentar el sentido de la parte dispositiva, atribuyendo aquella carga a quien no correspondía la obligación de soportarla, lo que no ocurre en el caso de autos, puesto que es la actora a quien le corresponde probar, como hecho en la que sustenta su pretensión , cual es la actividad que realizaba en el centro de trabajo de A Coruña, circunstancias que la sentencia considera probadas y no solo en base al documento nº 12 de la parte demandada, sino también - como consta expresamente recogido en el fundamento de derecho primero- con apoyo en prueba testifical , informes emitidos por la AEAT en relación con actividades de la empresa , así como los documentos 7,8,9 y 10 de los aportados por la actora.

Y tal conclusión no infringe el art. 217 LEC , y así ha de recordarse que en nuestro sistema procesal se atribuye al Juzgador de instancia la apreciación de los elementos de convicción- concepto más amplio que el de medios de prueba- para fijar una verdad procesal que sea lo más próxima posible a la real, para lo que ha de valorar, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la practicada en autos, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorga el artículo 97.2 de la LRJS ; así lo ha declarado de forma reiterada el Tribunal Supremo y en la misma medida se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencia 81/88 de 28 de abril señalando que el Juez de lo Social incardina unos hechos en las previsiones legales, reiterando que la carga de la prueba de los hechos corresponde a las partes, mientras que al Juez corresponde la determinación de los hechos probados, decidiendo "en conciencia y mediante una valoración conjunta".

Ello implica , atendiendo a la especial naturaleza del Recurso de Suplicación, que el Tribunal Superior no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba sino realizar un control de la legalidad de la Sentencia recurrida en la medida que le sea pedido y sólo de excepcional manera puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas con base en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error de aquel juzgador cuya facultad de apreciación no puede ser desvirtuada por valoraciones distintas o conclusiones diversas de parte interesada.

En definitiva, que no se aprecia la infracción denunciada del art. 217.2 de la LEC, que debe de primar la conclusión judicial en relación con este punto y que se concreta en el hecho probado tercero de la sentencia de instancia en donde se describe la realización de actividades que entran en el artículo 1 del Convenio Colectivo de Comercio Vario de la Provincia de A Coruña 2016-2019 el cual concreta su ámbito de aplicación de la siguiente forma: *" El presente convenio será de aplicación para todas las empresas y el personal trabajador de la PROVINCIA DE A CORUÑA dedicadas al Comercio, dentro de las actividades de Comercio en cualquiera de sus modalidades (mayor, menor, etc.) de productos de material eléctrico, electrónico e informático, comercio de todo tipo de maquinaria, comercio de materiales de construcción, pinturas, barnices, material de saneamiento y material de decoración, comercio de máquinas, accesorios y útiles agrícolas, incluidos tractores, repuestos y accesorios de vehículos de motor, alquiler de maquinaria, accesorios y útiles agrícolas de vehículos a motor, comercio de relojes, joyería y platería, comercio de vehículos a motor, motocicletas ciclomotores, bicicletas, comercio de textil, comercio de piel y, en general, a todas aquellas empresas que dentro de la actividad del comercio no estén encuadradas en el ámbito funcional de otro Convenio de Sector o empresa y, siempre que estas condiciones superen globalmente las aquí pactadas"*

Finalmente señalar, en cuanto a la cita de lo resuelto en el pleito precedente, lo que argumentamos ut supra; se trata de examinar una situación muy distante en el tiempo y que no puede ser automáticamente trasladable a la situación actual.

CUARTO.- Entraremos a conocer a continuación el recurso formulado por la parte actora en lo que se refiere a los motivos de infracción jurídica con sustento en el art. 193 c) de la LRJS.



En el segundo motivo de recurso peticona la nulidad del despido acumulando, de forma indebida dos pretensiones , ya que una de ellas - la relativa a la nulidad por discriminación por razón de discapacidad- supone la invocación de vulneración de derechos fundamentales, mientras que la segunda- la relativa a un despido sin causa por imperativo legal- ha de ser examinada desde el punto de vista de la mera legalidad ordinaria.

