

La “obsolescencia legalmente programada” del despido improcedente en España. Por qué y cómo corregirla en virtud de la Carta Social Europea Revisada

The “legally programmed obsolescence” of unfair dismissal in Spain. Why and how to correct it under of the Revised European Social Charter

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén*

ORCID ID: 0000-0001-8830-6941

doi: 10.20318/labos.2023.8257

“El régimen jurídico del despido en España es un ejemplo clamoroso... de una ineficacia de las normas programada por el propio Derecho que parece sometido a un trastorno bipolar: máxima protección para unos trabajadores y protección mínima o nula para otros”.

AURELIO DESDENTADO BONETE*.

Resumen: Este estudio aborda dos cuestiones jurídicas relevantes. De un lado, expone las razones por las cuales entiende que la regulación del despido improcedente en España no solo está en disconformidad con la Carta Social Europea Revisada, sino que es ineficaz e inequitativa (genera brechas resarcitorias regresivas), incapaz de cumplir adecuadamente con su función constitucional. De otro, expone las diversas opciones existentes para la debida reforma legislativa, que ya ha comprometido el nuevo Gobierno en el pacto entre PSOE y Sumar, pronunciándose por la que considera más adecuada y razonable.

Palabras clave: Despido improcedente, indemnización tasada, Carta Social Europea Revisada, Comité Europeo de Derechos Sociales, derecho a una reparación adecuada

Abstract: This study addresses two relevant legal questions. On the one hand, it explains the reasons why it understands that the regulation of unfair dismissal in Spain is not only in disagreement with the Revised European Social Charter but is also ineffective and inequitable (it generates regressive compensation gaps), unable

*AAVV. (Dir. ID-Coord.: De La Puebla Pinilla, A.). Despido y crisis económica. *Los despidos económicos tras la reforma laboral*. Un análisis desde el Derecho y la Economía, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 31.

to adequately comply with its constitutional function. On the other hand, it exposes the various existing options for due legislative reform, which the new Government has already committed to in the pact between PSOE and Sumar, deciding on the one it considers most appropriate and reasonable.

Keywords: Unfair dismissal, assessed compensation, Revised European Social Charter, European Committee of Social Rights, right to adequate compensation.

I. Introducción. El desplazamiento, no solo político, sino jurídico, del centro del debate sobre la indemnización por despido improcedente

Mientras que las personas que nos dedicamos a cultivar el Derecho del Trabajo, sea desde eso que se conoce (a veces con cierta carga peyorativa, evocando cierta esterilidad del entretenimiento especulativo teórico) como el mundo de la “disquisición académica” o sea de lo que se define (a veces más valorado por su –dicen– mayor practicidad) como la “experiencia forense” (práctica profesional –abogacía, graduación social, judicatura–), seguimos enzarzados (quizás ya algo inútilmente) en el debate en torno a si la actual regulación española del despido improcedente (art. 56 ET) se adecúa o no al art. 24 de la Carta Social Europea Revisada (CSER), en el mundo de la política ya se ha superado y se ha dado un paso más. Como es bien conocido, en el pacto alcanzado entre el PSOE y Sumar para reeditar un Gobierno de coalición, inicialmente apoyado en la investidura por el heterogéneo arco de grupos parlamentarios “independentistas” (no solo nacionalistas), se contempla el siguiente compromiso, relativo a la culminación (tantas veces invocada) del “Estatuto del Trabajo del siglo XXI”:

“ (...). El Estatuto también incorporará, entre otros, los siguientes contenidos imprescindibles:

– (...)

– **Establecer garantías para las personas trabajadoras frente al despido, dando cumplimiento a la Carta Social Europea y reforzando la causalidad en los supuestos de extinción de la relación laboral**¹

En suma, el Gobierno recientemente constituido, y de suerte especialmente incierta por el difícil equilibrio de la mayoría forjada, asume que la regulación española actual estatutaria (y procesal) es inadecuada al sistema de la Carta Social Europea y propone su reforma, para adecuarse a lo que requiere el art. 24 CSER, conforme a la doctrina de su órgano máximo de garantías de cumplimiento e interpretación auténtica, el –tan poco valorado– Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). El eje pasa ahora, pues, de la adecuación o no, pues se da por hecha la disconformidad y, por tanto, la condena futura inmediata del CEDS, ante sendas reclamaciones sindicales planteadas en Estrasburgo, al del contenido concreto de la reforma legislativa debida para adecuarse a sus imperativos. De este modo, pese a que el Gobierno precedente contestó a la reclamación colectiva de UGT ante el CEDS afirmando que nuestro sistema jurídico cumple

¹ Acuerdo de Gobierno intitulado: “España Avanza. Una nueva Coalición de Gobierno progresista”, octubre 2023, página. 11. <https://static.eldiario.es/eldiario/public/content/file/original/2023/1024/11/acuerdo-gobierno-coalicion-2023-def-pdf.pdf>

con la CSER, parece que el nuevo asume lo contrario y, por tanto, propone una reforma legislativa para cumplir

Ciertamente, no es ningún dechado de concreción ni precisión del texto. En realidad, genera más incertidumbres de las muchas existentes. Y ello porque apunta a una apertura en canal de toda la regulación del despido. En efecto, en su lacónica, pero enigmática, formulación, no solo afectaría al despido sin causa justa (despido arbitrario), que es el “melón abierto” ante el CEDS, sino que sugiere abrir otro(s), el (los) de la causalidad de toda extinción laboral. Por tanto, del despido objetivo procedente (sin duda por causas económicas, pero quizás también por ineptitud sobrevenida) y ¿el del periodo de prueba?

A la luz de otros documentos del Grupo Parlamentario que ha puesto toda “la carne en el asador” de este tema, Sumar, la ambición de la reforma del despido va mucho más allá de la cuestión que ahora centra el debate en nuestro país sobre la materia. Otra cosa bien distinta será la posibilidad real de que salga adelante, dada la conjunción de intereses muy contrapuestos en la nueva mayoría parlamentaria conformada, por cuanto en ella se dan cita “partidos más progresistas” y otros “partidos más conservador-liberales”, que ya se opusieron, en el proceso-debate sobre la reforma laboral de 2021, a ir más allá en este aspecto, dando por buena la regulación actual. Ni tan siquiera aceptaron la más mínima reforma, que era volver a la indemnización de 45 días por año de servicio.

Ni que decir tiene que no pretendo entrar aquí en tan compleja e incierta cuestión, que requiere un análisis mucho más detenido del que es recomendable realizar en este estudio. Tiempo habrá para ello, pues será inexorable entrar en profundidad en tan enigmática, pero determinante, propuesta de reforma legislativa futura del Estatuto. En este momento pretendo centrarme en una cuestión más concreta, aunque no puntual ni episódica, sino nodal, de este debate. Particularmente, partiendo de que el sistema legal de indemnización tasada y topada por despido improcedente (eufemismo español para el despido sin causa justificada –incluso sin causa– o despido arbitrario) es inequívocamente disconforme con el exigido por el art. 24 CSER, en la doctrina legal (eludo deliberadamente el término “jurisprudencial”, por ser discutido y discutible) constante del CEDS, trataré de afrontar, siquiera sucintamente, en este estudio me aventuraré sobre cuáles deberían ser, a mi juicio, los mínimos exigibles en la reforma legal (entiendo que por Ley, no por Real Decreto-ley² tras el necesario periodo de diálogo social –de acuerdo aquí complejo por la oposición empresarial férrea a debatir este tema–) auspiciada para cumplir con el sistema de reparación adecuada de la CSER.

² La creciente generosidad (lamentablemente en función del origen político-partidista de la mayoría forjada) del TC con las razones de urgencia del –abusado– Real Decreto-ley (vid. últimamente la sentencia del TC, dictada en el mes de octubre de 2023, que ha rechazado, por mayoría –de 6 a 4, y una abstención–, el recurso del PP contra RDL 9/2021, por el que se modificó el ET para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales “–ley rider”–.), no creo que un aspecto tan significativo como el de la reforma del despido pueda hacerse con el recurso a tal técnica. En última instancia, tampoco sería un buen cauce para superar el plus de dificultades de la aritmética parlamentaria, pues 20 días después habría que pasar el trámite de convalidación.

Soy consciente de que el debate relativo a la adecuación o cumplimiento de la CSER plantea, al menos, dos frentes. Uno, el de la indemnización adecuada, otro el relativo a la readmisión obligatoria (y la facultad de opción general dada a quien ejerce con amplia arbitrariedad la decisión extintiva, en vez de concedérsela a quien la sufre —en línea con lo que se reconoce para la representación laboral y para personas trabajadoras cubiertas por convenios que así lo determinan—). El primero ha centrado la reclamación de UGT, mientras que el segundo se ha incorporado también a la reclamación de CCOO. En este estudio me centraré solamente en el primero, por varios motivos, que podría resumir en tres. A saber: su mayor concreción jurídica, la más elevada atención en el debate público y, honestamente, su mayor certidumbre jurídica (la posición personal de cada cual es libre y respetable, por supuesto), porque, a diferencia de la cuestión relativa a la readmisión, donde la doctrina es más modulada (ej. Decisión sobre el fondo del CEDS, de 5 de julio de 2022, *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse* contra Francia, reclamación 175/2019), es de evidencia que una indemnización tasada es disconforme con la CSE.

