

LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE ANTE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y POSIBLE REFORMA LEGISLATIVA

ALBERTO GODINO DE FRUTOS

11ª EDICIÓN PREMIO JÓVENES LABORALISTAS (2022)

FORO ESPAÑOL DE LABORALISTAS (FORELAB)

RESUMEN. Durante más de cuatro décadas se han mantenido vigentes las indemnizaciones tasadas por despido improcedente, con modificaciones legislativas su cuantía, pero no en el sistema de cerrado cálculo. Sin embargo, una reciente corriente doctrinal y judicial dispuesta a aplicar con más alegría que nunca el control de convencionalidad, junto con la reciente ratificación por España de la Carta Social Europea revisada, puede poner en jaque el modelo indemnizatorio español. ¿Es necesario acometer una reforma legislativa en esta materia?

ABSTRACT. For more than four decades, fixed severance payments for unfair dismissal have remained in force, subject to legislative modifications in its amount, but not in the defined calculation system. However, a recent doctrinal and judicial approach willing to apply the conventionality control with more joy than ever, together with the recent ratification by Spain of the revised European Social Charter, may put the Spanish compensation model in check. Is it necessary to undertake a legislative reform in this area?

PALABRAS CLAVE. Despido improcedente, control de convencionalidad, indemnización tasada, indemnización adecuada, disuasoria, Carta Social Europea revisada, Convenio 158 OIT, CEDS, daños y perjuicios, reforma legislativa, norma interna, disposición internacional, prevalencia.

KEY WORDS. Unfair dismissal, conventionality control, fixed severance, adequate compensation, dissuasive, revised European Social Charter, ILO Convention 158, ECHR, damages, legislative reform, domestic legislation, international provision, prevalence.

SUMARIO. I. Introducción y contexto. II. La ratificación por España de la Carta Social Europea revisada. III. El Control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico español. IV. La aplicación del control de convencionalidad a la indemnización por despido improcedente. 1. Conflicto entre la norma interna y la disposición internacional. 2. Ejercicio del control de convencionalidad en la indemnización por despido improcedente por la doctrina judicial. V. ¿Es el sistema indemnizatorio español contrario a la Carta Social Europea revisada? 1. La indemnización tasada como sistema objetivo de medición de daños y perjuicios y su compatibilidad con la CSEr. 2. Los precedentes del CEDS con especial atención a los asuntos FSSR v. Finlandia y CGIL v. Italia. 3. La reclamación presentada por UGT sobre la disconformidad de la normativa española con el artículo 24 de la Carta. VI. Posible reforma legislativa. VII. Reflexión final.



I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO

La forma de cálculo de la indemnización por despido en España es sobradamente conocida, no solo en el ámbito de los profesionales del Derecho Laboral, sino también por la gran mayoría de la población. El ciudadano medio sabe que si es despedido “le corresponden” 33 días. Y también sabe que antes de la Reforma Laboral de 2012 -la “Reforma del PP”- “le correspondían” 45 días.

Tratando de ser algo más técnicos, el artículo 56 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (el “ET”) prevé la opción del empresario, cuando el despido es declarado improcedente, de readmitir al trabajador abonando las salarios de tramitación o de abonar una indemnización equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Para los contratos suscritos con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se establece un régimen transitorio tanto en los días de salario como en el tope máximo de indemnización.

Esta fórmula, que es ya de conocimiento popular, está en peligro de extinción. Su aplicación pacífica durante tantos años se está poniendo en cuestión al hilo de recientes pronunciamientos judiciales, de reclamaciones colectivas ante órganos supranacionales e, incluso, de voces dentro del Gobierno de España que abogan por una reforma legislativa, a pesar de que no ha sido objeto de modificación en la reciente Reforma Laboral aprobada en diciembre de 2021, fruto del diálogo social.

El origen de esta controversia se encuentra fundamentalmente en el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada (la “CSEr” o la “**Carta Social Europea revisada**” o la “**Carta**”) cuando se cumple algo más de un año desde su ratificación por España.

II. LA RATIFICACIÓN POR ESPAÑA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA

La Carta Social Europea (Turín, 1961) y, posteriormente, la Carta Social Europea revisada (Estrasburgo, 1996) aprobada por el Consejo de Europa, han actuado como una Constitución Social en Europa ante la frustrada idea de la Constitución de la Unión Europea¹. El preámbulo de la CSEr considera la necesidad de actualizar y adaptar los derechos sociales que deben garantizar los Estados miembros del Consejo de Europa con objeto de mejorar el nivel de vida de sus pueblos y promover el bienestar social.

España firmó la CSEr el 23 de octubre de 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación nacional obligó a posponer su ratificación. No ha sido hasta el 11 de junio de 2021 cuando se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, en virtud del cual España

¹ MOLINA NAVARRETE, C. (2021). *Publicado en el BOE el Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea revisada*. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF.

ha manifestado su consentimiento en obligarse por el contenido íntegro de la CSEr, entrando en vigor para España el 1 de julio de 2021.

La Carta Social Europea revisada incluye numerosos derechos sociales, principios y obligaciones para los Estados. Desde la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido al derecho de toda persona a una vivienda. No es posible siquiera citar todos ellos, ni tampoco es objeto de este trabajo. Debemos, por tanto, centrarnos en el derecho de todas las personas trabajadoras a la protección en caso de despido reconocido en el artículo 24 de la CSEr.

De igual importancia es la firma por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea revisada en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas aprobado por el Congreso de los Diputados y por el Senado pendiente únicamente de publicación en el Boletín Oficial del Estado en los próximos días. No obstante, España ya se obligó a la aplicación provisional del referido Protocolo Adicional desde la entrada en vigor de la CSEr al amparo de la Parte IV, artículo D, párrafo 2: *“Todo Estado que no esté obligado por el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Carta o en cualquier fecha posterior, declarar mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europea que acepta la supervisión de sus obligaciones en virtud de la presente Carta según el procedimiento establecido en dicho Protocolo”*.

El Protocolo Adicional aludido legitima a determinadas organizaciones internacionales y organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores para presentar reclamaciones referidas a disposiciones de la CSEr cuya aplicación no esté siendo garantizada conforme a la legislación nacional de un Estado firmante de la Carta. Estas reclamaciones son resueltas por el Comité Europeo de Derechos Sociales (el “CEDS”) que ha ido elaborando una importante doctrina interpretativa de las abstractas declaraciones de derechos contenidas en la CSEr.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La convivencia de las normas internacionales con el ordenamiento jurídico interno ha sido generalmente pacífica desde la instauración del orden constitucional en 1978. La propia Constitución Española (“CE”) llama a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (artículo 10.2 CE). Por su parte, el artículo 96.1 de la CE admite implícitamente la superioridad de los tratados internacionales sobre las normas internas en caso de conflicto entre ellas. Cohonestado con lo anterior, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impide que los estados puedan invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Esta prevalencia de las normas internacionales, implícita en el artículo 96.1 de la CE, ha sido



claramente confirmada por sucesivas intervenciones normativas y jurisprudenciales². En el plano normativo interesa señalar la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (“**Ley 25/2014**”) cuyo artículo 31, contundentemente titulado “prevalencia de los tratados”, dispone con toda claridad la prevalencia de las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente sobre cualquier norma del ordenamiento interno en caso de conflicto entre ellas, salvo las normas de rango constitucional. En esa línea, el artículo 29 del mismo texto legal obliga a todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado a respetar las obligaciones y a velar por el cumplimiento de los tratados internacionales en los que España sea parte.