Comenzaremos por la cuestión de la nulidad del despido por discriminación por discapacidad, invocando a tal efecto el art. 2.2. de la Directiva 2000/78 en relación con la Ley de Igualdad 3/2008 y STJUE caso Daoudí de 1 de diciembre de 2016 (asunto C- 395/2015) así como la Chacón Navas de 11 de julio de 2006 , (asunto C- 13/05), y sentencias variadas de dicho Tribunal en relación con la discriminación en relación con otros posibles motivos. La actora alega , en esencia, que en el momento en el que se la despide está en situación de IT que había sido ya calificada como "larga" en dicha fecha, por lo que sería asimilables a una situación de discapacidad.

Como señala la propia recurrente situación de IT y de discapacidad no son absolutamente equiparables, siendo reiterada la jurisprudencia que establece , con cita del art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en relación con el art. 2.2 de la Directiva 2000/78 que el hecho de encontrarse una persona trabajadora en situación de incapacidad temporal, de duración incierta, signifique, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de duradera a los efectos de apreciar la existencia de discapacidad, aunque sí es un indicio de tal carácter duradero, en particular, el que en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad de la persona interesada no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha discapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de esa persona, debiendo el órgano judicial basarse, en orden a comprobar ese carácter duradero, en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular en documentos y certificados relativos a esa persona, resultado de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales (STJUE 11/04/2013, Caso Ring y Skouboe Werge, C-335/11 y C337/11; STJUE 18/12/2017, Caso FAO, C-354/13; STJUE 01/12/2016, Caso Daoudi, C-395/15).

Así se ha señalado de forma reiterada por nuestro Tribunal Supremo, pudiendo citarse entre las más recientes la STS de 15 de septiembre de 2020, rec. 3387/2017, o la 22 de mayo de 2020, rcud 2684/2017, señalando esta última " Como acertadamente razona la sentencia recurrida, que toma en consideración la propia STJUE Daouidi, la situación de IT no puede servir para llevar a considerar al trabajador como

afecto de una discapacidad como factor de protección frente a la discriminación. Hemos, pues, de desentrañar si esta consideración de la Sala de suplicación se ajusta a Derecho y si, en definitiva, con su conclusión pudiera estar contradiciendo la doctrina del TJUE.

En la sentencia de contraste el Tribunal de la Unión recogía lo que ya había afirmado en la STJUE de 11 abril 2013, HK Danmark ("Ring y Werge"), C-335/11 y 337-11, en la que había perfilado el concepto de discapacidad como factor protegido frente a la discriminación. Por vez primera el TJUE señalaba que, tras la Decisión 2010/48 de la Unión Europea (UE) que aprobó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, dicha Convención forma ahora parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE.

El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Por consiguiente, la Directiva 2000/78, que carece de una definición de discapacidad, debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Era ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.

Ello supone que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad "comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración".

A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo ha hecho en las STJUE de 18 marzo 2014, Z, C-363/12; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; 1 diciembre 2016, Daouidi, C-395/15; 9 marzo 2017, Milkova, C-406/15; 18 enero 2018, Ruiz Conejero, C-270/16; y 11 septiembre 2019, DW, C-397/18.



Esta Sala IV del Tribunal Supremo asumió la doctrina de la STJUE "Ring" en la STS/4ª de 3 mayo 2016 (rcud. 3348/2014) y ha acudido a la que se desarrolla en la STJUE Daouidi en ocasiones posteriores (STS/4ª de 22 febrero 2018 -rcud. 160/2016-, 15 marzo 2018 -rcud. 2766/2016- y 29 marzo 2019 -rcud. 1784/2017-).

Pues bien, para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacitado del trabajador demandante. Y llegados a este punto los únicos datos de que se dispone son los de la existencia de dos periodos de incapacidad temporal en los que incurrió en los tres meses anteriores al despido, sin que conste las circunstancias o causas de las bajas. Se hace extremadamente difícil deducir de ello que en, efecto, nos encontremos ante una situación de "dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores", por más que conste una ulterior declaración de incapacidad permanente total del actor. Las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social.

No cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente. Para que el despido pueda ser calificado de nulo, por discriminatorio, es preciso que dicho trabajador sufra algún tipo de discapacidad en los términos expresados en la definición antes transcrita."