Pero el enfoque de este estudio no se centrará en un análisis y valoración puramente normativos (juicio de validez jurídica y propuesta de reforma legislativa) de esta cuestión del derecho a un resarcimiento económico adecuado, con el doble efecto de reparación íntegra y efecto disuasorio eficaz, en situaciones de despido sin causa justificada (el coste o precio del despido arbitrario), sino que pretende ir más allá. Si, como ilustra la cita de autoridad que se ha elegido para encabezar este estudio, hace más de una década que se sabe que nuestro sistema indemnizatorio tasado y topado tiene inculcado un “programa” (un “troyano”, diríamos hoy) que aboca a su “obsolescencia” (programación del fin de la vida útil, primando la función de garantía de rentabilidad económica frente a la de calidad) o “ineficacia programada”, hoy ya disponemos de los datos estadísticos contundentes que hace de esa observación una evidencia, alejándose de los meros augurios o profecías. Pese a que, una vez más, en la opinión publicada se puede leer que “España tiene al despido más caro de toda la Unión Europea”³, un análisis realista de las normas vigentes pone de relieve lo contrario, lo que explicaría que, al tiempo, España sea uno de los países de la Unión que más despidos individuales realiza, batiendo récords año tras año, pulverizados en 2023⁴, pese a las reformas orientadas a priorizar la flexibilidad interna sobre la externa. Entonces, si tan caros fuesen ¿por qué son masivos los decididos y mayoría conciliados, sea extrajudicial sea judicialmente, asumiendo de buena gana “tan alto precio”?

No se trata solo de una evidente ineficacia de la regulación actual del derecho a un resarcimiento adecuado frente al despido improcedente (sin justa causa o arbitrario), que

³ ESTEBAN, J. (2023). “España tiene el despido más caro de la Unión Europea” <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12477124/10/23/espana-tiene-el-despido-mas-carro-de-la-union-europea.html#:~:text=>

⁴ España pulveriza los registros de despidos: superan los 476.000 en la primera mitad de 2023. <https://www.eleconomista.es/economia/noticias/12406781/08/23/espana-pulveriza-los-registros-de-despidos-superan-los-476000-en-la-primera-mitad-de-2023-.html>

hace que la disconformidad al art. 24 CSER no lo sea solo en el plano normativo, sino también en el de su aplicación práctica más frecuente, no solo media⁵. El problema de inadecuación es aún mayor, porque incide de manera notablemente desigual en las diversas personas trabajadoras, de modo que desprotege más a quienes tienen una mayor vulnerabilidad en sus posiciones contractuales de mercado (ej. temporalidad, parcialidad, fijeza discontinua, personas con menores tasas de empleabilidad, etc.), favoreciendo en cambio a las personas trabajadoras con mejor posición contractual de mercado (ej. a las personas con salarios más elevados y amplia antigüedad). Por lo tanto, lejos de cumplir una función de asignación justa de los costes de despido arbitrario (dimensión social o de “des-mercantilización”⁶) las normas provocan resultados de regresividad e insolidaridad, lo que no puede estar más distante de identificar un sistema de protección resarcitoria frente al despido sin causa justa socioeconómicamente adecuado o apropiado, no solo normativamente, se insiste.

II. “Si las barbas del vecino veas cortar...”: Razones de invalidez, ineficacia e inequidad de un sistema de indemnización tasada por despido arbitrario

1. Juicio de (in)validez: La inequívoca razón jurídica de la disconformidad del sistema de indemnización tasada y topada con la doctrina del CEDS

1.1. La interpretación de la ley nacional conforme a la internacional, prevalente, no puede prescindir de la realizada por su órgano máximo de garantías, aunque no se trate de un tribunal ni dice sentencias

Creo no ser ningún inconsciente hacer una afirmación tan rotunda (hay quien la tendrá por osada, incluso excesivamente confiada) como la apenas realizada: si una cuestión jurídica hay cierta en todo este marasmo en torno a la valoración y, en su caso, necesidad de reforma legislativa, de la regulación del despido sin causa justa en España, es la de la evidente o manifiesta disconformidad de nuestro “moderno” (el “antiguo” o “viejo” era otro diferente y opuesto, como se recordará brevemente) modelo resarcitorio, basado en una indemnización tasada y topada por despido improcedente, al art. 24 CSER. ¿Muestro desconocimiento o infravaloro la legión de opiniones jurídicas de ilustres juristas que se muestran en sentido radicalmente contrario⁷, así como la práctica totalidad de la doc-

⁵ A favor de esta visión de ineficacia vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor* 1/2023, pp. 10 y ss.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”, *Labos*, vol. 2, nº 2, 2021, p. 61.

⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., MUROS POLO, A. “La indemnización por despido improcedente ante la interpretación de la carta social europea revisada: análisis de las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CC OO”, *LA LEY Unión Europea*, N.º 117, septiembre 2023

⁷ Cfr. LAHERA FORTEZA, J. “Adecuación jurídica internacional y defensa de la indemnización tasada en el despido improcedente”, *Briefs AEDTSS*, 41, 2023. <https://www.aedtss.com/adequacion-juridica-internacional-y-defensa-de-la-indemnizacion-tasada-en-el-despido-improcedente/>

trina judicial que se ha pronunciado en materia, con la excepción de la posición crítica del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –TSJC–?

No, por supuesto. Lo que sí pretendo expresar es que ese debate es hoy más interesante que interesante, porque no se fundamenta sobre un procedimiento hermenéutico normal, sino artificial y anómalo respecto de los cánones ordinarios y consolidados en la cultura jurídico-social actual. Trato de explicarme mejor con las debidas razones jurídicas, según exige toda construcción argumental seria del Derecho (Social del Trabajo)⁸.

Quienes asumen la conformidad argumentan básicamente sobre un triple –errado, a mi entender– argumento. El primero (veremos los otros dos –carácter no vinculante de la doctrina del CEDS y riesgo de inseguridad jurídica de la superación del sistema de la indemnización tasada– en apartados posteriores) afirma que la norma nacional –resultante de un enfoque liberal y economicista de la regulación del despido sin causa justa, e incluso sin causa– es conforme con la –social y garantista– europea si nos mantenemos en la (pobre e indeterminada) literalidad del art. 24 CSER. Ahora bien, si en vez de escudarse en la letra de la norma internacional, se recurre, como es obligado ex art. 96 en relación con el art. 10.2 de la CE, siguiendo consolidada doctrina del TC (también orillada en el debate actual), a la doctrina interpretativa de ese precepto, la doctrina fijada constantemente, sin cambios ni equívocos, por su órgano máximo de garantías (intérprete máximo, que no único), el CEDS la cuestión cambia notablemente, evidenciándose la disconformidad⁹.

Recordemos brevemente el valor jurídico-interpretativo de esta doctrina, según la doctrina constitucional, pues es el verdadero punto doliente, el nudo gordiano, de la cuestión. Así se reafirmaría en el debate análogo existente en otras experiencias jurídicas próximas a la nuestra. Sería el caso de la italiana, cuya Corte Constitucional no le atribuye valor de una doctrina jurisprudencial vinculante, a diferencia de la jurisprudencia del TEDH, pero sí le da un importante valor interpretativo a la hora de determinar la inconstitucionalidad de las leyes que fijan indemnizaciones tasadas y topadas. O de la francesa, cuya Corte de Casación se rebela expresamente contra la doctrina del CEDS, que no acepta atender, pese a las reiteradas condenas contra el Estado francés del CEDS, porque ni el art. 24 CSER sería una norma directamente aplicable, sino un mero progra-

⁸ Como forma de integrar las tres visiones clásicas de Teoría del Derecho (normativismo, realismo jurídico, e iusnaturalismo) ha venido adquiriendo fortuna, sobre todo en los Estados Constitucionales, la visión (más integral y pragmática) del Derecho como un sistema de argumentación. ATIENZA, M. (1999). El Derecho como argumentación. *Isegoría*, (21), 37-47. <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.76>

⁹ Así lo vengo defendiendo desde hace 3 años. MOLINA NAVARRETE, C., «Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea : nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT», en Salcedo Beltrán, C. (dir.): *La Carta Social Europea Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 145-196; ID. «Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, N.º 469, 2022. En este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor 1/2023*, versión digital.

ma de desarrollo legislativo nacional, ni la doctrina del CEDS crearía doctrina jurisprudencial que haya que seguir necesariamente por el TS nacional.