Es decir, ante la contradicción entre Ley y Tratado, debe desplazarse la norma nacional contraria, ya sea anterior o posterior, en favor de la aplicación del Derecho internacional³. Y esa prevalencia no solo opera en un plano teórico, sino en la aplicación e interpretación práctica de las normas internacionales y nacionales por parte del poder judicial que, en palabras del Tribunal Constitucional, debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y el tratado en cuestión.

La Sentencia del Tribunal Constitucional (“**STC**”) 140/2018, de 20 de diciembre, que aprovecha para fijar los contornos esenciales de la noción de “control de convencionalidad”⁴, concluye con cita de pronunciamientos precedentes⁵ que “*el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable*”. Siendo el control de convencionalidad una mera regla de selección de derecho aplicable corresponde a la jurisdicción ordinaria, en cada caso concreto, desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional. No se trata de una expulsión de la norma interna del ordenamiento, sino una mera inaplicación al caso concreto.

Lo anterior -matiza la citada STC- no impide al Tribunal Constitucional revisar, a través del cauce procesal del recurso de amparo constitucional, que la selección del derecho aplicado por los jueces ordinarios al desplazar la norma interna no sea arbitraria ni irrazonable al amparo del artículo 24.1

² GOERLICH PESET, J. M. (2021). *(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?* LABOS Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social, 2(1), 4-17

³ CAVAS MARTÍNEZ, F. (2022). *Control de convencionalidad e indemnización por despido improcedente*. Noticias Jurídicas y Actualidad. El Derecho LEFEBVRE.

⁴ STC 140/2018, de 20 de diciembre: “*La noción del control de convencionalidad surge formalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto A.A. y otros c. Chile), pronunciamiento en el que se establece que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a dicho tratado, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos*”.

⁵ SSTC 49/1988, de 22 de marzo, 28/1991, de 14 de febrero, 254/1993, de 20 de julio y 12/2008, de 29 de enero.



de la CE⁶.

El control de convencionalidad es, por tanto, una cuestión pacíficamente resuelta por la legislación nacional y admitida por el máximo interprete constitucional. Podría decirse que poco ha cambiado en más de cuatro décadas en lo que se refiere a la prevalencia de las normas internacionales. Sin embargo, coincidimos completamente con la reflexión de GOERLICH PESET (2021) sobre la proliferación en los últimos tiempos de esta cuestión en la reflexión doctrinal y en el debate judicial en el ámbito social⁷. Se ha producido un evidente cambio de signo y, donde tradicionalmente, las normas internacionales tenían la condición de herramienta interpretativa de refuerzo, aclaración o integración de las correspondientes reglas internas⁸, en los últimos tiempos, los órganos judiciales intervienen activamente en un control directo de las normas legales, corrigiendo su alcance o condenándolas directamente a la inaplicación.

La admisibilidad del contrato de apoyo a los emprendedores, el despido por absentismo o la posibilidad de impugnación individual de la causa en caso de existencia de acuerdo en el periodo de consultas del despido colectivo son algunos episodios recientes de utilización del control de convencionalidad. El cuestionamiento de la indemnización tasada por despido improcedente establecida en el ET es otro ejemplo más de esta tendencia.

El Derecho internacional del trabajo pone a disposición de los operadores jurídicos -especialmente de los jueces ordinarios- un extenso arsenal de normas, principios y recomendaciones lo suficientemente flexibles -incluso difusas- como para realizar un control directo de la actuación legislativa. A ello se añade que el sistema multinivel permite a los órganos judiciales verificar sus propios criterios -puenteando incluso la doctrina de instancias superiores- mediante instrumentos procesales como las cuestiones prejudiciales⁹. Merece, al menos, una reflexión si ese extraordinario poder en manos de los jueces ordinarios pone en riesgo el imperio de la ley¹⁰ como elemento central en la configuración del Estado de Derecho.

Seguramente esa misma preocupación ha invadido al Tribunal Supremo a la hora de dictar sus

⁶ MERCADER UGUINA, J.R. (2019) *Cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional: La consolidación por el Tribunal Constitucional del control difuso de convencionalidad*. Foro de Labos.

⁷ GOERLICH PESET, J. M. Op. Cit.

⁸ MARTÍNEZ MORENO, C. *El marco internacional para la tutela de los derechos laborales*, Lex Social, vol. 6, núm. 1/2016, p. 96, con otras referencias.

⁹ GOERLICH PESET, J. M. Op. Cit.

¹⁰ Artículo 117 de la CE y artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (“LOPJ”).



recientes Sentencias 268/2022, de 28 de marzo y 270/2022, de 29 de marzo¹¹. Más allá de la irrelevancia de las materias resueltas por ambos pronunciamientos, la primera de ellas para invalidar las reglas sobre extinción del contrato de apoyo a los emprendedores -ya desaparecido- por vulnerar el artículo 4.4 de la Carta Social Europea y la segunda para descartar que el despido por absentismo -regulado en el ya derogado artículo 52.d) del ET- contravenga norma internacional alguna. Lo novedoso de estas Sentencias se encuentra en la cautela que muestra el Tribunal Supremo en la aplicación de las normas internacionales, en comparación con una cierta alegría que se advierte en algunas dictadas en instancia o suplicación¹². Son, a nuestro juicio, las siguientes ideas contenidas en las Sentencias del Tribunal Supremo citadas las que interesa resaltar:

- (i) La atribución a la jurisdicción ordinaria del control de convencionalidad no puede suponer que el Tribunal Constitucional no pueda examinar si una norma interna es contradictoria con un tratado internacional. Y una vez examinado por el Tribunal Constitucional no debe olvidarse que sus resoluciones vinculan a todos los jueces y tribunales de conformidad con el artículo 5.1 de la LOPJ.
- (ii) En lo que se refiere a la prevalencia de los tratados no debe olvidarse que su aplicación directa depende de que de su texto no se desprenda que su aplicación queda condicionada a la aprobación de leyes o disposiciones reglamentarias internas (artículo 30.1 de la Ley 25/2014). En consecuencia, el control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando inseguridad jurídica.
- (iii) Relacionado con lo anterior, dada la heterogeneidad de las disposiciones contenidas en la Carta Social Europea, no es seguro que todo su contenido posea la misma aplicabilidad directa, sino que solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular, incluso tras la vigencia de la versión revisada de la Carta.

Con estas cautelas o sin ellas, el control difuso de convencionalidad es una realidad imparable y, como muestra de ello, el reciente debate doctrinal, judicial y ahora también político sobre la posible inaplicación de la indemnización por despido improcedente prevista en el artículo 56 del ET en caso de despido arbitrario con base en el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada.

IV. LA APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD A LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 28 de marzo de 2022 (RCUD 471/2020) siendo Ponente el Excmo. Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 29 de marzo de 2022 (RCUD 2142/2020) siendo Ponente el Excmo. Sr. Juan Molins García-Atance.

¹² GOERLICH PESET, J.M. (2022). *El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022*. Foro de Labos.

1. **Conflicto entre la norma interna y la disposición internacional**

La aplicación del control de convencionalidad implica, como se ha expuesto, el desplazamiento o inaplicación de una norma nacional por entrar en conflicto con una disposición contenida en un tratado internacional válidamente celebrado y publicado. En lo que se refiere al objeto de nuestro análisis -la indemnización por despido improcedente- la norma interna que podría ser desplazada es el artículo 56 del ET.