En el caso de autos no parece tampoco que nos encontremos ante esa situación equiparable con la discapacidad sin que pueda dejarse sin efecto el pronunciamiento de instancia por el hecho de que en el momento del despido ya constase en el parte de confirmación que la previsión de la baja iba a ser larga, ya que nos encontramos ante un periodo de IT previo al despido (que es el que hay que tener en consideración) muy similar (incluso menor en un mes) al examinado en la sentencia del TS que acabamos de citar , ni concurren circunstancias específicas (tipo de dolencia, bajas preexistentes por la misma causa, etc) que constituyeran una apariencia razonable de discapacidad. Por lo tanto este motivo se rechaza.

En cuanto al otro motivo de nulidad, como hemos señalado, es de mera legalidad ordinaria y lo examinaremos conjuntamente con el motivo de improcedencia que se argumenta en relación con esta misma cuestión.

QUINTO. - En el siguiente motivo, la actora recurrente alega la infracción del art. 22 del ET relativa a la clasificación profesional. Señala que la Magistrada de instancia se confunde al equiparar la categoría profesional de asistente prod. manager a la categoría de oficial administrativa del Convenio Colectivo de Comercio Vario. Señala que el termino asistente prod. manager es un término anglosajón que traducido significa adjunto a dirección y que, como tal, realiza una serie de funciones que la recurrente enumera en su motivo .

El motivo no prospera ya que no tiene sustento en el at. 22 del ET, precepto que tanto en lo que se refiere a la clasificación desde el punto de vista colectivo, como desde el punto de vista individual, se atiene a la funciones concretas de cada grupo y/o categoría profesional. Por lo tanto no podemos partir de definiciones genéricas de una determinada categoría , máxime si no tiene encuadre en el convenio colectivo de aplicación; hemos de partir de las tareas que efectivamente realiza la trabajadora que discute su encuadramiento, y en este caso tales funciones, como se desprende del hecho probado tercero de la sentencia de instancia, se encuadran en la oficial administrativa porque si bien superan las labores administrativas básicas, no las realizaba con la suficiente autonomía e independencia como para encuadrarla en un nivel superior, sin que el hecho de disponer de titulación universitaria, o incluso haber suscrito un pacto de no competencia post- contractual puedan modificar esta conclusión.

SEXTO.- Entramos ya en el último motivo de recurso , en donde la actora discute la declaración de procedencia del despido objetivo, tanto por motivos de fondo como por motivos de forma.

Alega al respecto la infracción de los art. 52 y 53 del ET, si bien en respecto a las causas económicas invoca también la infracción del art. 2 del RD Ley 9/2020 pretendiendo la nulidad - como antes indicamos- por esta causa, y de forma subsidiaria la improcedencia.

Resolveremos las alegaciones teniendo en consideración como criterios generales que :

1º.- El art. 52.c) del ET determina el contrato de trabajo podrá extinguirse "Cuando concorra alguna de las causas previstas en el art. 51.1 y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. A su vez el art. 51.1 del ET recoge en su apartado c) que esas causas pueden ser económicas, organizativas, técnicas y de producción, concretando que "Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la



existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

2º.- Que para declarar la procedencia del despido objetivo individual no solo han de cumplirse los requisitos formales previstos en el art. 53 del ET sino que ha de acreditarse la realidad de la causa invocada y la proporcionalidad de la misma con respecto al trabajador cuyo contrato de trabajo se extingue ; esta es la doctrina mantenida por esta Sala de Suplicación (STSJ de Galicia de 18 de diciembre de 2013 rec 3304/2013,, 19 de diciembre de 2009 , rsu 3306/2013 con invocación del art. 4 del con Convenio 158 OIT) y STS de 15 de abril de 2014, rec 136/2013 , o la de 25 de junio de 2014, rec, 165/2013

3º- Que el término amortizar en el sentido del art. 52.c) del ET quiere decir suprimir o reducir el volumen de trabajo por cuenta ajena disponible en una unidad productiva. Así lo ha indicado esta Sala (rsu 4835/2016 sentencia de 27 de febrero de 2017), y con apoyo a la interpretación realizada de dicho concepto por el Tribunal Supremo (STS 28-2-2012, rec. 4139/2010) que indica que su significado es : "... el de supresión de una plaza innecesaria analizado en la citada STS/IV 12- marzo- 2002 (rcud 1223/2001)" y en el Diccionario de la RAE que recoge que una de las acepciones de la palabra "amortizar" es la de "Suprimir, por considerarlos innecesarios, empleos o plazas vacantes en una institución pública o empresa privada.