¿Qué dice el TC español a estos efectos, al menos en un plano general de dogmática jurídica-constitucional en esta materia, sin desconocer que luego su práctica constitucional se muestra más equívoca y errática? Su posición normativo-interpretativa no es ambigua, sino muy contundente en el sentido de afirmar que:

“Ahora bien, el que los *Dictámenes del Comité* (en el caso relativo a los Derechos Humanos de las Naciones Unidas) no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las Sentencias del TEHD, *no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción* de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, ...no sólo forma parte de nuestro Derecho interno (art. 96.1 CE), sino que además, y por lo que aquí interesa (conforme al art. 10.2 CE, la interpretación de las normas internas relativas a la norma internacional de aplicación) *no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados...*internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2)” (STC 116/2006, 24 de abril, FJ 5, párrafo primero)

A mi entender, esta rotunda doctrina constitucional zanja el debate, algo estéril, en torno a si la doctrina constante del CEDS es o no jurisprudencia. Las leyes no se pueden interpretar por los Tribunales nacionales sin las normas internacionales, en este caso la CSER, y estas no se pueden comprender sin la interpretación de sus órganos de garantía, al margen de la forma jurídica que en su formulación adopten, conforme a las normas internacionales que la regula. El TC vuelve a incidir en ello, por si hubiese alguna duda:

“Este Tribunal, desde sus primeras Sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España..., habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto...forma el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español” (STC 116/2006, 28 de abril, FJ5, párrafo segundo)

Ante la contundencia y rotundidad de esta doctrina no alcanzamos a entender cómo se sigue poniendo en duda el valor jurídico-interpretativo de la doctrina del CEDS (un caso fragante fue, hasta hace poco, la aceptación resignada del valor puramente político de la doctrina del CEDS sobre el SMI, cuando era, y es, más que evidente que el art. 27 ET no es conforme al art. 4 de la CSE en su interpretación por el CEDS –que exige incluir como garantía objetivada del derecho a un salario suficiente un SMI de al menos el 60 por cien de la retribución bruta media del país, no siendo, pues, una cuestión de decisión política o reglamentaria, sino una exigencia jurídica ineludible¹⁰). Seguir resistiéndose a su valor jurídico, como se hace por insignes juristas del trabajo,

¹⁰ No lo asume así, optando por dar preferencia a la norma comunitaria, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. “El SMI aprobado y la conformidad con la Directiva de salarios mínimos adecuados”, Foro de Labos, 16/2/2023, <https://www.elforodelabos.es/2023/02/el-smi-aprobado-y-la-conformidad-con-la-directiva-de-salarios-minimos-ade cuados/>

parece más propio de un pasado melancólico de nostalgias perdidas que de la debida comprensión multinivel del sistema contemporáneo de garantías sociales. Su virtualidad no es elegible en el proceso interpretativo, sino debida, por más que sea criticable y modulable, por supuesto.

1.2. ¿Quién es responsable del actual estado conflictual, no dialógico, entre el CEDS y los Altos Tribunales nacionales?: La deconstrucción del proceso interpretativo del art. 24 CSER contraria la Constitución y la hermenéutica jurídica moderna

Constitucional y culturalmente, pues, es difícil de entender cómo se ha llegado a este gran “diálogo de sordos”¹¹. Un desencuentro o relación conflictual que no es inocente ni se explica en realidad por una eventual complejidad técnico-jurídica de la cuestión, sino por motivos estrictamente de política jurisdiccional del Derecho en esta cuestión. En virtud de la cual los Tribunales nacionales, sobre todo los de más alto nivel, se resisten (ahora que se han resignado a la primacía del TJUE, y del TEDH¹², también en materia sociolaboral, pese a ser un tribunal de derechos civiles), a edificar un nuevo nivel jurídico al que tener que plegar sus doctrinas jurisprudenciales más consolidadas y pacificadas. Y ello es así máxime ante la convicción (en parte real –en otra no tanto–) de que el CEDS atiende a un canon hermenéutico que contrasta con el típico continental, al ser especialmente creativo, más propio de una jurisdicción anglosajona, y de máxima intensidad garantista social (garantismo jurídico-social máximo), incluyendo niveles objetivos de intensidad protectora (canon objetivo de control del ajuste que recorta la discrecionalidad, incluso económica, legal nacional, aún con su margen de apreciación), mientras desatiende la ponderación de las razones económicas de los ordenamientos nacionales, especialmente presentes en ellos tras los procesos últimos de flexibilización y liberalidad en la gestión del factor trabajo por parte de las empresas (protegidas por la libertad de empresa ex art. 38 CE y art. 16 CDFUE).

Este activismo jurídico de cuño garantista social puede gustar más o menos, o no gustar en absoluto. Además, la función del jurista, cualquiera que sea su naturaleza y función (académica o doctrinal, jurisdiccional o aplicativa), debe incorporar la facultad de criticar las construcciones del CEDS, al igual que se hace con el resto de Altos órganos de garantía jurisdiccional, sin que el CEDS esté blindado a tal fin como intérprete único de la CSER (como a veces defienden, con exceso, quienes se enrocan en su naturaleza de “jurisprudencia vinculante”). Ahora bien, lo que no está permitido a la interpretación es

¹¹ VIVERO, J. “Anatomía de una valoración crítica. La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido injustificado”, En la *Colección de Briefs* n. 48, año 2023, AEDTSS, <https://www.aedtss.com/anatomia-de-una-valoracion-critica-la-doctrina-del-comite-europeo-de-derechos-sociales-sobre-el-despido-injustificado/>

¹² Para la creciente influencia de la jurisprudencia del TEDH en el ámbito sociolaboral vid. PRECIADO DOMENECH, C.H. *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Bomarzo, Albacete, 2023.

deconstruir el proceso hermenéutico normativamente asentado tras el positivismo más formal e irrealista, de modo que se vuelva al texto literal, desnudo de interpretación auténtica, para comprender el mandato del art. 24 CSER. Esto es, no es admisible que, sobre la crítica, legítima, de eventuales excesos creativos o de innovación interpretativa del CEDS, se predique una interpretación literal y simplificada del art. 24 CSER (y su Anexo con valor normativo), como si no contara con un cuerpo doctrinal constante que le da sentido a la norma, leyendo lo que en la letra de la ley no está, como la readmisión obligatoria (que, como se dijo, el CEDS no interpreta de forma radical, como muestra el rechazo de la reclamación sindical francesa en tal sentido en la citada Decisión de Fondo de 5 de julio de 2022).

Parece claro que cuestionar su valor jurídico interpretativo sobre la crítica global de “iusnaturalismo” de esta doctrina legal internacional social (o “neo-institucionalismo”¹³ del Derecho Internacional de los derechos humanos, civiles y/o sociales), a la que siempre se le reprocha desviarse del principio de legalidad formal, incitar a la arbitrariedad judicial y diluir la seguridad jurídica, resulta exorbitante respecto del proceder jurídico debido, en virtud del funcionamiento del juicio de convencionalidad ex art. 96 CE y de su dinámica conforme a la propia doctrina constitucional. Que el origen de la doctrina legal del CEDS sobre el art. 24 CSER se remonte en el tiempo (principios de este siglo) y que primero se articulara en torno al sistema de Conclusiones sobre Informes nacionales respecto de unos países de cuestionados Estados Democráticos de Derecho (ej. Bulgaria, Turquía, Chipre, Albania), banalizando este procedimiento por no responder al principio contradictorio al que sí sirve el de reclamación colectiva, manteniéndola después de forma reiterada en sus múltiples decisiones de Fondo, más obedece a la coherencia jurídica del CEDS, que no se comporta argumentalmente de un modo para las Conclusiones y de otro cuando tiene que afrontar Decisiones de Fondo, que a la pretendida arbitrariedad argumental del CEDS, desautorizado como pura envoltura jurídica formal de lo que sería solo fruto de una pretendida decisión política, producto del voluntarismo “del intérprete... creador más que de la ardua tarea de argumentación jurídica...”¹⁴. Asimismo, que la ley reguladora de la jurisdicción española no le otorgue a su doctrina valor jurídico para fundamentar ni un recurso de casación para la unificación de doctrina ni de revisión de sentencias firmes, a diferencia de lo que sí se prevé para la jurisprudencia del TEDH (el “hermano rico”) no conlleva, conforme a la doctrina constitucional, negar su valor interpretativo.

No es ni racional ni coherente constitucional y hermenéuticamente desplazar el contenido jurídico atribuido por el órgano de garantías instaurado en el sistema de la CSE al art. 24 CSER, por el propio de los Tribunales nacionales, o del intérprete nacional en sede académica, solo porque parece excesivo y de máximos exorbitantes. Se

¹³ Como se ha evidenciado, el neoinstitucionalismo, aunque mantiene su anclaje con el principio de positividad jurídica propio de la Ciencia del Derecho, frente a la sociología, ofrece una comprensión “más abierta” del ordenamiento jurídico y trata de “superar la clásica dialéctica interna entre coherencia formal y material. Pero, se enfrenta al reproche de conculcar el principio de legalidad, animar la arbitrariedad judicial y disolver la seguridad y la certeza jurídicas”. Vid. SUÁREZ LLANOS, M. Leonor, “El concepto dinámico de validez jurídica neoinstitucionalista”, *Anuario de filosofía del derecho*, N. 22, 2005, p. 334.