El citado precepto, además de permitir al empresario optar por la readmisión¹³, fija la fórmula de cálculo de la indemnización cuando el despido sea declarado improcedente con base en dos parámetros objetivos -la antigüedad y el salario- y un máximo también objetivo. La indemnización que corresponderá abonar será de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores al año, hasta un máximo de 24 mensualidades. Esta fórmula debe ponerse en relación con la Disposición Transitoria Undécima, apartado 2, del ET que establece la fórmula de cálculo para aquellas personas trabajadoras cuya antigüedad sea anterior al 12 de febrero de 2012. En ese caso, se calculará a razón de 45 días por año de servicio por el periodo de prestación de servicios anterior a dicha fecha y a razón de 33 días por el periodo posterior hasta la fecha del despido. El máximo, una vez zanjado por el Tribunal Supremo¹⁴ el debate inicial, no podrá superar los 720 días de salario, salvo que el importe indemnizatorio devengado a 12 de febrero de 2012 resultase superior a esos 720 días de salario, en cuyo caso el máximo será el alcanzado en dicha fecha, que en ningún caso podrá superar las 42 mensualidades de salario.

La norma internacional que se postula como candidata a desplazar a una norma interna tan enraizada como es el artículo 56 del ET en lo relativo al sistema indemnizatorio del despido improcedente es el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada. Conviene, a efectos de no pasar por alto ningún detalle, extraer el tenor literal del precepto regulador del derecho a protección en caso de despido:

“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;*

¹³ Opción completamente inutilizada en la realidad empresarial. Nos atreveríamos a afirmar, si se permite, que es una opción limitada a supuestos en los que la empresa incumple la formalidad de optar por la indemnización en el plazo previsto legalmente, debiendo readmitir por defecto de forma.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 18 de febrero de 2016 (RCUD 3257/2014) siendo Ponente el Excmo. Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro.

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”.

Son tres las obligaciones que adquieren los Estados al ratificar este precepto. Primero, el reconocimiento del despido causal basado en las aptitudes o la conducta de la persona trabajadora o en las necesidades de funcionamiento empresarial. Ese primer apartado fue cuestionado para intentar inaplicar el despido por absentismo, pero no parece tener implicaciones en la indemnización. Tampoco es objeto de controversia la garantía de toda persona trabajadora para poder acceder a un organismo imparcial si considera que su despido no está basado en una causa válida. El elemento conflictivo se centra, por tanto, en el reconocimiento del derecho a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada en caso de despido sin razón válida.

Lo primero que llama la atención es el revuelo que ha generado la ratificación por España de la CSEr en el ámbito doctrinal y judicial. La sensación es que una parte importante de los operadores jurídicos estaban esperando la ratificación de la Carta como el pistoletazo de salida para poner en cuestión el sistema indemnizatorio en España, especialmente después de que la indemnización se viera rebajada sustancialmente en la Reforma Laboral de 2012.

Sin embargo, poco o nada añade el texto literal del citado artículo 24 de la Carta con respecto a lo que ya regulaba el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 (“el **Convenio 158 OIT**”) o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta última, en su artículo 30, dispone el derecho de todo trabajador “a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”, sin apuntar posibles sistemas de reparación.

El Convenio 158 OIT no es tan genérico en su redacción. De hecho, en términos muy similares a la CSEr, establece la facultad de los organismos mencionado en el artículo 8 -organismos neutrales como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro- de “ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada” cuando lleguen a la conclusión de que el despido es injustificado. Y ello si la legislación nacional no permite a estos organismos anular el despido y ordenar o proponer la readmisión de la persona trabajadora.

Son redacciones muy similares que, incluso, utilizan términos idénticos –“adecuada u otra reparación apropiada”- para definir cómo debe ser la indemnización de los despidos sin causa válida. Entonces cabe preguntarse por qué surge el debate sobre si la indemnización por despido improcedente establecida en el artículo 56 del ET es contraria al artículo 24 de la Carta ratificada con efectos de 1 de julio de 2021 y no se planteó con anterioridad si entraba en conflicto con el



artículo 10 del Convenio 158 OIT ratificado por España el 26 de abril de 1985¹⁵.

En honor a la verdad, sí que se ha cuestionado con anterioridad a la entrada en vigor en España de la Carta Social Europea revisada la suficiencia de la indemnización prevista en la normativa nacional a la luz del Convenio 158 OIT, aunque con pronunciamientos judiciales -generalmente de instancia- más aislados y con menor repercusión doctrinal.

Además, ya hemos señalado que nos encontramos en un contexto de proliferación en la utilización del control de convencionalidad para anteponer la aplicación directa de una disposición internacional sobre una norma interna. No es de extrañar que esa tendencia de aplicación directa de las normas internacionales, que trasciende su tradicional utilización como instrumento de interpretación de la legislación interna, se proyecte sobre uno de los aspectos esenciales de las reformas legislativas de 2010 y 2012¹⁶ como es la configuración del resarcimiento del despido¹⁷. No olvidemos que dichas modificaciones legislativas introdujeron polémicos cambios orientados al “abaratamiento” del despido, tales como la supresión de los salarios de tramitación en el despido improcedente, la exclusión de la nulidad del despido por razones formales o la reducción del importe indemnizatorio desde los 45 días con el tope de 42 mensualidades hasta los 33 días con el tope de 24 mensualidades. Cambios ante los que un determinado sector de la doctrina y de la judicatura no ha cesado en buscar fórmulas -a veces imaginativas- para inaplicar la voluntad del legislador. La recientemente ratificada CSEr es una palanca más que abre un abanico de posibilidades enorme.

A lo anterior se añade otro factor contextual todavía más reciente derivado de la pandemia. Gran parte de los pronunciamientos judiciales que aplican el control de convencionalidad a la indemnización por despido improcedente tienen su origen en despidos especialmente arbitrarios efectuados en un contexto de incertidumbre social derivada de la situación sanitaria y estando vigente una regulación legal excepcional muy restrictiva del despido -como la conocida popularmente como “prohibición de despedir”-en favor de medidas coyunturales¹⁸.

Sin restar valor a lo ya indicado, existe -creemos- una razón jurídica que ayuda a responder a la cuestión planteada. La Carta Social Europea revisada cuenta con una doctrina o acervo interpretativo aquilatado por el CEDS como máximo órgano para garantizar el cumplimiento de la Carta en virtud de sus decisiones de fondo dictadas en procedimientos de reclamación colectiva. Se

¹⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982 (BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985)

¹⁶ GOERLICH PESET, J. M. Op. Cit.

¹⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. (2013). *La permanente reforma del despido: últimos hitos*. Revista Internacional de Ciencias Sociales Nº 32/2013, pp. 39-52.

¹⁸ PARÍS MOLINS, M. (2021). *La extinción del contrato de trabajo en el contexto de crisis empresarial durante la pandemia. Análisis del art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo*. 10ª Edición Premio Jóvenes Laboralistas, FORELAB.



trata de un auténtico órgano de interpretación y garantía del cumplimiento de la CSEr, a diferencia de la Comisión de Expertos para la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (“CEACR”), cuya misión es la realización de una evaluación técnica imparcial del estado de la aplicación de las normas internacionales del trabajo recogidas en los Convenios de la OIT¹⁹. El propio Tribunal Constitucional ha confirmado que la doctrina de los máximos órganos de interpretación y garantía de los tratados aplicables pueden desplegar una importante influencia como autoridad interpretativa²⁰, reconociendo la autoridad de las decisiones del CEDS aun cuando no sean vinculantes para los jueces nacionales²¹.