4º.- Que la modificación operada por RD Ley 3/12, ulteriormente convalidado por la Ley 3/12 (aplicable a las extinciones contractuales producidas a partir del 14 de Febrero de 2012), supone una flexibilización en el concepto de las causas que autorizan la adopción de las medidas de tal naturaleza, como una atenuación y suavización del requisito de la conexión de funcionalidad de la medida extintiva con el objetivo al que la misma se endereza, pero ello no lleva aparejado que se haya eliminado la exigencia de que la medida extintiva resulte razonable para cumplir la función para la que legalmente está concebida , requisito que se mantiene así

como su sometimiento al control judicial. Así lo ha señalado de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo pudiendo citarse entre las más recientes la STS de 26 de junio de 2020 rec 4405/2017 ,con cita de precedentes que recuerda " hemos precisado que, si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa "idoneidad" de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su "oportunidad" en términos de gestión empresarial (STS/4 de 2 de septiembre .2017, rec. 2562/2015, STS/4ª de 27 enero 2014 -rec. 100/2013- y STS/4ª/Pleno de 15 abril 2014 -rec. 136/2013-, 23 septiembre 2014 -rec. 231/2013-, 20 abril 2016 -rec. 105/2015- y 20 julio 2016 -rec. 303/2014-, así como la STS/4ª de 12 mayo 2016 -rcud. 3222/2014-), sí de excluirse en todo caso, como carentes de "razonabilidad" y por ello ilícitas, aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (STS/4ª/Pleno de 26 marzo 2014 -rec. 158/2013-).

Puesta a disposición de la indemnización por despido objetivo.

Comenzaremos por las cuestiones formales que en fase de recurso la recurrente concreta en la diferencia entre la indemnización legal que efectivamente le correspondía percibir a la actora y la que se ha puesto a su disposición . Discrepa de la solución de la Juzgadora de instancia quien considera que el error excusable, no solo por la discrepancia cuantitativa (18% de diferencia) sino por la cualitativa al haberse determinado en la sentencia de despido cual es el salario regulador. La recurrente cita a tal efecto STS de 9 de diciembre de 2020 , rec. 1228/2018 .

En cuanto a si nos encontramos, o no, ante un error excusable, la solución para determinar lo que ha de entenderse por tal supone partir de la máxima jurisprudencial conforme a la cual la interpretación del art. 53.4 del ET , así como del derogado artículo 56.2 ET , ha de hacerse conforme al criterio de buena fe que es el que debe presidir el entendimiento y la aplicación del precepto (en este sentido STS 24 de octubre de 2006)

Como ya señalamos en sentencia de este mismo Tribunal de 15 de febrero de 2021, rec. 4304/2020, 29 de enero de 2019, rec. 3836/2018, 8 de junio de 2017, rec. 1238/2017, 20 de enero de 2017, rsu 4298/2016 entre otras muchas, el Tribunal Supremo, viene a entender que "la justificación del posible error excusable se deriva de la complejidad de la estructura del salario, integrado frecuentemente por conceptos diversos, cuya percepción puede producirse o no, o puede depender de su cuantía o en su periodicidad, de circunstancias variables. Otra razón es la propia complejidad de las regulaciones jurídicas de la retribución del trabajo, donde la línea



divisoria entre las percepciones salariales y extrasalariales no siempre están nítidamente trazadas, y de la indemnización básica de despido, que plantea al problema no siempre fácil de computar el tiempo de servicio. Y la última razón, en que se apoya el error excusable sería la eventualidad de padecer un error aritmético en el cálculo de la indemnización básica de despido, no descartable incluso cuando se ha aplicado la diligencia que cabe exigir al empleador, tanto en el caso que se lleve a cabo personalmente, como en los supuestos en que se encargue a otro su elaboración".

También indicamos que la jurisprudencia ha ido dando pautas sobre como determinar si el error es excusable o inexcusable, siendo indiciario de error excusable la escasa cuantía de diferencia entre lo consignado y lo debido consignar; diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta cuya probabilidad se acrecienta por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otro indicio de error excusable es la coincidencia del cálculo de la empresa en la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la sentencia de instancia; otra causa de error de consignación insuficiente excusable es la dificultad "jurídica" del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una "discrepancia razonable..." , pautas de las cuales se concluye que no solo ha de atenderse a parámetros cuantitativos, sino también cualitativos de tal forma que cuando se trata de un concepto sobre el cual no existe controversia y no existe ningún argumento jurídico para su no inclusión , máxime si existe jurisprudencia consolidada que mantiene la inclusión de dicho conceptos a efectos de determinar el salario regulador o el cálculo indemnizatorio.

