

## LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ¿DETERMINACIÓN LEGAL O JUDICIAL?

La inicial ratificación por España de la Carta Social Europea ha sido satisfactoriamente ampliada por el Instrumento de ratificación (BOE de 11 de junio de 2021) de la Carta Social Europea revisada (CSEr) hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, con inclusión de los derechos sociales añadidos por los Protocolos adicionales de 1988 y 1995, este último regulador del importante procedimiento cuasi jurisdiccional de reclamaciones colectivas. Se trata de un acontecimiento de enorme trascendencia que se viene reconociendo como la verdadera Constitución Social de Europa, como el establecimiento del pilar de los derechos sociales de la Unión Europea, que sin duda ha de contribuir a la expansión y consolidación de los derechos sociales y laborales de los trabajadores europeos.

Uno de estos derechos puede referirse al modo de calcular la indemnización por despido, atendiendo no a criterios legales objetivos sino a los daños y perjuicios sufridos por el trabajador desvinculado de su puesto de trabajo por decisión del empleador. La historia se inicia en 1982 con la aprobación del Convenio nº 158 de la OIT, sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo, objeto de muy escasas ratificaciones (35 de entre los 185 Estados miembros de la OIT) pero que dio lugar en España, que lo había ratificado en 1985, a un alto número de reclamaciones con la pretensión, entre otras, de alterar el sistema de cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente, atendiendo a otros factores distintos a la retribución y antigüedad ganadas. Los tribunales entendieron con práctica unanimidad que el sistema indemnizatorio del ordenamiento español cumplía sustancialmente las garantías del Convenio nº 158, el cual ha ido quedando relegado en un proceso de "lento languidecer", en palabras de los prestigiosos laboristas García-Perrote y Mercader. Las sentencias del TJUE de 5 de febrero de 2015 (C-117/14) y la 118/2019 del Tribunal Constitucional confirman esa triste suerte del tan citado instrumento internacional.

Sin embargo, el art. 24 CSEr ha vuelto a plantear la sustitución de las regulaciones legales determinantes de indemnizaciones fijas y tasadas según criterios objetivos, por la atribución al juez de poderes para determinar el importe de los daños y perjuicios alegados y probados por el trabajador. El texto literal del precepto dispone -con la ambigüedad característica de este tipo de instrumentos- que ... "*para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del*



*servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial".*

Con base en este precepto, algunos Juzgados de lo Social -acogiéndose a la laxitud del principio *iura novit curia*- han apreciado soporte legal suficiente para que la pretensión de una indemnización calculada sobre los daños y perjuicios, alegados y probados por el trabajador, sustituyera a la indemnización por despido improcedente establecida en el art. 56.1 ET. Que sepamos, ni los Tribunales Superiores de Justicia ni la Sala casacional han confirmado esos pronunciamientos, aunque es probable que llegue a su conocimiento algún recurso amparado en la violación del art. 24, b) CSEr. De momento la doctrina científica -que no discute el carácter normativo del precepto citado- está empeñada en polémicas relativas a si el art. 24 es un precepto de aplicación directa (*self-executing*) o si, por el contrario, exigiría alguna disposición legal de desarrollo, polémica que entendemos habría que saldar en el primer sentido. Carácter normativo que, a mi juicio, no puede reconocerse a las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) y menos a las resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, ninguna de las cuales, por cierto, tampoco puede equipararse a sentencias cuya reiteración fuese calificada de jurisprudencia en el sentido y alcance del art. 1.6 del Código Civil español. Lo cual supondría la imposibilidad de articular los recursos de suplicación o de casación de los arts. 193, c), 207, e) LRJS basadas en cualquier de aquellas resoluciones.

Respecto de la operatividad práctica de las pretensiones basadas en el art. 24 CSEr, habrá de tenerse en cuenta la doctrina constitucional, según la cual el análisis de la convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad inmediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de las disposiciones normativas, lo que supondría la declaración de aplicación preferente de una sobre otra norma, sin que ello supusiera la derogación de la preterida (SS.TC 10/2019, 80/2019, 87/2019 ...). Aparte de que, según la misma doctrina, los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución Española, de normas dotadas de rango legal (SS.TC 49/1988, 28/1991, 12/2008 ...).

En espera del enjuiciamiento que, eventualmente, decida la aplicación preferente del art. 24 CSEr sobre el art. 56.1 ET, es reveladora la doctrina de algunas sentencias de suplicación, tenidos en



cuenta los arts. 10 del Convenio nº 158 OIT y el art. 24 CSEr. Por ejemplo la S.TSJ-Cataluña 2273/2021, de 23 de abril -reiterada por algunas más de la misma y de distintas Salas de suplicación-, admite únicamente que el legislador pueda establecer excepciones para la fijación de indemnizaciones basadas en los daños y perjuicios probados, siempre que para ello concurran tres circunstancias acumulativas, a saber: que la indemnización legal resuelva claramente insuficiente para conseguir reparación adecuada; que sea evidente la arbitrariedad de la decisión empresarial de despido, por ilegalidad, fraude o abuso; y, además, que los daños y perjuicios que excedan del lucro cesante sean cuantificados en la demanda y probados en el momento procesal oportuno, descartando cualquier actuación de oficio, como por ejemplo la establecida en el art. 183 LRJS.

Refiriéndome finalmente a la resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 11 de marzo de 2020, tomada a veces como base suficiente para trocar el régimen de las indemnizaciones legales basadas en criterios objetivos, por el régimen de las indemnizaciones judiciales basadas en los daños y perjuicios acreditados, es necesario relativizar su trascendencia, al referirse a un muy peculiar supuesto del ordenamiento italiano -difícilmente generalizable-, cuya norma legal de referencia ya había sido anulada por una sentencia del Tribunal Constitucional de ese país y, sobre todo, porque en todo caso, aquella resolución se limita a pedir ... “que las autoridades italianas informen sobre las posibles novedades relativas a la aplicación de la Carta Social Europea”. Y solo a título de anécdota, recordar que el Consejo de Europa viene incumpliendo sistemáticamente las garantías sociolaborales que la legislación reconoce a su personal sujeto al ordenamiento laboral. Dato que, obviamente, solo debe servir para la corrección de tan singular paradoja, y no para minimizar la relevancia de la CSEr y de su art. 24.



**LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA**

Hogan Lovells International, LLP

Abogado