Precisamente el CEDS cuenta con doctrina interpretativa del artículo 24 de la Carta en referencia a lo que debe entenderse por “indemnización adecuada u otra reparación apropiada”. La más destacable es la Decisión de fecha 11 de septiembre de 2019 (*Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*) en respuesta a la reclamación N° 157/2017 que recoge la doctrina del CEDS en esta materia en los siguientes términos:

“El Comité recuerda que, en virtud de la Carta, los trabajadores despedidos sin una razón válida deben recibir una indemnización adecuada u otra reparación apropiada. Se considera que los sistemas de indemnización se ajustan a la Carta cuando prevén:

- *el reembolso de las pérdidas económicas sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano de apelación;*
- *la posibilidad de reincorporación del trabajador y/o;*
- *una indemnización lo suficientemente alta como para disuadir al empresario y reparar el daño sufrido por la víctima”.*

Igualmente, añade, con cita de su anterior Decisión de fecha 8 de septiembre de 2016 (*Finnish Society of Social Rights v. Finland*) en respuesta a la reclamación N° 106/2014, que “cualquier límite máximo en la indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a la pérdida sufrida y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta (...). Si existe un límite a la indemnización del daño patrimonial, la víctima debe poder solicitar la indemnización del daño no patrimonial a través de otras vías legales y los tribunales competentes para conceder la indemnización del daño patrimonial y no patrimonial deben decidir en un plazo razonable”.

¹⁹ MOLINA NAVARRETE, C. (2020). *La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justifica resarcitoria o «justicia del cadí»?* Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, 451, pp. 185-208.

²⁰ *Ídem*

²¹ ROJO TORRECILLA, E. (2022) *Hacia la ratificación definitiva del Protocolo adicional a la Carta Social Europea, y notas a la reclamación presentada por la UGT sobre la disconformidad de la normativa española (indemnización tasada en caso de despido según salario y antigüedad) con el art. 24 de la CSE revisada. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales. El Blog de Eduardo rojo.*



Por tanto, la importancia en la ratificación de la CSEr ya no solo radica en la amplia referencia a una “indemnización adecuada u otra reparación apropiada” -idéntica a la prevista en el Convenio 158 OIT-, sino en la doctrina del CEDS interpretativa de la Carta y, en particular, de citada Decisión del CEDS en el asunto CGIL v. Italia que añade conceptos muy relevantes sobre las características que debe tener la indemnización.

2. Ejercicio del control de convencionalidad en la indemnización por despido improcedente por la doctrina judicial

Hemos advertido en apartados anteriores que la aplicación del control de convencionalidad corresponde a la jurisdicción ordinaria en la medida en que es un mero juicio de selección del derecho aplicable. En consecuencia, conviene realizar un repaso estructurado de la aplicación práctica del control de convencionalidad en la indemnización por despido improcedente por parte de los jueces y tribunales ordinarios -centrándonos en los Tribunales Superiores de Justicia-, para obtener una conclusión sobre la posición de la doctrina judicial en esta materia.

Puede anticiparse ya, a riesgo de perder el interés del lector, que ningún tribunal en sede de recurso de suplicación ha fijado una indemnización distinta a la prevista en el ET para el despido improcedente. Pero eso no significa que no hayan admitido la posibilidad de inaplicar el artículo 56 del ET con base en la aplicación prevalente de una disposición internacional. Es necesario advertir también que en el momento de producirse los despidos que han originado estos pronunciamientos todavía no había entrado en vigor la Carta Social Europea revisada -ratificada con efectos del 1 de julio de 2021- por lo que, a pesar de existir referencias al artículo 24 de la Carta, la norma internacional cuya aplicación podría desplazar a la norma interna es el Convenio 158 OIT, aunque de forma algo controvertida²² con apoyo en la doctrina interpretativa del CEDS.

Seguramente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha sido el más activo en la creación de doctrina judicial en esta materia. Quizás, en parte, por el mayor atrevimiento de los Juzgados incluidos en su ámbito territorial. Pero también por el interés de la Sala en proponer doctrina siguiendo una sólida línea argumental.

El primer pronunciamiento de la saga -que consta de tres episodios- es de fecha 23 de abril de 2021²³. La Sala estima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social 26 de Barcelona de fecha 31 de julio de 2020 dejando sin efecto la indemnización adicional que había fijado el Juzgado por importe de 60.000 euros y condenando a

²² BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2021). *Compensación complementaria a la legal tasada por despido improcedente: importante acotación del TSJ de Cataluña para su reconocimiento*. Una mirada crítica a las relaciones laborales. Blog de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz.

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 23 de abril de 2021 (Rec. 5233/2020) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Revilla Pérez.



la empresa a abonar la indemnización por despido improcedente equivalente a 4.219,18 euros. Pero más allá del fallo, la Sentencia deja construcción doctrinal de indudable interés. En primer lugar, hace un repaso de la norma interna y la norma internacional a la que cabría dotar de primacía aplicativa -el Convenio 158 OIT- para terminar admitiendo la posibilidad de acudir en determinados supuestos “del todo excepcionales” al juicio de convencionalidad, lo que no significa dejar de aplicar la regla general de la indemnización tasada que impone el ordenamiento jurídico nacional que los jueces deben aplicar por mandato constitucional.

A juicio de la Sala, es posible en esos escenarios excepcionales superar la indemnización legal tasada por no resultar “adecuada” en los términos del artículo 10 del Convenio 158 OIT, pero para ello es necesario que concurran dos requisitos coincidentes:

“(…) por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato”.

Más adelante, la Sentencia añade otro requisito adicional para que el juez pueda fijar una indemnización superior a tasada legalmente consistente en que “*en el petitum de la demanda del trabajador despedido se concrete los daños y perjuicios que necesitan de compensación y la prueba contradictoria de su quantum*” y ello con objeto de “*evitar cualquier atisbo de arbitrariedad sobre la posibilidad de ampliación de la indemnización legal o sobre la concreta fijación de su quantum, preservando así la igualdad de partes y toda posible situación de indefensión*”. No habiéndose alegado daños y perjuicios concretos en la demanda, ni habiéndose acreditado los mismos, no puede en el caso enjuiciado confirmarse la indemnización fijada por el juez de instancia.

La segunda Sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de mayo de 2021²⁴, se limita en buena lógica a reproducir literalmente la doctrina contenida en el anterior pronunciamiento de 23 de abril para alcanzar la misma conclusión. No cabía esperar nada diferente teniendo en cuenta que la Sentencia revocada tenía origen en el mismo Juzgado de lo Social 26 de Barcelona, siendo la misma empresa la que efectuó el despido por causas organizativas inexistentes. En instancia se había reconocido una indemnización global de 48.745,53 euros que la Sala reduce a los 1.958,72 euros correspondientes a la indemnización tasada por despido improcedente.

El tercer episodio de la trilogía lo reproduce la Sentencia de 14 de julio de 2021²⁵, que siendo una resolución continuista añade algunos elementos que merece la pena destacar. El supuesto de hecho

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 20 de mayo de 2021 (Rec. 5234/2020) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Miquel Angel Falguera i Baró.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 14 de julio de 2021 (Rec. 1811/2021) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Joan Agustí Maragall.



tiene su origen en un despido disciplinario por bajo rendimiento claramente injustificado respecto del cual la empresa reconoce automáticamente la improcedencia. La Sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Granollers estima en parte la petición subsidiaria de la demanda reconociendo, no la indemnización reclamada de 25.000 euros que califica de “desproporcionada”, pero sí una indemnización superior a la establecida en el artículo 56 del ET por importe de los 5 meses de salario que la trabajadora había perdido como consecuencia de la pérdida del puesto de trabajo por el despido -9.641 euros- más el importe de la indemnización tasada legalmente que asciende a 4.183,93 euros. La sentencia de instancia entiende que *“en el presente caso la aplicación estricta del art. 56 del ET comporta, teniendo en cuenta el salario acreditado, una indemnización por importe de 4.183, 93 € cuantía que, dadas las dimensiones de la empresa, se evidencia totalmente insuficiente para tener un efecto disuasorio y por tanto es contraria al Convenio 158 de la OIT al dejar a la simple voluntad de la empresa la extinción de la relación laboral y, por tanto, equiparable a un mero desistimiento”*.