Otro dato que la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma ha atribuírsele cualidda decisiva es la entidad de la diferencia entre lo ofrecido y lo debido, distinguiendo entre supuestos de escasa cuantía y aquellos otros en que el diferencial es relevante; e igualmente ha de valorarse si se trata de un simple error de cálculo o si obedece a la voluntad consciente de incumplir el mandato legal .

Ya desde un planteamiento en positivo, esta misma doctrina señala que el error excusable es el que se produce aún a pesar de haber empleado la debida diligencia; y a la hora de precisar este último concepto [diligencia] bien puede acudirse, con la más cualificada doctrina civilística, a la que es propia del hombre medio o del «buen padre de familia (art. 1903 CC) en el bien entendido de que frente a la protección que merece quien se equivoca, debe prevalecer la consideración de la seguridad jurídica, si con el error se incurre en culpa lata. Y al efecto también hacemos nuestra la afirmación civilista de que más que un problema de formación

de la voluntad, se trata de un supuesto de justa o injusta lesión de intereses en juego; y que el error es inexcusable cuando el que lo padece ha podido y ha debido, empleando una diligencia normal, desvanecerlo . De esta forma, en la determinación de la excusabilidad del error, producido por calcular la indemnización sobre la base de indebidos parámetros fácticos y/o jurídicos, pasan a un primer plano factores objetivos y subjetivos que ofrecen decisiva trascendencia, tales como la complejidad de aquéllos, la entidad de la empresa y la cobertura jurídica de que la misma pudiera gozar .

Pues bien partiendo de tales pautas interpretativas la Sala discrepa de las conclusiones de la sentencia de instancia, y así la diferencia de un importe de 605 € en atención a un salario como el que percibía la actora y que viene a ser una diferencia del 18% en relación con el monto total indemnizatorio no se puede considerar como insignificante o poco importante. Tampoco desde el punto de vista cualitativo, sin que pueda sustentar la excusabilidad del error en la existencia de un pleito precedente por todas los argumentos que hemos señalado con anterioridad cuando rechazamos el recurso de la empresa en el que se pretendía la no aplicación del Convenio Colectivo de Comercio Vario de la Provincia de A Coruña.

Por lo tanto por este motivo procede declarar la improcedencia del despido, como también procede por la cuestión de fondo alegada y que igualmente va a ser estimada.

2.- Despido objetivo por causas económicas. Incidencia del art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020.

Antes de entrar a resolver sobre las cuestiones de fondo señalar que la recurrente de nuevo inciden la causa organizativa señalando que la misma en realidad sería técnica; pero la sentencia de instancia no infringe el precepto invocado en relación con esta cuestión ya que sentencia de instancia no aprecia la misma , tal como se desprende del fundamento de derecho quinto en donde se recoge la "ausencia de prueba" al respecto, si bien no excluye "la concurrencia de la causa económica que ampara tal decisión extintiva (...) y supongan un pronunciamiento de la improcedencia del despido como pretende la parte actora". Por lo tanto dejaremos al margen esta cuestión sin perjuicio de que después volvamos sobre la misma.

En cuanto a la causa económica invocada, en el inicio de este motivo señalamos cuales son los criterios generales a tener en consideración cuando nos encontramos ante despido objetivo (art. 52 del ET en relación con el art. 51 y 53 del mismo cuerpo legal). Sin embargo el despido ahora enjuiciado se produce en momento excepcional, con una legislación específica dictada en el marco, y a consecuencia del Estado



de Alarma en España motivada por la pandemia del COVID 19 , legislación que no podemos obviar y la invocada por la recurrente para discutir la procedencia del despido . En concreto se alega el art 2 del Real Decreto -Ley 9/2020 pretendido una interpretación de dicho precepto en el sentido de que el legislador ha prohibido, durante la vigencia de dicha normativa, el despido objetivo por causas económicas , organizativas, técnicas o productivas, de forma tal que nos encontramos ante un despido sin causa- prohibido- lo que debe de llevar a la nulidad del despido o de forma subsidiaria a la improcedencia. La sentencia de instancia rechaza esta interpretación alegando que los preceptos invocados no llevan a la misma y que además son anteriores a la situación del COVID. En este punto la sentencia señala "comenzando por las causas económicas , niega su concurrencia la parte demandada , alegando además que están relacionadas con la situación " covid 19", pero entendemos que se trata de un error de redacción y que quien efectúa esas alegaciones es la parte demandante, por lo que resolveremos al respecto.