¹⁴ Cf. VIVERO RIVERO, J. “Anatomía de una valoración crítica...”. Ob. cit.

trata únicamente de establecer un sistema de estabilidad obligacional (no impone el real, como parece entender la reclamación colectiva de CCOO, pero el propio CEDS, ese que parece tan extremadamente progresista, ha rechazado en la Decisión de Fondo 5 de julio de 2022) que no resulta arbitrario, pues solo recuerda que los daños derivados del despido deberían ser reparados íntegramente y tener un efecto disuasorio de la arbitrariedad. ¿Qué tiene de imposibilidad jurídica esta interpretación, fuera de la decisión política de favorecer leyes más liberales y flexibles que sociales y tuitivas de estabilidad? Se podrá estar o no de acuerdo, pero parece evidente que no se le puede negar al CEDS la función para la que está creado en la norma internacional y resulta vinculante, no elegible, para todo Tribunal y para toda interpretación nacional de una ley que venga condicionada por el art. 24 CSER y cuyo contenido, por determinación de su órgano de garantías, acoge en parte, y difiere en otra, del art. 10 del Convenio 158 OIT (cierto, uno de los menos ratificados) y de la interpretación de este por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR).

Una doctrina del órgano de garantías de cumplimiento convencional de la OIT, por cierto, citada en más de una ocasión por el CEDS, que apela a la misma, así como a una interpretación sistemática, para incluir también, como derecho a la reparación apropiada la readmisión obligatoria, pero no como regla general. Al igual que también dialoga con las Cortes Constitucionales, como la italiana, y las de Casación, como la francesa, que tiende a mencionar. Naturalmente, lo que no puede pedírsele es que se pliegue, sin más, a la embestida de algunas de ellas, como la francesa, no así la Corte Constitucional italiana, que le niega normatividad a la CSE y valor jurídico alguno a su doctrina. Sostener algo así es como demandarle que renuncie a su función para no molestar a los Tribunales nacionales, acomodándose a sus posiciones, cuando su razón de ser es la contraria, la de hacer ver a los órganos nacionales cuál es la comprensión práctica de una norma social internacional, exigiéndoles, en su caso, la revisión de las doctrinas contrarias. Al igual que se predica del TEDH y del TJUE, aunque, como dice el TC, no se trata de sentencias ni de jurisprudencia, pero sí de una doctrina legal interpretativa determinante, o relevante en todo caso, en el proceso interpretativo de una ley nacional.

En consecuencia, al margen del juicio crítico que haya que hacer a su doctrina, si parece excesiva, lo que no es asumible técnicamente, so pena de desconocer el principio de legalidad internacional es leer en la ley internacional lo que leen los órganos judiciales en la nacional, pues es el órgano internacional de garantías el que tiene la función de darle contenido práctico a los conceptos indeterminados como el de “indemnización adecuada” o “reparación apropiada”. No se puede confundir la normatividad con la inefectividad de una ley¹⁵, en este caso internacional social europea. Que los países la cumplan más o menos no puede negar su valor normativo directo, según su órgano de garantía, ni convalida los incumplimientos nacionales, solo pone de relieve la debilidad de sus garantías jurídicas.

Justamente, el nuevo Gobierno español se ha comprometido ahora a reforzarlas, no a hacer “oídos sordos”, siguiendo la estela del SMI y, de futuro, respecto de otros te-

¹⁵ Vid. FERRAJOLI, L. Derecho y garantías. La Ley del más débil. Trotta. Madrid, 2004.

mas de disconformidad (pensiones mínimas, subsidios asistenciales de desempleo, etc.). Pero ¿qué significa exactamente cumplir con la CSER a efectos de indemnización adecuada ex art. 24 CSER en relación con el art. 10 Convenio 158 OIT?

1.3. El derecho a una indemnización adecuada por el despido sin causa justificada ex art. 24 CSER se opone a toda reparación tasada y topada, si no permite, de forma general, no excepcional, resarcir los daños reales ni tener efecto disuasorio

Sentada la normatividad inmediatamente vinculante del art. 24 CSER y afirmado el valor interpretativo, aunque no sea jurisprudencia, del criterio constante establecido por la doctrina (legal internacional) del CEDS¹⁶, es el momento de recordar cuál es esa doctrina del CEDS, a menudo obviada por quienes critican el cuestionamiento del sistema de indemnización tasada y topada por despido sin causa justificada. Un silenciamiento de la doctrina legal auténtica que sorprende en el quehacer jurídico ordinario (seguramente por el prejuicio de que el CEDS solo dicta –lo que es incorrecto e injusto– decisiones de naturaleza política y maximalista). Nadie haría un estudio jurídico ni daría un discurso sobre temas jurídicos sin citar ni una sola decisión jurisdiccional, en un sentido u otro y, sin embargo, yo he asistido a más de una lectura y más de una conferencia crítica sobre esta cuestión donde no se ha traído ni un solo precedente, siquiera para desmontarlo, del CEDS. Pero su doctrina a tal fin existe y es reiterada y cristalina como un mar de coral.

En este sentido, como sintetiza la última Decisión de Fondo dictada, la reiterada aquí de 5 de julio de 2022, reclamación colectiva 175/2019:

“83. Se considera que los sistemas de compensación se ajustan a la Carta cuando cumplen las siguientes condiciones:

- a. Disponer el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión el órgano de apelación (resarcimiento del daño emergente)*
- b. Prever la posibilidad de reincorporación del trabajador; y/o*
- c. Disponer una compensación de un nivel lo suficientemente alto para disuadir al empleador y reparar el daño sufrido por la víctima...”*

¹⁶ Una línea afirmada, con algún matiz, por la STS, 4ª, 268/2022, 28 de marzo, en relación con el derecho a un periodo de preaviso en el periodo de prueba del extinto contrato de apoyo a emprendedores, con referencias a las –al parecer tan ampliamente denostadas académica y judicialmente–. Conclusiones respecto de España en la materia. Más matizada se presenta la posición defendida en la STS, 4ª, 270/2023, 29 de marzo (revoca la doctrina de suplicación que se había anticipado a declarar la inaplicación del despido por absentismo laboral antes de su derogación legislativa, por contrariar, entre otras normas internacionales, la CSE), según la cual: “El ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”. Una crítica, que no compartimos, en GOERLICH PESET, J.M. “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo”. El Foro de Labos, <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/>

Aunque en una materia bien diferente, pero evidenciando el poder de la legislación internacional sobre despido para propiciar una evolución jurisprudencial, junto a la clave constitucional, interesante es la STS, 4ª, 566/2023, 19 de septiembre, que reconoce el derecho a los salarios de tramitación como indemnización adecuada para el despido invalidado de una persona reclusa.

En relación con el alcance de la indemnización adecuada precisa:

“83. c. (...). La indemnización por despido improcedente (sin causa justificada) debe ser proporcional a la pérdida sufrida por la víctima y suficientemente disuasoria para los empleadores (Conclusiones de 2016, Macedonia del Norte). Cualquier tope de la compensación que pueda impedir que los daños [cumplan esa doble función] son, en principio, contrarios al art. 24 CSER (Sociedad Finlandesa de derechos sociales c. Finlandia, reclamación 106/2014). Si existe tal tope para la indemnización por daño material, la víctima debe poder reclamar la indemnización por daño inmaterial a través de otras vías legales y los tribunales competentes para otorgar la indemnización por daño material e inmaterial (daños morales¹⁷) deben decidir dentro de un plazo razonable (Conclusiones 2012, Eslovenia; Conclusiones 2012, Finlandia)”

Sobre estos precedentes reiterados, el CEDS vuelve a pronunciarse sobre el ajuste o la conformidad de la normativa (Baremo tarifario Macron) francesa al art. 24 CSER, sea en lo que concierne a la readmisión obligatoria sea respecto de la indemnización adecuada o apropiada. Si respecto de la primera, como se dijo, entiende que hay ajuste de la norma francesa a la europea social (lo que confirma que su canon de enjuiciamiento no se rige por el estándar máximo de protección en todo caso, imponiendo la estabilidad real)¹⁸. En cambio, en relación con la medida de la compensación adecuada, el CEDS se remite a su precedente sobre el mismo asunto, pero diferente reclamación sindical (Decisión sobre el Fondo de 22 de marzo de 2022, reclamación 171/2018), donde ya consideró que existía una disconformidad. El CEDS recuerda (apartado 85) que ya sostuvo:

“que los límites máximos establecidos por el artículo L. 1235-3¹⁹ del Código de Trabajo no son suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima y ser disuasorios para el empleador. Además, los tribunales tienen un estrecho margen de maniobra para decidir el caso sobre las circunstancias de mérito (del caso concreto)”.

No se quedará aquí el CEDS, pues dedicará dos largos apartados a tomar nota (aviso a navegantes para los que dicen que no dialoga con los Tribunales nacionales) de la nada disimulada rebeldía de la Casación francesa a su doctrina o pronunciamientos al respecto. En el apartado 90 nos informa de la sentencia del Tribunal de Casación, Sala

¹⁷ Para los daños morales de interés las Conclusiones 2020 para Turquía –que establece una indemnización entre 4 meses y 8 de salario en caso de que la empresa no reintegre a la persona trabajadora, sin hacer referencia alguna al daño moral por vía alternativa alguna–.