La Sala reitera nuevamente la doctrina contenida en sus anteriores Sentencias de 23 de abril y 20 de mayo de 2021, pero señala que en el caso enjuiciado no concurre el obstáculo de carácter procesal y de tutela judicial efectiva que llevó a revocar las sentencias de instancia del Juzgado de lo Social 26 consistente en la concreción en la demanda -y acreditación en juicio- de los daños y perjuicios justificativos de la superior indemnización. Por ello, la Sala analiza la concurrencia de los requisitos fijados en sus propios pronunciamientos precedentes.

La concurrencia del segundo requisito -clara y evidente existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato-, a juicio de la Sentencia, es *“manifiesta, especialmente después del fracaso de la revisión fáctica, y se concreta en la práctica de la empresa demandada -en los términos literales de la sentencia- de desistir de los contratos de trabajo a su mera voluntad sin tener que justificar ni siquiera mínimamente los mismos como se refleja en las cartas de despido aportadas”*.

Genera más dudas a la Sala la concurrencia del primer requisito -la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar manifiestamente exigua- en relación con la necesaria acreditación de los daños y perjuicios alegados. Si bien la demanda invoca daños concretos como *“el abandono de una colocación anterior para aceptar la oferta laboral de la demandada, la situación de vulnerabilidad económica generada por el despido, la agravación de la patología psicológica, los gastos médicos generados por la misma o los gastos jurídicos”*, lo cierto es que la sentencia de instancia solo aprecia como perjuicio -bien por considerar los daños anteriores irrelevantes o por no quedar acreditados- la pérdida del puesto de trabajo y la retribución como consecuencia del despido durante los cinco meses transcurridos. Se trata, en términos de la Sentencia, de un *“perjuicio cuya reparación la Sala considera que ya queda cubierto con la indemnización tasada legalmente”*.

Por último, la Sentencia se plantea si una vez descartada la apreciación de insuficiencia indemnizatoria -por quedar incluido el daño apreciado en la indemnización tasada- la cuestión de la “finalidad disuasoria” de la indemnización por sí sola puede justificar el control de convencionalidad



y la fijación de una indemnización superior a la luz de la doctrina contenida en las decisiones del CEDS, llegando a la siguiente conclusión:

“(…) dado que en el presente caso la insuficiencia indemnizatoria apreciada por la sentencia de instancia solo se ha justificado por la finalidad disuasiva pero no desde la resarcitoria, al no apreciarse la concurrencia o relevancia de los daños y perjuicios aducidos por la demandante en la demanda, no podemos entender que estemos ante una situación o “escenario” excepcional que justifique que, en aplicación del control de convencionalidad, se tenga que fijar, por mandato del art. 10 del Convenio 158 OIT, una indemnización superior más adecuada que la fijada en la normativa interna”.

En consecuencia, la Sala estima nuevamente el recurso de la empresa y reduce el importe indemnizatorio al correspondiente según las reglas del artículo 56 del ET.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su Sentencia de 24 de junio de 2021²⁶, ha admitido también la posibilidad de realizar un control de convencionalidad como la “*facultad excepcional de la que, según las circunstancias en cada supuesto concurrentes, los Tribunales nacionales podrán o no hacer uso en el ámbito de la aplicación de la legalidad ordinaria*”, pero en absoluto “*puede imponerse a los Tribunales nacionales el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada en los términos que solo a las partes interesen*”. Por ello, con cita en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de abril de 2021, considera que no concurren en el supuesto de autos las circunstancias excepcionales que aconsejen reconocer una indemnización económica por despido distinta a la prevista legalmente.

Por lo que respecta al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) tendremos que esperar a conocer su opinión sobre el particular. En su Sentencia de 1 de marzo de 2021²⁷ rechaza la concesión de una indemnización adicional a la legalmente tasada por -varios- motivos formales. En primer lugar, la demanda no incluía en el suplico la petición de la indemnización adicional de 60.000 euros que reclama por primera vez en fase de recurso. Además, en el escrito de interposición del recurso de suplicación no citaba el artículo supuestamente infringido del Convenio 158 OIT ni las sentencias del Juzgado de lo Social 26 de Barcelona y del Juzgado de lo Social 1 de Palencia citadas como infringidas constituyen jurisprudencia a efectos del apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

En el extremo contrario a la doctrina elaborada en Cataluña se encuentra el Tribunal Superior de

²⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social), de 24 de junio de 2021 (Rec. 198/2021) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Guillermo Leandro Barrios Baudor.

²⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social), de 1 de marzo de 2021 (Rec. 103/2021) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Manuel Riesco Iglesias.



Justicia de Madrid. En su Sentencia de 1 de marzo de 2021²⁸ niega la mayor, poniendo en duda que sea labor de los tribunales aplicar un control de convencionalidad:

“La legislación española no ha incluido ninguna indemnización especial o singular para el despido carente de causa ni ha distinguido diferentes clases de despido improcedente, calificación que se aplica siempre que el despido no quede justificado por las causas previstas en la ley, a menos que incurra en alguno de los supuestos de nulidad. No cabe en el ordenamiento jurídico español que cada juez o tribunal pueda imponer la indemnización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente. Si el legislador español no hubiera cumplido las disposiciones del Convenio, sería una cuestión que no puede ser examinada en el marco de un proceso judicial, sino en la normativa de la constitución de la OIT y los medios de control que en ella se articulan respecto al cumplimiento de sus disposiciones por los Estados signatarios de los convenios”.

En un segundo pronunciamiento el 18 de marzo de 2021²⁹ afirma categóricamente “que los parámetros legales que existen en España para indemnizar los despidos improcedentes no son en absoluto inadecuados, otra cosa es que en el presente caso la indemnización haya resultado insignificantes dada la escasa duración del vínculo que ligó a las partes”. Sin embargo, deja una puerta abierta al dejar sin examinar la posible infracción del artículo 24 de la CSEr y las decisiones del CEDS “pues en ningún momento se invocó las referidas infracciones ni en la demanda ni en el acto del juicio”.

Posiblemente, otros Tribunales Superiores de Justicia no han tenido ocasión de juzgar supuestos en los que aplicar -o no- el control de convencionalidad a la indemnización por despido improcedente. Y, en algunos casos, no han entrado a analizar la posible concesión de una indemnización superior a la legal puesto que han declarado nulos los despidos sin causa durante la pandemia -en contra de la llamada “prohibición de despedir”-. Este ha sido el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Asturias³⁰ y del País Vasco³¹.

Para finalizar este repaso judicial, abandonando ahora la doctrina de suplicación, menciono aparte merecen los pronunciamientos del Juzgado de lo Social 34 de Madrid, que ha optado en numerosas

²⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 1 de marzo de 2021 (Rec. 596/2020) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Enrique Juanes Fraga.

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 18 de marzo de 2021 (Rec. 136/2021) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro-Pulido Sanz.

³⁰ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social), de 30 de marzo de 2021 (Rec. 384/2021) y de 20 de julio de 2021 (Rec. 1384/2021) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Jorge González Rodríguez.