En cuanto a la interpretación que procede realizar del art. 2 del Real Decreto -Ley 9/2020 y si permite o no despedir por causas económicas, organizativas, técnicas o productivas, discrepamos de la solución judicial de instancia. Al respecto este Tribunal Superior de Justicia de Galicia se ha pronunciado en sentencia de 11 de marzo de 2021 ,rec. 150/2021 , efectuando una interpretación conjunta de dicho precepto en relación con los art 22 y 23 del Real Decreto -ley 8/2020 y la DA6 de esta última normativa citada para concluir que el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 lo que establece es una restricción de las causas que justifican los despidos o extinciones de contratos, excluyendo de tal justificación las causas previstas para las medidas contempladas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020. A tal efecto argumentamos: *"...poniendo en relación el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 con los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, cabe concluir que en los supuestos en que concurran las causas reflejadas en los arts. 22 y 23 citados, no se entiende justificado el despido o la extinción por fuerza mayor o causas objetivas económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que tales circunstancias de los arts. 22 y 23 para lo que facultan, en su caso, es para una suspensión de contratos y reducción de jornada por fuerza mayor (art. 22) o para una suspensión y reducción de jornada por causa económica, técnica, organizativa y de producción (art. 23), todo ello con la particularidades previstas en tales preceptos.*

En relación con ello, debe hacerse notar que el art. 22 se refiere a las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que "tengan su causa directa" en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, recogiendo luego una enumeración no exhaustiva -"incluida"- con distintos supuestos.

El art. 23, por su parte, se refiere a las especialidades en caso de decisión empresarial de suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción "relacionadas con el COVID-19". Es decir, es necesario para que juegue la restricción de la justificación del despido del art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 que las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -que es el caso que nos ocupa- que en circunstancias normales podrían justificar un despido objetivo estén vinculadas mediante causalidad directa o al menos "relacionadas" con el Covid-19.

Por otro lado, sostiene la parte impugnante la tesis de que el régimen jurídico excepcional del art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 no puede ser extendido a todas las empresas, sino sólo a las empresas o entidades que apliquen un ERTE basado en la causa del art. 23 antes citado. A tal efecto, cita la DA 6ª del Real Decreto-ley 8/2020. Por lo que, entiende la parte impugnante, la limitación del art. 2 del Real Decreto Ley 9/2020 sólo es aplicable "a las empresas que se hayan sometido a dicho régimen excepcional".

Pero tal interpretación no tiene, a nuestro parecer, suficiente sustento normativo.

En primer lugar, dado que el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 no supedita la restricción de la justificación de los despidos por determinadas causas objetivas a que se hayan seguido los procedimientos y adoptado las decisiones de los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020. Lo que hace ese art. 2, y su tenor literal es meridiano, es establecer que las causas en que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada de tales arts 22 y 23 "no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido". Es decir, las causas previstas en tales preceptos pueden ser, en su caso, justificativas de las medidas que tales arts. 22 y 23 recogen, pero no de una extinción del contrato de trabajo ni de un despido.

Lo que el art. 2 citado establece, por tanto, es que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en concreto contempladas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, no justifican un despido ni la extinción del contrato de trabajo. Es decir, el art. 2 excluye determinadas causas con requisitos concretos -que sí pueden



conllevar la adopción de otras medidas- de la justificación del despido o extinción.”

Y tras reproducción parcial de los Preámbulos de ambos Real Decretos-Leyes continuamos : “(...) Es decir, la voluntad del legislador fue, por un lado, un objetivo general de mantenimiento del empleo en las actuales circunstancias de crisis sanitaria. Y, en concreto en relación a lo que nos ocupa, que las causas a las que se refieren los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 “no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales”. Por tanto, la voluntad del legislador fue -sin perjuicio de mantener en general las causas de despido y extinción previstas en nuestro ordenamiento jurídico- que en concreto las causas contempladas en los arts. 22 y 23 citados no se empleasen para despedir o extinguir contratos de trabajo sino, en su caso, para adoptar las medidas recogidas en tales preceptos, las cuales resultan menos traumáticas para el empleo.