¹⁸ El CEDS recuerda que el silencio del art. 24 CSER debe tenerse como una laguna jurídica, no como una decisión excluyente, por lo que ha de integrarse (una función típica de cualquier órgano de garantías, desde luego de los jurisdiccionales) con la previsión al respecto en la cláusula general relativa a “otra reparación adecuada”, así como en virtud de una interpretación sistemática de la CSER (lectura del art. 24 CSER en relación con otros preceptos de la Carta). Para el CEDS, “en tanto exista la posibilidad de que los trabajadores despedidos sin causa real y grave sean readmitidos en el mismo puesto o en uno similar, la situación es compatible con el artículo 24. B de la Carta al respecto” (apartado 87).

¹⁹ Este precepto prevé que, si hay un despido sin causa real y grave, el juez puede proponer la readmisión. Pero si cualquiera de las partes lo rechaza, se concede una indemnización cuya cuantía tiene un límite mínimo y otro máximo según la antigüedad (un mes como mínimo, si carece de antigüedad inferior a un año, 3 meses si es superior a 2 años; el máximo es 20 meses para quienes tienen 30 o más años)

Social, de Francia, de 11 de mayo de 2022, en la que se rechaza la pretensión de la demandante de una indemnización por encima del límite legal aplicando el art. 24 CSER. Las razones del rechazo serían:

“que la Carta se basa en una “lógica programática” y que su artículo 24 no tiene efecto directo en la ley francesa. Además, consideró que las decisiones del CEDS no tienen carácter judicial y, por lo tanto, no son vinculantes para los Estados parte. Todo esto lleva al Tribunal de Casación a concluir que los trabajadores o los empleadores no pueden invocar el art. 28 de la Carta en los litigios ante el tribunal”

Como es lógico, el CEDS está en radical desacuerdo con el TS francés y le recuerda –como afirma con rotundidad el sistema normativo de la Carta–:

“que la Carta establece obligaciones de derecho internacional que son jurídicamente vinculantes para los Estados... y que el Comité, como órgano creado en virtud de un tratado, tiene la responsabilidad de realizar evaluaciones jurídicas sobre si las disposiciones de la Carta se han aplicado satisfactoriamente”.

Sobre tan claro posicionamiento hermenéutico, absolutamente correcto atendiendo a las previsiones de la Carta Social Europea, cuya normatividad es manifiesta (en España el TS, el Consejo de Estado y el Ministerio de Justicia ya han reflejado en más de una de sus decisiones la vinculatoriedad de al CSE²⁰), otra cosa es la necesidad de identificar los mandatos más directamente aplicables respecto de los que no lo serían tanto, como también afirma en España la STS 268/2022, de 28 de marzo, aun en atención a lo que interpreta el propio CEDS, no libremente los tribunales nacionales, como si fuesen soberanos a tal fin, el CEDS le precisa a la Casación francesa:

“...corresponde a las jurisdiccionales nacionales pronunciarse sobre la cuestión... a la luz de los principios que ha establecido al respecto o, en su caso, corresponde al legislador francés proporcionar a las jurisdicciones nacionales los medios para aplicar las consecuencias apropiadas en cuanto a la conformidad con la Carta de las disposiciones interna en cuestión (véase, *mutatis mutandi*, Decisión sobre el fondo de 22 de mayo de 2003, Confederación de Empresas suecas c. Suecia, reclamación n. 12/2002)”.

En suma, la falta de aplicación directa del art. 24 CSER en el ordenamiento francés determina su disconformidad. Los límites actuales son insuficientes para satisfacer la función reparadora y del efecto suficientemente disuasorio (apartado 92).

2. Juicio de (in)eficacia: La probada ineficacia del derecho resarcitorio fijado como precio (coste) del ejercicio arbitrario de la facultad de despido

No hay que ser especialista en Derecho del Trabajo comparado para comprobar que nuestro sistema legal tasado, que, además, carece de unos límites mínimos (como sí tiene

²⁰ Vid. SALCEDO BELTRÁN, C., “Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 2019, n. 434, pp. 153-188.

el francés y tuvo la legislación preestatutaria) y sus topes máximos son análogos a los del modelo francés, no está en mejores condiciones para superar la exigente prueba (test o escrutinio –juicio de convencionalidad ex art. 96 CE -STC 140/2018–) de la conformidad con el art. 24 CSER. Por lo tanto, el desajuste es manifiesto y solo cabe ya esperar a que el CEDS dicte su “sentencia”, con la más que probable condena. Ahora bien, antes de apuntar por donde pueden (debiera) ir el cumplimiento, queda hacer dos juicios más que, en un plano realista, no solo normativo, evidencian la inadecuación española.

En efecto, en lo que hace al juicio de eficacia real de la indemnización prevista en las normas españolas (art. 56 ET) para cumplir esa doble función de resarcimiento adecuado ante decisiones de despido sin causa justificada, cuya exigencia tiene una clara dimensión constitucional igualmente, hay que tener en cuenta la involución de nuestro Derecho. Al respecto, es una lección de experiencia, difícilmente contestable, que el Derecho Laboral español ha venido experimentando una progresiva, gradual, pero intensa, devaluación legal, al menos desde 1994 hasta el año 2021, del régimen de estabilidad obligacional como respuesta más “normalizada” frente al despido arbitrario o sin justa causa. No por casualidad España es el segundo país de la UE que más ha debilitado la protección frente al despido individual (el primero ha sido Portugal, pero se mantiene por encima del 3 como IPE). Hasta el punto de haber pasado de un indicador de protección del empleo (IPE) de 3,55 (muy por encima de la media de la OCDE) a otro de apenas un 2 (por debajo de la media de la OCDE), si bien estuvo en 1,96 desde 2014 a 2018 (elevó levemente el IPE al derogar el contrato de apoyo a emprendedores²¹).

Ante este proceso continuado de reducción garantista, no sorprenderá que, cuando las normas se plasman en prácticas, la indemnización por despido media y, sobre todo, la indemnización más frecuente resulte de una reducida cuantía, insuficiente, en la mayor parte de los casos, para cubrir su función de reparación adecuada. En los últimos años, desde 2015, el Ministerio viene aportando estudios estadísticos muy relevantes,

Gráfico 1. Estadística de despidos y su coste. Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social (El coste del despido).²²

DESP-R2. DESPIDOS, CANTIDAD MEDIA INDEMNIZADA Y CANTIDAD MEDIA DE FOGASA CORRESPONDIENTE A OTROS PAGOS, SEGÚN TIPO DE DESPIDO.						
Año 2021 (*)						
	DESPIDOS		CANTIDAD MEDIA INDEMNIZADA (2)		CANTIDAD MEDIA FOGASA (Otros pagos)	
	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior	Valores Absolutos	Variaciones sobre año anterior
TOTAL DESPIDOS (1)	447.705	-9.613	11.416,7	2.510,0	0,1	-0,2
TIPO DE DESPIDO						
Despido disciplinario individual	118.373	8.027	9.512,3	372,2	0,0	0,0
Despido causas obj empresa	231.136	-46.648	9.310,3	1.821,4	0,0	-0,1
Despido causas obj trabajador	22.321	1.812	8.656,6	514,4	-	-
Despido colectivo	75.328	27.181	21.754,9	4.810,6	-	-1,0

(*) Datos provisionales. No incluyen los despidos cuya indemnización tribute en las haciendas forales de País Vasco

(1) En el TOTAL se incluyen los datos de despidos no clasificados por tipo por no disponer de esa información. Los despidos no clasificados por tipo suponen un 0,1%.

(2) La cantidad media indemnizada por despido se calcula para las indemnizaciones exentas de tributación. Incluye los pagos directos a Fogasa.

²¹ La información: <https://www.oecd.org/employment/emp/oecdindicatorsofemploymentprotection.htm>

²² https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/dec/index.htm

que dejan en evidencia las escasas cuantías resarcitorias, que se situarían en torno a los 9500 € (la media de los despidos individuales, la indemnización más frecuente sería inferior, dada la dispersión estadística, aunque no se ofrece. Ciertamente, las informaciones publicadas tienden a manejar datos muy diferentes, por cuanto heterogéneas son las “cosas medidas” o cuantificadas. Sin duda, la información más difundida es la relativa al coste medio de los despidos al margen de su calificación jurídica (Gráfico 1).

Si de los datos de la TGSS y el FOGASA pasamos a los despidos propiamente improcedentes, conforme a las estadísticas judiciales, veremos que la variación de medias no es muy significativa. Así, según el CGPJ, la indemnización media por los despidos de carácter individual declarados improcedentes sería de unos 10.600 €, reduciéndose muy notablemente cuando se trata de conciliación judicial (no alcanza los 8.000 €).

Gráfico 2. **Número de asuntos judiciales por despido que terminan con sentencia o con conciliación judicial.**
Fuente: CGPJ.