³¹ Entre otras, Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social), de 23 de febrero de 2021 (Rec. 57/2021) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Florentino Eguaras Mendiri, de 6 de julio de 2021 (Rec. 24/2021) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Félix Lajo González y de 14 de septiembre de 2021 (Rec. 1243/2021) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Luis Asenjo Pinilla.



ocasiones, en virtud de su independencia judicial, por echarle un pulso radical al sistema indemnizatorio vigente. Este Juzgado ya planteó una cuestión de inconstitucional que fue inadmitida mediante Auto del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 2014³². Más recientemente, realizando una construcción basada en el Convenio 158 OIT y las decisiones del CEDS -sin estar ratificada todavía la CSEr-, ha cuestionado e inaplicado todo el sistema legal del despido improcedente -eliminando la opción empresarial entre indemnización y readmisión en el despido improcedente, reinstaurando los salarios de tramitación y derogando la indemnización tasada-, sustituyéndolo por otro de creación jurisdiccional³³. Merece la pena reproducir el fallo de su Sentencia de 21 de febrero de 2020³⁴, que resume perfectamente el riesgo del control de convencionalidad frente al imperio de la ley:

“(...) que debo estimar la demanda interpuesta por (...) contra (...), 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”.

Declaración de improcedencia con readmisión obligatoria para la empresa, abono de los salarios de tramitación con intereses moratorios, reserva de acciones para reclamar daños y perjuicios adicionales y condena a una indemnización “penitenciaría o disuasoria” de 2.500 euros. Más allá de lo anecdótico del pronunciamiento, que no ha pasado el filtro de suplicación³⁵, resulta llamativa la conclusión de su argumentación según la cual las normas internacionales -cuya aplicación prevalece- no admiten otra forma de reparación que no sea la readmisión -estabilidad real-³⁶, lo que difiere del tenor literal del artículo 10 del Convenio 158 OIT y de la doctrina interpretativa del CEDS, fuentes de las que precisamente bebe su razonamiento.

La respuesta que ofrecerá el Tribunal Supremo en esta cuestión es todavía un misterio. No obstante, es previsible que continúe con una posición prudente en la aplicación del control de

³² Auto del Tribunal Constitucional 43/2014, de 12 de febrero de 2014.

³³ MOLINA NAVARRETE, C. Op. Cit.

³⁴ Sentencia núm. 71/2020 del Juzgado de lo Social 34 de Madrid de 21 de febrero de 2020

³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 23 de abril de 2021 (Rec. 7/2021) siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Torres Andrés que revoca parcialmente la dictada por el Juzgado de lo Social 34 manteniendo la declaración de improcedencia, pero condenando a la empresa al abono de la indemnización tasada por despido improcedente o a la readmisión -a su opción-, dejando sin efecto la indemnización adicional disuasoria o penitenciaría.

³⁶ MOLINA NAVARRETE, C. Op. Cit.



convencionalidad. Atendiendo a sus últimos pronunciamientos, la aplicación directa de los tratados está supeditada a que de su texto no se desprenda el condicionamiento a la aprobación de leyes o disposiciones reglamentarias internas, debiendo realizarse únicamente en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando inseguridad jurídica. En este caso, podría argumentarse que la CSEr -en el artículo 24 del Anexo- remite la fijación de la indemnización o cualquier otra reparación apropiada a las leyes o reglamentos nacionales, convenios colectivos u otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales. Igualmente, es discutible que los términos “indemnización adecuada u otra reparación apropiada” utilizados por la Carta puedan considerarse suficientemente claros y ciertos a juicio del Tribunal Supremo para desplazar la aplicación del sistema tasado en el ET.

V. ¿ES EL SISTEMA INDEMNIZATORIO ESPAÑOL CONTRARIO A LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA?

1. **La indemnización tasada como sistema objetivo de medición de daños y perjuicios y su compatibilidad con la CSEr**

En el ámbito del contrato de trabajo, a diferencia del derecho civil, rige tradicionalmente el sistema legal de indemnización tasada. En consecuencia, la compensación económica por extinción del contrato por decisión -no justificada- unilateral del empresario por causa no imputable a la persona asalariada no se calcula con base en parámetros de cuantificación del daño emergente, lucro cesante y/o daños morales causados, sino que su cuantía viene fijada en la ley en función de unos parámetros objetivos -el salario y la antigüedad- a los que se aplican unos concretos topes máximos.

La Tribunal Supremo ha seguido una línea jurisprudencial³⁷ sin fisuras consagrando un régimen específico de resarcimiento, apartado de lo establecido en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil³⁸, consistente en fijar el alcance del mismo de manera objetiva y tasada sin que el juzgador pueda valorar de otro modo los daños o perjuicios causados. Este régimen “*puede unas veces beneficiar y otras perjudicar al trabajador, quien, por una parte se halla libertado de acreditar los daños y perjuicios sufridos, pues su existencia se encuentra amparada con presunción iuris et de iure, y de otra queda privado de acreditar que los daños y perjuicios que sufre alcanzan dimensión económica superior a la que resulta de las precisas reglas de valoración establecidas en la ley*”³⁹.

Con carácter general, por tanto, las reglas generales en materia de obligaciones previstas en el artículo 1.101 y 1.124 del Código Civil son de aplicación al contrato de trabajo tan solo con carácter supletorio, por lo que su aplicación no procede cuando la materia está regulada expresamente en el Estatuto de los Trabajadores, como acontece con la indemnización tasada por despido

³⁷ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 31 de mayo de 2006 (RCUD. 5310/2004) siendo Ponente el Excmo. Sr. Antonio Martín Valverde.

³⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (“Código Civil”).

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de octubre de 1990 (RCIL 527/1990) siendo Ponente el Excmo. Sr. Rafael Martínez Emperador.

improcedente. La excepción a dicha regla general, a pesar de la opinión de algunos autores⁴⁰ a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2016⁴¹ sobre la imposibilidad de readmisión sobrevenida, solo viene siendo admitida cuando la decisión extintiva haya sido adoptada por motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales. En ese caso, recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de mayo de 2020 que el ordenamiento jurídico prevé la compatibilidad de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales con la indemnización que pudiera corresponder por extinción del contrato puesto que cada una de ellas está destinada a reparar un daño diferente:

“Así la indemnización fijada para el despido nulo -abono de los salarios de tramitación- está destinada a resarcir al trabajador por el daño sufrido al no percibir salarios durante un determinado periodo de tiempo en el que no prestó servicios por causa imputable exclusivamente al empresario, derivada de un acto ilícito, cual es un despido nulo. La condena a la empresa a abonar al trabajador el importe de los salarios correspondientes al periodo de tiempo en el que debía haber estado prestando sus servicios, compensa el daño emergente sufrido.

La indemnización por daños morales, derivada de la vulneración de un derecho fundamental, se dirige a compensar el sufrimiento, dolor, incertidumbre, angustia, ansiedad, etc. que la citada vulneración haya podido producir a la trabajadora. En este caso se concreta en la ansiedad que sufre la trabajadora por la pérdida del trabajo y la pérdida de oportunidades de desarrollo profesional”.

También se ha admitido la compatibilidad de indemnizaciones cuando el despido se ha declarado improcedente existiendo vulneración de derechos fundamentales⁴², lo que en la práctica está limitado a determinadas relaciones laborales especiales como la de las empleadas del hogar.