En definitiva, el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 no impide los despidos ni las extinciones de contratos de trabajo, sino que establece meramente una restricción de las causas que se consideran justificativas de tales decisiones empresariales, todo ello con la finalidad de promover otro tipo de medidas (las de los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020), y lograr así una salvaguarda del empleo en la situación de pandemia por el Covid-19.

En tal sentido, si interpretáramos como hace la parte impugnante -lo que señalamos como mera hipótesis- que el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 únicamente se aplica a aquellas empresas que previamente hayan adoptado las medidas de los arts. 22 o 23 del Real Decreto-ley 8/2020, además de que tal exigencia no la contempla expresamente el art. 2 citado, ello podría conllevar un efecto contrario al pretendido por el legislador. En otras palabras, una interpretación como la de la parte impugnante, podría suponer un desincentivo a la adopción de las medidas de los arts. 22 y 23 citados, en tanto que sólo una vez adoptadas las mismas se restringiría la posibilidad de despido al amparo del art. 2 del Real Decreto”

Por lo tanto si las causas económicas , organizativas, técnicas o productivas, están relacionadas con el COVID , de forma directa o indirecta , no se puede proceder a tal despido .No obsta aplicar esta normativa el hecho de que en la carta no se mencione o se trate desvincular tal situación con la COVID, sino que ha de indagarse sobre cual ha sido el motivo real que concurra la causa de despido invocada, correspondiéndole a la empresa acreditar que nada tienen ver con la situación de pandemia. Así lo indicamos en la sentencia anteriormente citada cuando dijimos “ A lo que cabría añadir

que ante un hecho tan notorio, como la situación de pandemia y las medidas excepcionales que se tomaron en España y otros países, sería a la parte demandada a la que, en su caso, correspondería acreditar con arreglo a las reglas de carga de la prueba del art. 217 LEC, y en especial a la facilidad y disponibilidad probatoria que tal precepto prevé, que las circunstancias que motivaron la disminución de su actividad derivada de la disminución de actividad de su cliente (...) no están relacionadas con la pandemia citada. ", y si no lo consigue la causa de despido recogida en la carta es asimilable a las causas expresadas los arts. 22 y 23.

Pues bien, en el caso de autos la Juzgadora entiende que el despido de la actora está desvinculado de la pandemia porque la disminución persistente de ingresos o ventas se aprecia ya en la comparativa de los ejercicios 2018 y 2019, sin perjuicio de la situación provisional a 30 de junio de 2020 que ratifica esa evolución pero que no es el dato determinante del despido. Discrepamos de dichas conclusiones, y ello porque la disminución que se aprecia en el hecho probado sexto no tiene la entidad suficiente como para justificar la amortización de un puesto de trabajo, sobre todo si lo ponemos en relación con el resultado de los ejercicios siendo más positivo en el año 2019 que en el año precedente. Además nada se indica en relación con el trimestre inmediatamente anterior al despido- 1T año 2020- que estaba prácticamente finalizado cuando se declaró el Estado de Alarma en hecho. De hecho la propia carta de despido no se apoya como primera causa en la disminución de ingresos, sino que comienza haciéndolo en las pérdidas estimadas del año 2020 por importe de 120.239 €, pérdidas que no se recogen en la sentencia de instancia- como antes indicamos- ya que la única referencia que se hace en la sentencia de instancia al ejercicio 2020 es para decir que no es un dato determinante del despido. En todo caso la sentencia no declara por probadas pérdidas (ni siquiera provisionales) en el año 2020 y lo que sí declara probado en relación con el año 2020 para justificar su conclusión con la mala evolución de los años anteriores, son los resultados provisionales del ejercicio 2020, que en absoluto justifican esa mala evolución puesto que el año 2019 se recoge un importe neto anual de 2.971.593,71 € "siendo los provisionales a junio de 2020 a razón de 2.400.000 € ".