Año 2021								
DESPIDOS								
Trabajadores despedidos (1)			Cantidades acordadas Miles de euros			Cuantías medias Euros		
Total	Sentencia (2)	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación	Total	Sentencia	Conciliación
102.996	36.405	66.591	914.812,4	387.840,2	526.972,2	8.882,0	10.653,5	7.913,6

Cierto, cuando se analizan las estadísticas de conciliaciones extrajudiciales sobre despidos, evidenciando que la mayoría terminan con avenencia, las cuantías medias son mayores, elevándose más de un 80 por cien respecto de la media por sentencia. Ahora bien, si se analiza la evolución de estas cuantías, encontramos una notable reducción de esas cuantías, pues si en el año 2020 se situaba en más de 22.000 €, en el año 2022 está poco por encima de los 17.000 €, por lo tanto, la reducción en 3 años asciende a más del 30 por cien (Gráfico 3). En cambio, la indemnización media por despido improcedente en sentencia judicial habría ascendido en el año 2022 a una cuantía en torno a los 11.500 €, por lo que la diferencia entre el coste medio del despido improcedente por sentencia y por conciliación extrajudicial se habría enjugado significativamente, si

Gráfico 3. **Número de demandas por despido, porcentaje de resueltos en conciliación extrajudicial con avenencia y sin avenencia.** Fuente: Estadística CGPJ conciliaciones.

Otras	42.000
Sin avenencia	41.968
Cantidades acordadas-...	19.780 € media
Con avenencia	108.442
TOTAL	192.410

tuándose ahora ya en torno al 50 por cien. En todo caso, parece claro que el predicamento de la conciliación extrajudicial en nuestro sistema viene a confirmar lo extendido de la práctica de despedir sin una causa justificada, a menudo incluso sin causa²³.

3. Juicio de (in)equidad: la evidencia estadística de la regresividad (brechas de protección) de la justicia resarcitoria por despido sin causa justa

Con ser estos datos estadísticos reveladores de que la eficacia resarcitoria, desde luego la disuasoria, brillan por su ausencia, lo más inquietante es la enorme desigualdad que se constata en las indemnizaciones atendiendo a las condiciones contractuales reales de un buen número de personas trabajadoras. En un país que todavía tiene peores salarios que la media europea y una alta temporalidad laboral, aunque con una notable reducción tras la reforma laboral, sobre todo en el empleo privado (somos el tercer país de la UE con más temporalidad), que presenta una tasa relevante de parcialidad, en especial en mujeres (22,6%) y jóvenes, menos en hombres (6,6%) y en la que crece la discontinuidad del empleo, aún fijo, la modalidad más auspiciada por la reforma (la cuantía del despido se viene fijando atendiendo al tiempo efectivamente trabajado, no a la duración entera del vínculo), es manifiesto que un significativo número de personas empleadas tendrán una escasa protección frente al despido sin causa justificada, pues su coste será muy reducido. Así se revela de forma indubitada cualquiera que sea la estadística que se maneje, hasta el punto de que la diferencia de indemnización puede ser de más de 100 a 1

La indemnización promedio por despido (recuérdese que se incluyen todos, al margen de la causa y calificación) presenta importantes “brechas indemnizatorias por razón de las condiciones contractuales”. Así:

- La indemnización promedio no es la más frecuente, dada la gran disparidad, porque los sectores que más despiden son también los de menor reparación
- las personas indefinidas y a tiempo completo tienen una indemnización promedio de unos **18.000 €**, las temporales **1.500 € (12 veces menos)**.
- Si cuando la relación laboral indefinida extinta es a tiempo parcial reduce la indemnización promedio a unos **4.600 €**, cuando es temporal apenas supera los 600 € (casi 8 veces menos).
- En caso de las personas fijas discontinuas apenas alcanzan los **5.000 € (350% menos que la persona indefinida a tiempo completo)**.

Las brechas indemnizatorias de las situaciones más frecuentes son mayores que las promedio y, en consecuencia, se agudiza el carácter regresivo de la normativa en su aplicación práctica: quienes tienen más factores de debilidad o vulnerabilidad en el mercado

²³ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 2(3), 60-76. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6487>

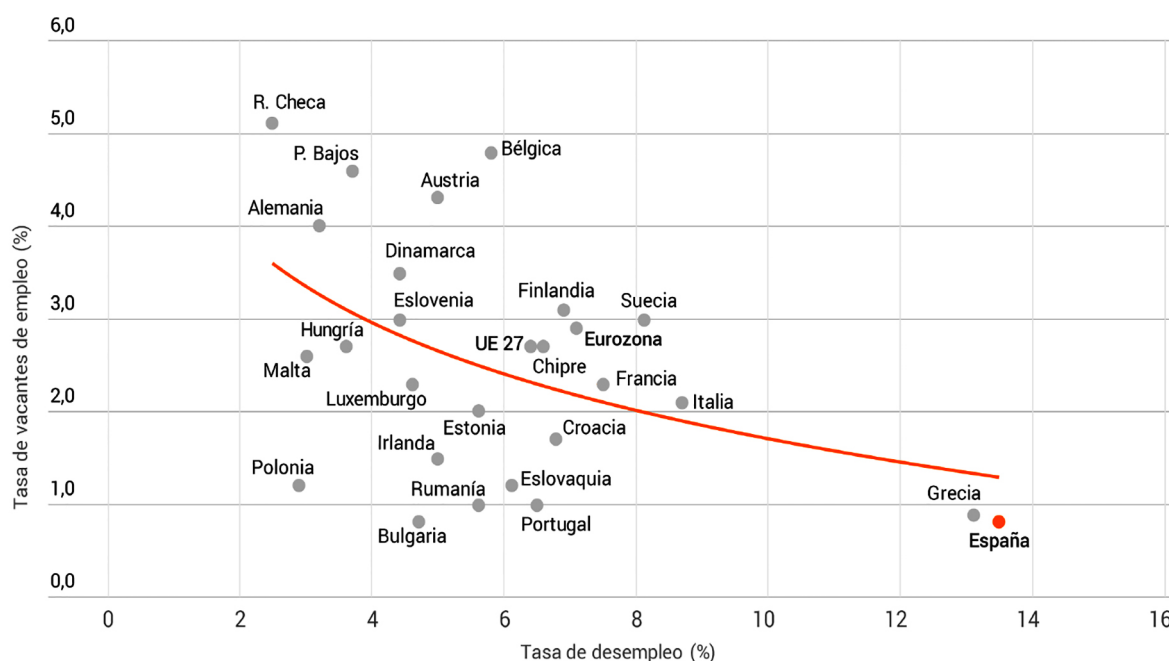
de trabajo terminan con una desprotección aún mayor, respecto de los que tienen una posición contractual mejor. Por tanto, las brechas indemnizatorias por el despido recogen todas las brechas laborales más relevantes y, en consecuencia, ofrece una situación muy preocupante, que una indemnización tasada y topada, con factores automáticos de cálculo, no solo no corrige, sino que perpetúa y agudiza. Si de los datos –siempre fríos, aunque reveladores– estadísticos pasamos al registro de casos, a partir de repaso a una muestra amplia de los repertorios judiciales, podemos encontrar una clara verificación de lo afirmado. Así, lo ilustraría, por poner un ejemplo reciente, la STSJ País Vasco 1878/2023, 26 de julio: una limpiadora a tiempo parcial reclama por el despido que ha sufrido mientras está en IT (de ahí que se intentara la calificación como nulo, siguiendo la oportunidad abierta por el art. 2 de la Ley 15/2012, aunque no se aceptó), logrando una sentencia de improcedencia e indemnización de 899 €

Como podemos comprobar, la cuantía real percibida está:

- Casi un 60% por debajo del promedio de la indemnización de este colectivo (temporal a tiempo completo), situada para el año 2021 en 1.476 €.
- Casi un 50 por cien por debajo de la media en el caso de mujeres con tal contrato y jornada (1.395 €).
- Mayo, pero no mucho, al promedio indemnizatorio de la relación temporal a tiempo parcial (617 €).

A todo ello hay que sumar que las oportunidades de un nuevo empleo son también muy dispares, tanto atendiendo a factores típicos sociodemográficos (edad y sexo) como territoriales (mercados locales de empleo). Si con carácter general España aparece en úl-

Gráfico 4. Tasa de paro y vacantes. Puntos Beveridge en la Unión Europea. Fuente: EUROSTAT. *El Economista*.



timo lugar en torno a las oportunidades que ofrece su mercado de trabajo para hallar un nuevo empleo (la menor tasa de vacantes de la zona euro: 0,9), *la pérdida de oportunidad a tal fin es muy dispar* según características personales y territoriales, como se dice, lo que incide también en la diferencia de daños que provoca un despido sin causa. Por tanto, una visión más realista de las reglas normativizadas evidenciaría cómo hay un gran elenco de factores que inciden en la diversificación del daño por despido y que, sin embargo, no se pueden atender por el automatismo existente en el sistema español que, además, está basado en parámetros muy dispares a lo largo y ancho de nuestro mercado de trabajo. Por lo que la aplicación automatizada de la norma legal lleva a situaciones prácticas no solo ineficaces para la protección frente al despido sin causa justificada, incluso cuando carece de causa seria o real (arbitrariedad extrema), sino que tiene efectos regresivos, al no tener en cuenta la especial vulnerabilidad contractual y socioeconómica en cada persona

III. Vías de corrección del desajuste de la indemnización del art. 56 ET con la debida ex art. 24 CSER: salarios de tramite e indemnización adicional para reparar el daño real y desplegar un efecto disuasorio

1. Descifrando el enigmático compromiso del nuevo Gobierno con la reforma del despido conforme a la CSER: ¿hay margen de apreciación nacional?