Es indubitado, bajo nuestro humilde punto de vista, que el sistema indemnizatorio vigente en España no es arbitrario, sino que su construcción guarda una lógica ponderada. Es un sistema que exime a la persona trabajadora de la siempre difícil acreditación del daño y garantiza al empresario certidumbre sobre el riesgo económico máximo al que se enfrenta. La fórmula prevista legalmente basada en los parámetros objetivos de antigüedad y salario permite equilibrar, al menos con carácter general, los daños derivados del despido. Además, la indemnización por extinción del contrato es compatible con otra indemnización adicional para los despidos especialmente reprochables como

⁴⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2016). *Compatibilidad de la indemnización por despido improcedente y la indemnización de daños y perjuicios. Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Blog de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de febrero de 2016 (RCUD 2271/2014) siendo Ponente la Excm. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de enero de 2020 (RCUD 2401/2017) siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana.



son aquellos con motivos discriminatorios o en vulneración de derechos fundamentales.

¿Este sistema reconoce una indemnización adecuada u otra reparación apropiada a las personas trabajadoras despedidas sin razón válida en los términos previstos en el artículo 24 de la Carta?

Con carácter previo, no debe olvidarse que la propia Carta Social Europea revisada, en el artículo 24 del Anexo, se remite a los ordenamientos jurídicos nacionales al definir lo que debe entenderse por indemnización o cualquier otra reparación apropiada: “(...) *deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales*”.

Dicho esto, una respuesta categórica a la pregunta planteada seguramente sería errónea. Para la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid “*los parámetros legales que existen en España para indemnizar los despidos improcedentes no son en absoluto inadecuados*”. En opinión del Magistrado titular del Juzgado de lo Social 34 de Madrid toda reparación distinta de la readmisión es inapropiada.

La virtud suele encontrarse en el término medio por lo que compartimos, en esencial, la posición del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Con carácter general, el sistema español garantiza una indemnización adecuada para los despidos improcedentes y una reparación apropiada -la readmisión compatible con una indemnización por vulneración de derechos fundamentales- para los despidos nulos. Solo en determinados supuestos, muy excepcionales, el despido improcedente no está adecuadamente compensado con la indemnización tasada legalmente.

Precisamente para solventar esos supuestos excepcionales se podrá recurrir al control de convencionalidad permitiendo a la jurisdicción ordinaria fijar indemnizaciones diferentes a las tasadas legalmente cuando el despido sea especialmente arbitrario o fraudulento, la indemnización resulte manifiestamente insuficiente y el demandante concrete y acredite los daños y perjuicios adicionales.

2. Los precedentes del CEDS con especial atención a los asuntos *FSSR v. Finlandia y CGIL v. Italia*

El CEDS ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre si determinados aspectos de las legislaciones nacionales vulneraban el artículo 24 de la Carta. En el marco de dichas decisiones el CEDS ha acuñado su propia doctrina interpretativa a la que hemos hecho referencia en apartados anteriores introduciendo términos complejos como el carácter disuasorio de la indemnización que han sido acogidos por algunos tribunales españoles para justificar el reconocimiento de una indemnización superior a la tasada legalmente.

Dos de los precedentes de este Comité merecen especial atención por su posible traslación al sistema indemnizatorio español. La Decisión del CEDS de 8 de septiembre de 2016 en el asunto



FSSR v. Finlandia declara que existe una violación del artículo 24 de la Carta por el establecimiento en la Ley de Contratos de Trabajo finlandesa de un tope en la indemnización por despido improcedente. Tope fijado precisamente en 24 mensualidades de salario que, a juicio del CEDS, puede no ser suficiente para reparar los daños y perjuicios sufridos.

La Decisión de ese mismo Comité de 11 de septiembre de 2019 en el asunto CGIL v. Italia también considera que concurre una vulneración del artículo 24 de la CSEr en el sistema de indemnizaciones introducido en Italia en 2015 y reformado en 2018. Se trata de un sistema similar al español puesto que cada año de antigüedad se devenga una indemnización de dos meses del salario de referencia con unos topes de 6 mensualidades para pequeñas empresas -15 personas trabajadoras o menos- y de 24 o 36 mensualidades para empresas de más de 15 empleados/as -en función de la fecha de contratación y de la fecha de despido-. El CEDS concluye que la existencia de estos topes, sin que existan vías alternativas reales que ofrezcan a las víctimas de un despido ilegal la posibilidad de obtener una indemnización que supere el máximo fijado por la indemnización, no permite en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada y proporcional al perjuicio causado apta para disuadir al empresario de recurrir al despido ilegal.

3. *La reclamación presentada por UGT sobre la disconformidad de la normativa española con el artículo 24 de la Carta*

La respuesta definitiva del órgano competente -el CEDS- a la cuestión de si el sistema indemnizatorio español es contrario al artículo 24 de la CSEr la tendremos aproximadamente en dos años cuando resuelva la reclamación N° 207/2022 presentada por UGT el 24 de marzo de 2022.

La reclamación realiza un repaso del marco regulador sobre el despido sin causa o con causa irreal o ficticia, con especial énfasis en la Reforma Laboral de 2012, sin que la reciente Reforma de 2021 haya modificado la regulación del despido, a pesar de haber contado con la participación directa de UGT, como sindicato más representativo, durante todo el proceso de diálogo social. Introduce también un apartado sobre su admisibilidad dada la aplicación provisional desde la entrada en vigor de la CSEr del Protocolo Adicional sobre reclamaciones colectivas que todavía no ha sido formalmente ratificado por España.

Por lo que respecta al fondo de la reclamación, el sindicato accionante pone de manifiesto las disfunciones de la legislación española en atención a los principios instaurados por el CEDS -con especial referencia al asunto CGIL v. Italia- a raíz de la interpretación del artículo 24 de la Carta: la adecuación / integridad de la tutela indemnizatoria, la efectividad de la protección resarcitoria y el efecto disuasorio de la decisión de futuros despidos arbitrarios o sin causa justificada.

Estas disfunciones vienen dadas, a juicio de UGT, por (i) el carácter tasado de la indemnización basada solo en el salario y la antigüedad; (ii) el carácter claramente insuficiente para ser considerada como una indemnización “suficientemente reparadora y disuasoria”; (iii) el “marginal” poder del que dispone el órgano jurisdiccional para modular la indemnización con una doctrina judicial -de escasa



viabilidad ante el Tribunal Supremo- que califica esta posibilidad como excepcional; y (iv) la insuficiencia de la prestación por desempleo para compensar el impacto económico de la extinción⁴³.

La reclamación pide al CEDS que declare la normativa española relativa a los despidos individuales sin justa causa disconforme con el artículo 24 de la Carta *“en lo relativo a la previsión de un sistema de cálculo legalmente predeterminado desligado tanto de los daños reales sufridos por las personas trabajadoras a razón de una decisión de despido abusiva, arbitraria o sin causa cuando de efecto disuasorio”*. Nótese, dada la amplitud del petitum, que no se está poniendo en duda únicamente la existencia de un tope indemnizatorio como sucedía en las reclamaciones del CGIL o de la FSSR, sino la totalidad del sistema de indemnización tasada, por lo que la resolución que pueda dictar el Comité será de extrema relevancia, no solo para resolver la cuestión planteada, sino para el resto de los países cuya indemnización se calcula con base en parámetros objetivos.

VI. POSIBLE REFORMA LEGISLATIVA

Algunos grupos parlamentarios como ERC, EH Bildu o BNG han registrado una proposición de ley que incluye entre sus medidas el aumento de las indemnizaciones por despido para recuperar los 45 días de salario por año de servicio previos a la Reforma Laboral de 2012. Dentro del propio Gobierno, la Ministra de Trabajo se ha mostrado a favor de reformar la indemnización por despido improcedente apostando por un “despido restaurativo y disuasorio” al estilo europeo⁴⁴. Nada de esto último se ha concretado, pero sí se han apuntado algunos factores que podrían tenerse en cuenta para elevar la indemnización por despido como la cercanía a la edad de jubilación o el periodo de cotización del que disponga la persona trabajadora en el momento del despido.