Por lo tanto entendemos que no existen causas para el despido objetivo ya que a) si es por la disminución de ingresos , entorno al 10% ,no justifica la amortización del puesto de trabajo de la actora; sobre todo el concreto puesto de la actora ya que la conexión funcional del causa del despido de la misma con el motivo alegado venía más por la causa que la empresa denomina como "organizativa", y que no ha resultado acreditada al no considerarse implementadas esa



medidas de "automatización de procesos de compras"; y b) si es por pérdidas ni se han considerado probadas por la Jueza a quo- nada se recoge en hechos probados- y en todo caso no se habría probado por la empresa la desvinculación de la COVID por lo que tampoco habría causa para despedir.

En ambos casos procede considerar el despido como improcedente puesto que como también resolvimos en la sentencia antes citada (STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2021, rec. 150/2021) la calificación de las decisiones de despido o extinción que contravengan lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto Ley 9/20202- de estimarse en nuestro caso que es por pérdidas- ha de ser la improcedencia del despido.

En consecuencia con todo lo dicho procede estimar parcialmente la pretensión de la parte actora recurrente y declarar la improcedencia del despido con las consecuencias previstas en el art. 123 de la LRJS en relación con el art 110 de la misma norma y el art. 56 del ET, esto es a que la empresa esté obligada a optar , en el plazo de 5 días , entre la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes del despido con abono de los salarios de tramitación o al abono de una indemnización que teniendo en cuenta la antigüedad no discutida de la actora de la actora , la fecha de efectos (1 de julio 2020) y el salario regulador que se fija en la sentencia de instancia (fundamento de derecho segundo: 1.583,02 € brutos / mes) . El prorrateo de los días que exceden de un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo (sentencias del TS de 20 de julio de 2009, recurso 2398/2008, 20 de junio de 2012, recurso 2931/2011; y 6 de mayo de 2014, recurso 562/2013). Por consiguiente, debemos contabilizar 39 meses de prestación de servicios. Aplicando el referido criterio, la indemnización total asciende a 5581,77 euros. De esa cuantía debe deducirse la indemnización que por cese del contrato haya podido percibir la parte demandante, esto es, la transferencia de 2.777 88 € recogidos en el hecho probado segundo, así como los 605 € que se fijan en el fallo aclarado de la sentencia de instancia para el caso de que efectivamente los hubiese percibido ya.

SEPTIMO .- Al haberse desestimado el recurso de la empresa la desestimación del recurso interpuesto con condena en costas a la recurrente (art. 235.1 de la LRJS) que se fijan en 550 € para los honorarios de la Letrada impugnante del recurso.

Asimismo se decreta , una vez que firme la presente resolución, tanto la pérdida del depósito constituido para recurrir (art. 229 en relación con el art. 203 LRJS) , como de la consignación que ha efectuado a la cual se le dará el

destino legal oportuno (art. 230 en relación con el art. 204 de la LRJS).

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el abogado D. XXXXXXXXXXXXXXXX, actuando en nombre y representación de la empresa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX S.L. y estimando en parte el recurso formulado por la abogada Dña. Catarina Capeáns Amenedo, actuando en nombre y representación de Dña XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, ambos interpuestos contra la sentencia de fecha tres de diciembre de dos mil veinte, dictada por el Juzgado de lo Social n ° 5 de A Coruña , sobre despido con vulneración de derechos fundamentales seguidos por Dña Marta contra la empresa empleadora debemos revocar y revocamos la misma, y en consecuencia

1.- . Declaramos la improcedencia del despido efectuado

2.- Condenamos a la empresa indicada a que , a su opción que deberá de ejercitar en el plazo de cinco días contados a partir del siguiente de la notificación de esta sentencia, readmita inmediatamente a la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con el abono de los salarios que no haya percibido desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, o bien a la extinción de la relación laboral con abono a la parte actora de una indemnización de 5.581,77 euros, cantidad de la que habrá de descontarse las cantidades que en su caso ya hubieran percibido la trabajadora (2.777,88 € de indemnización percibida por la carta y 605 € que se fijan en el auto de aclaración de 20 de enero de 2021).

Se impone a la empresa recurrente el abono de las costas procesales causadas que se fijan en 550 € para los honorarios de la Letrada impugnante del recurso.

Asimismo se decreta, una vez que firme la presente resolución, tanto la pérdida del depósito constituido para recurrir como de la consignación que efectuada para recurrir a la cual se le dará el destino legal oportuno.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de



notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar 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.