Ni desde un plano estrictamente normativo (disconformidad del art. 56 ET con el art. 24 CSER, conforme a la interpretación constante de la doctrina legal fijada por el CEDS a la hora de darle un contenido concreto y operativo en la práctica) ni realista (ineficacia de la doble función resarcitoria y disuasoria, programada en el sistema por la devaluación progresiva del Índice de Protección, así como por las características de las retribuciones y duración de los contratos de trabajo en España). No queda otra, pues, que su reforma.

Pero ¿cómo? El compromiso del nuevo Gobierno en la materia, como se indicó, no ayuda muchos. Solo nos dice que hay que mejorar las garantías de protección frente al despido a fin de dar cumplimiento a la Carta Social Europea (Revisada, se entiende, y de conformidad con la doctrina del CEDS que la interpreta, en particular su art. 24 b)), si bien añade que también habrá que “reforzar la causalidad en los supuestos de extinción de la relación laboral”. Aunque, como ya expliqué al inicio, en este estudio me centro solo en la cuestión del deber del Estado español de adecuarse, porque hoy no se adecuaría, al imperativo de una indemnización adecuada, en términos de proporcionalidad reparadora del daño por despido sin causa justificada y suficiencia disuasoria (del riesgo de sufrir tal conducta arbitraria), no regatearé una mínima mención a la cuestión de la causalidad. Y ello en la medida en que la letra a del art. 24 CSER establece el derecho de todas las personas trabajadoras a no ser despedidas:

“sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o del servicio”.

Aunque, ciertamente, respecto de las causas disciplinarias (relacionadas con la conducta) u objetivas (relacionadas con sus aptitudes) la adecuación de nuestra normativa parece clara, más comentario tendría la exigencia relativa a los despidos económicos o por razones de empresa. El motivo de esta anotación reside en que la norma europea social demanda expresamente que se trate de “necesidades de funcionamiento de la empresa”, una exigencia que, como se recordará, estaba en la regulación previa a la reforma laboral de 2012 (la letra c) exigía la necesidad de amortizar un puesto de trabajo), pero que, según también se conoce, desapareció, estableciéndose una regulación más flexible, que deja algo más de margen a la decisión discrecional por parte de la empresa²⁴. Ésta no debe probar la necesidad de acudir al despido, bastando con probar alguno de los presupuestos que se contemplan en el art. 52 c), remisorio al art. 51 ET.

Cierto, la liberación de probanza de una estricta necesidad, así como la inexistencia de un derecho a la recolocación en otro puesto de trabajo de la misma empresa (o grupo empresarial), no llega a tanto como para identificarlo solo con la mera conveniencia u oportunidad empresarial de un despido. Pero no es menos cierto que abre (por eso fue dejada fuera de la fórmula normativa con la reforma de 2012) un margen de decisión mayor a las empresas que si hubiera que probar, como antaño, la necesidad de la medida de regulación individual o plural de empleo para que la empresa funcione rentablemente.

Tampoco parece haber desajuste alguno con la CSER en torno a los despidos que han de ser calificados como nulos por carecer de una razón válida, no ya solo injustificada (de conformidad con una distinción que sí se establece en el Anexo normativo de la CSER en relación con el art. 24 CSER, en su apartado 3, y que procede del Convenio 158 OIT). Si se analiza en detalle el largo listado se verá que están todos los que hoy se declaran nulos en nuestro Derecho, incluida la vulneración de la garantía de indemnidad (vinculada no solo a procedimientos judiciales sino administrativos y, en general, a cualquier situación en la que medie una reclamación de la persona trabajadora contra la empresa y por la que sufriría represalia). Más repercusión hubiera tenido el supuesto previsto en la letra f) del apartado 3 del Anexo, en el que se califica como inválido (prohibido) todo despido basado en la “ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión”, de no derogarse por ley el despido por absentismo laboral.

No obstante, quedaría igualmente abierta una vía de interés de esta previsión internacional en relación a los despidos en situación de baja, en la medida en que, como vemos, la doctrina judicial discrepa, en ausencia de unificación de doctrina, por el momento, en torno a cómo entender la causa discriminatoria del art. 2 de la Ley 15/2022, 12 de julio en relación a las situaciones de IT (si es discriminatorio el despido en situa-

²⁴ La STS, 4ª, 732/2023, 10 de octubre, revocando la sentencia de suplicación recurrida, recuerda que en el despido por causas económicas cabe las decisiones de “reorganización de recursos humanos” situadas “en el ámbito de actuación de la libertad del empresario en la ordenación de los recursos humanos en la empresa”. En consecuencia, la regulación individual o plural (se vieron afectados 9 personas trabajadoras) de empleo no requiere que sea estrictamente necesaria para el funcionamiento rentable o competitivo de la empresa, bastando su razonabilidad dentro de ese marco de libertad de gestión.

ción de IT, por sí misma, o solo si se basa en la enfermedad que subyace a la situación de IT). En lo que hace al refuerzo de la causalidad de los despidos sin causa o con causa irreal o inventada mediante su calificación como nulos, nada se dice expresamente en la CSER al respecto. Aunque, como es obvio, en virtud de la llamada que se hace en el art. 24 CSER a “otra reparación apropiada”, cláusula general o concepto jurídico indeterminado en el que el CEDS ha incluido, como se vio, la readmisión obligatoria, bien podría plantearse el futuro legislador recuperar la nulidad en tales casos, estableciendo salarios de trámite y readmisión obligatoria, como la solución más apropiada cuando se constate en juicio que no hay causa real y seria

Pero hechos estos breves apuntes sobre cómo entender la incierta referencia del pacto político gubernamental a reforzar la causalidad (entiendo que también cabría afectar aquí al periodo de prueba, contemplado en el Anexo normativo de la Carta Social Europea respecto de su art. 24 de la CSER²⁵) volvamos a nuestro tema, a la indemnización adecuada. ¿Qué puede entenderse como tal? ¿Hay margen de decisión para el Estado a la hora de implementar esta obligación social internacional europea? ¿Es una competencia únicamente de la ley nacional?

Las preguntas son pertinentes porque, en ausencia de una propuesta que dé desarrollo a la poco elocuente y precisa formulación del pacto de Gobierno en este tema, ya son diversas las propuestas que se sugieren desde diversos sectores para darle viabilidad. En consecuencia, y siempre dentro del respeto al Diálogo Social, que deberá tener un protagonismo significativo en este ámbito, sin duda, es oportuno plantear, no exhaustiva, sino orientativamente, algunas opciones viables y, en lo posible, lo más ajustadas que se pueda a la exigencia europea pero, por supuesto, sin perder ni la idiosincrasia laboralista (la solución ni necesita ni conviene que sea civil) ni las razones de equilibrio justo que anidan en las normas laborales contemporáneas.

Al respecto, es interesante traer a colación que el Anexo con valor normativo respecto del art. 24 CSER, en su apartado 4, establece que: “Se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas *deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales*”.

El sistema de la CSE confirma, pues, lo que ya sabemos y se asume también, por lo general, en el sistema de fuentes internacionales, también de la OIT, que la ley no tiene el monopolio de la regulación sociolaboral. De ahí la apertura al convenio colectivo para desarrollar los compromisos internacionales adquiridos por España. Pero también existe, como se ha evidenciado ut supra, el deber de ser realistas y parece evidente que a través de la negociación colectiva poco se podrá avanzar en esta dirección de cambio del sistema de indemnización tasada por despido sin causa, porque a la férrea resistencia empresarial (la norma colectiva implica una autorregulación de dos partes que deben lograr acuerdos

²⁵ Según el apartado 2 del Anexo, “una Parte puede excluir **total o parcialmente de su protección** a las siguientes categorías de trabajadores por cuenta ajena: (...) b. los trabajadores que estén en periodo de prueba o que no hayan cumplido un periodo de antigüedad exigido, siempre que dicho periodo se fije por anticipado y tenga una duración razonable”.

en una materia donde su posición es radicalmente enfrentada), se sumaría la disparidad tan enorme que habría entre unos sectores y empresas y otros u otras. Buena prueba de ello es la escasa frecuencia con que los convenios colectivos invierten la opción legal en materia de despido improcedente, concediéndosela a la persona trabajadora, en vez de a la empresa, como hace el ET (salvo que se trate de una persona representante laboral)²⁶.

Por supuesto, mucho más recorrido, al menos teórico, tiene la remisión realizada al desarrollo del derecho a una indemnización adecuada, u “cualquier otra reparación apropiada”, a través de la jurisprudencia, atribuyéndole a esta la calificación legalmente prevista de “otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales”. En este sentido, la adecuación del procedimiento jurisdiccional vendría de la mano del obligado juicio de convencionalidad que se debe realizar ex art. 96 CE. Justamente, la citada STS, 4ª, 268/2023, de 28 de marzo otorga tal calificación al referido juicio para integrar en nuestro sistema el derecho a una indemnización por el periodo de preaviso de 15 días no respetado por no previsto en el extinto contrato de apoyo a emprendedores.