Dentro del panorama doctrinal⁴⁵ y judicial también hay voces que piden al legislador una modificación del modelo indemnizatorio del despido. Es destacable a este respecto la llamada que realiza el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a una revisión profunda de este modelo considerando que su propia doctrina determina que la indemnización resultante de la aplicación del artículo 56 del ET puede no resultar “adecuada” -y, por tanto, contraria al Convenio 158 OIT y a la CSEr- en supuestos del todo excepcionales. Surge la pregunta de si es tan necesaria la revisión profunda de todo el sistema para dar respuesta a supuestos totalmente puntuales.

Sin embargo, después de leer todas estas opiniones autorizadas, no logramos extraer la solución para que el sistema indemnizatorio garantice el cumplimiento absoluto -en todos los casos- del artículo 24 de la CSEr en relación con la doctrina interpretativa del CEDS.

⁴³ ROJO TORRECILLA, E. Op. Cit.

⁴⁴ <https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/yolanda-diaz-subir-indemnizacion-despido-trabajadores-mas-edad/2867912/>

⁴⁵ BAYLOS, A. (2020) *Las indemnizaciones por despido individual improcedente: un sistema rígido y disfuncional que debe ser modificado*. Blog según Antonio Baylos.



El restablecimiento de los 45 días como módulo indemnizatorio no va a convertir el sistema en disuasorio ni reparador del daño para determinados casos en los que la antigüedad de la persona trabajadora es mínima. Cualquier otro sistema que incluya otros factores adicionales en la fórmula de cálculo de la indemnización -como la edad o la cotización acumulada- va a ser un sistema tasado, legalmente predeterminado, que puede omitir escenarios en los que la indemnización resultante no será suficientemente resarcitoria ni disuasoria. La desregulación absoluta, dejando al arbitrio del juez la fijación de una indemnización por daños y perjuicios, generaría una inseguridad jurídica total y una dificultad añadida para la persona trabajadora encargada de concretar y acreditar los perjuicios realmente sufridos. El establecimiento de una fórmula como la actual como indemnización mínima sobre la que el órgano judicial pudiera adicionar una adicional con base en criterios como la arbitrariedad de la conducta, el contexto en el que se produce el despido o la trayectoria profesional de la persona despedida, no sería coherente con la vinculación que debe tener la indemnización con los daños reales sufridos por la persona despedida, que podrían ser incluso menores que el resultado de la indemnización tasada. Quizás las fórmulas anteriores harían necesaria la diferenciación entre despidos sin causa, despidos con causa insuficiente, despidos con causa suficiente no acreditada en juicio, etc. A todo lo ello se añaden problemas que no son solo laborales, sino de índole tributaria⁴⁶ que obligarían también a reformar la redacción actual del artículo 7.e) de la Ley del IRPF⁴⁷.

Puede parecer una aproximación poco constructiva, pero creemos que antes de modificar un sistema como el existente, con sus virtudes y sus defectos, debe encontrarse uno alternativo que solucione las deficiencias generadas por el sistema actual sin crear otras de igual o mayor calado.

VII. REFLEXIÓN FINAL

Siguiendo la acertadísima reflexión de BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ (2022)⁴⁸ sobre el efecto disuasivo de la indemnización por despido y el escenario descrito por SAUTOY⁴⁹ en su síntesis de la teoría de la evolución de la vida según Darwin:

⁴⁶ SELMA PENALVA, A. y MIRAS MARÍN, N. (2021). *La nueva teoría de la indemnización creciente ¿cómo tributan las cantidades percibidas? Aspectos laborales y tributarios derivados del incremento jurisprudencial de la indemnización por despido improcedente*. Revista española de Derecho Financiero N° 192/2021.

⁴⁷ Artículo 7.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio ("Ley del IRPF"): "*Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato*".

⁴⁸ BELTRÁN DE HEREDIA, I. (2022). *Valor social del trabajo y el despido injustificado "agravado": la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de "disuasión marginal"*. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Volumen 10, número 1, pp. 39-68.

⁴⁹ M. DU SAUTOY. (2016). *Lo que no podemos saber*. Acantilado, p. 74.



“Imagínense una población de jirafas con el cuello corto que viven en un entorno en el que la vegetación cambia y la comida sólo es accesible en los árboles más altos. Sólo las jirafas con el cuello más alto tendrán probabilidades de reproducirse antes de morir.

(...) la suerte de sufrir una mutación adaptada a este cambio de entorno, para cada una de las jirafas nacida en la siguiente generación. Si sale 1, 2, 3, 4 o 5, la jirafa queda condenada a tener un cuello de la misma longitud o más corto, y si sale 6, tiene la suerte de sufrir una mutación que produce un cuello más largo. Las jirafas de cuello largo consiguen la comida y las jirafas de cuello corto no sobreviven lo suficiente como para reproducirse. Así que son justamente las jirafas de cuello largo las que tienen la oportunidad de transmitir su ADN.

En la siguiente generación pasa lo mismo. Si en el dado sale 1, 2, 3, 4 o 5, la jirafa no crece más que sus padres. Pero otro 6 hace que la jirafa crezca un poco más. De nuevo la jirafa más alta sobrevive. El entorno favorece a las jirafas que han sacado un 6. Cada generación termina siendo un poco más alta que la generación anterior, hasta que llega un momento en el que ya no supone ninguna ventaja crecer más.

(...) En retrospectiva, parece muy sorprendente ver tantos seises en fila. Pero la clave es que no vemos otros muchos resultados de la tirada del dado porque corresponden a individuos que no sobrevivieron para reproducirse. Lo que parece un juego amañado no es más que una combinación de suerte y selección natural”.

Para el sector doctrinal y judicial que defiende que el importe de la indemnización por despido improcedente no es adecuado, la mera existencia de despidos sin causa es la prueba irrefutable de que el sistema no es suficientemente disuasorio. Sin embargo, esta valoración podría estar sesgada -como en el caso de las jirafas con cuello alto- porque solo reparamos en los casos que se han materializado. El resto de situaciones en las que la indemnización tasada por despido sí ha tenido un efecto disuasorio -y ha impedido la decisión del despido sin causa- han quedado en la sombra.

Por tanto, es difícil evaluar si la indemnización por despido establecida en el artículo 56 del ET es adecuada y suficientemente disuasoria elevando a categoría supuestos muy concretos - excepcionales según la doctrina judicial- en los que el importe indemnizatorio es manifiestamente insuficiente para reparar los daños causados por un despido especialmente arbitrario o fraudulento.

En definitiva, antes de poner en jaque todo el sistema indemnizatorio español mediante una reclamación colectiva ante el CEDS o de realizar una revisión profunda del modelo actual, debe valorarse si existe alguna fórmula más adecuada -en su conjunto- que la establecida legalmente. Bajo nuestro punto de vista, a modo de conclusión, el sistema indemnizatorio responde a principios necesarios de seguridad jurídica para el empresario y exoneración de acreditación del daño para la persona trabajadora. En la mayoría de los supuestos el importe resultante es adecuado para resarcir el daño causado. Es difícil evaluar las veces que resulta disuasoria para el empresario -la mayoría-



porque solo se materializan los supuestos en los que no lo es. Y, por último, las disfunciones que se puedan generar -muy excepcionales- podrán ser subsanadas por los tribunales aplicando con cierta mesura el control de convencionalidad.