Precisamente, esta es la posición defendida, ante la reclamación de la UGT en sede del CEDS, por el Gobierno español precedente. En su réplica a las alegaciones en el procedimiento contradictorio entablado para enjuiciar la reclamación colectiva sindical, se pone de manifiesto que España ya cumpliría con la CSER porque los tribunales sociales españoles sí que prevén una indemnización adecuada, abierta al daño real producido por el despido improcedente y un eventual efecto disuasorio, siempre que se pruebe ese daño adicional al reparado por la indemnización legal tasada. Y para ello se cita la doctrina del TSJ Cataluña que así lo prevé, mencionando el único caso hasta el momento en que así se ha concretado (STSJ Cataluña 469/2023, 30 de enero).

Bien sabido es que esta situación en modo alguno es conforme con la CSER y la doctrina establecida por el CEDS, porque este requiere que esa posibilidad se prevea, y se ejercite, de un modo normalizado en la práctica, y el propio TSJ Cataluña restringe su doctrina a situaciones “excepcionales”. Tan excepcionales que en dos años que lleva con ella tan solo la ha aplicado esa vez, mostrándose la inmensa mayor parte de las doctrinas de suplicación radicalmente cerradas a esta opción, por lo que solo excepcionalmente se puede producir en Cataluña, excluyéndose del resto de España, lo que, obvio es, en forma alguna puede entenderse satisfecha la exigencia de la doctrina del CEDS. Cierto, podría ser que, habiendo contradicción doctrinal en torno a si es posible o no esta indemnización adicional por daños reales probados (sin tener en cuenta los daños morales y si prueba más difícil, lo que ya es una deficiencia notable de esta doctrina judicial, que

²⁶ Para esta problemática, recientemente vid. STS, 4ª, 726/2023, 10 de octubre, revocatoria de la sentencia de suplicación social recurrida y que sí había otorgado el derecho de opción a la persona trabajadora despedida improcedentemente, en aplicación de una norma convencional (Grupo Aena), mal interpretada, a juicio de la sala de casación. A juicio de la Sala IV: “El ámbito electivo que regula esa Disposición Adicional se circunscribe a los casos de extinción –por causas no imputables al trabajador– en los que, previamente al ejercicio de una acción de despido, el afectado puede poner de manifiesto al empleador su voluntad conforme con el cese (indemnizado) o la de ser trasladado a un puesto de trabajo en otro Centro del Grupo Aena, a designar por el órgano competente del Grupo Aena, manteniéndole las retribuciones hasta la incorporación al Centro correspondiente si optara por el traslado”.

la aleja de las exigencias de la doctrina legal del CEDS y, por tanto, de la CSER), el TS asumiera en breve que la doctrina correcta es la catalana. Algo que también aventura el Gobierno en su réplica a UGT ante la reclamación colectiva.

Ahora bien, además de que esta posición hermenéutica casacional es un futurible, pues no se ha producido todavía, y no hay ninguna garantía de que así suceda antes de que España sea condenada por el Consejo de Europa, a través de la decisión de fondo de disconformidad por parte del CEDS, estaríamos más en el terreno de las profecías que de las realidades jurídicas. La realidad actualmente es que la posibilidad de obtener en casos de despido sin causa justificada se haya intentado o sea meramente inventada, irreal, se acceda a una indemnización razonable o a una pírrica, lo que sucede más frecuentemente, una indemnización adicional es rara avis, sino misión (cuasi) imposible, por lo que queda clara la disconformidad o desajuste de nuestro sistema de indemnización legal tasada y topada. Por lo tanto, no puede ampararse el Gobierno en esta situación tan excepcional, e incierta, para entender que ya cumple, por lo que no bastará para dar cumplimiento a la CSER con una reforma legislativa de mínimos que dijera algo así:

“sin perjuicio de la indemnización prevista, con carácter general en el art. 56 ET, “tasada y topada”, la persona trabajadora despedida improcedentemente podrá obtener una indemnización adicional, por los daños y perjuicios realmente producidos, cuando, excepcionalmente, la indemnización resultante sea de escasa cuantía, por no disfrutar de suficiente antigüedad, y pruebe fehacientemente en juicio unos daños superiores a los que resarce la indemnización legal tasada y topada”.

¿Y si se eliminara la exigencia –judicial– de excepcionalidad? A mi juicio tampoco, por lo dicho. ¿Y si se suprimiera también la referida condición de cuantía resarcitoria ínfima o pírrica, esto es, manifiestamente insuficiente? A mi entender, tampoco.

Pero, entonces: ¿no tiene margen de apreciación alguno la ley para establecer un modelo más equilibrado, típicamente laboral, sin desconocer la exigencia de apertura del CEDS? Sí, sí que lo tiene, pero debe canalizarlo de forma adecuada.

2. La recuperación de los salarios de tramitación (daño patrimonial emergente): una condición sine qua non para el cumplimiento con la CSER

Es manifiesto que, ahora ya situado el centro del debate políticamente donde debe estar también jurídicamente, una vez superada la cuestión de si es o no conforme nuestro sistema indemnizatorio (basado en automatismos legales aplicativos ajenos al daño real y su eficacia resarcitoria, y al eventual efecto disuasorio) por despido sin causa justificada, pues el desajuste es evidente, se abrirá un amplio abanico de posibilidades. Las propuestas serán muchas y muy variadas. Irán desde las mínimas a las máximas, pasando por más de una posición intermedia, a fin de lograr el mayor consenso posible en una materia tan delicada y compleja como la regulación del despido antijurídico en general, y la fijación de una indemnización adecuada como remedio apropiado en los casos de despido sin una causa justificada y no lesiva de derechos fundamentales. No será fácil

lograr consensos aquí, por la radicalidad de los puntos de partida sindical y empresarial, aunque tampoco hay que descartarlos, porque sí que hay margen de negociación. La posición empresarial seguro se sumará al proceso negociador una vez haya una propuesta gubernamental más concreta encima de la Mesa de Diálogo Social, por cuanto saben bien que siempre tendrán una solución más razonable si es paccionada, como sucedió con la reforma laboral de 2021 que si se cierran en banda con este tema y lo consideran una línea roja intocable. En ese caso corren el riesgo de que la reforma sea más gravosa para las empresas que lo que podría resultar de una negociación inteligente.

Sin poder entrar, ni siquiera enunciativamente en todas las posibilidades, sí que se debe aquí esbozar algunos aspectos más ciertos, por inexorables o debidos en esa futura reforma. Así, de un lado, una vez descartadas, por insuficientes e inadecuadas al sistema de la CSER²⁷, las propuestas que se limiten a establecer la recuperación de los precedentes parámetros y límites (45 días de salario, en vez de los 33 actuales –u otra cantidad entre aquella y ésta–, 42 mensualidades como tope –u otro límite máximo entre aquél y las 24 actuales–), en la medida en que sigue respondiendo a un sistema tasado, asentado en el juego de automatismos, aunque mejore la eficacia resarcitoria promedio, sin ninguna duda, sí que hay una medida de recuperación de regulaciones perdidas que resultará, en todo caso, ineludible: la recuperación de los salarios de tramitación. Como ya se ha visto, el CEDS exige como primera condición para satisfacer los compromisos del art. 24 CSER resarcir el daño emergente que se produce con el despido sin causa. Y, dado que nuestro Derecho se basa en la ejecutividad inmediata del despido, sin perjuicio de su impugnación judicial, es manifiesto que reconocer los salarios de tramitación solo en los casos en que hay readmisión, bien obligatoria, por nulidad, bien voluntaria, por decisión empresarial, deja a un buen número de situaciones de despido injusto sin resarcir este daño emergente. En consecuencia, se trata de una componente de la indemnización adecuada que no puede ser elegible para la ley, debe recuperarse, sí o sí. Su eficacia es manifiesta, sobre todo en los casos en que las personas despedidas tienen poca antigüedad (efecto de progresividad)

Cierto, en este caso, más ante la insoportable dilación de la justicia social en estos días, se abre un problema importante y que debe afrontarse, sin que recaiga toda la carga sobre las empresas: ¿qué sucede cuando se dilata el juicio más allá de lo razonable? ¿Debe asumir únicamente la empresa el sobrecoste de mora judicial, que ha creado la situación antijurídica, que podría evitar, al menos en los despidos objetivos, manteniendo en su puesto a la persona trabajadora despedida pretendidamente por causas objetivas? ¿Puede asumirse razonablemente que el Gobierno va a proponer una reforma legislativa para que, al final, termine pagando el Estado una parte importante del coste resarcitorio por despido sin causa, en virtud de la obligación de pago de los salarios de tramitación que excedan de los 90 días ex art. 56.5 ET? Es obvio que ni la empresa puede verse abocada a pagar salarios de tramitación dilatados por la inaceptable lentitud de la justicia social (por

²⁷ Para un repaso a las diferentes posibilidades vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J. “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor* 1/2023, pp. 31 y ss.

lo que deberían ponerse medios para reducirla, en todo caso), ni tampoco el Estado puede ser el pagador de una situación que crea la empresa que toma decisiones arbitrarias y eso le conduce, en un contexto de saturación de la justicia social, a sobrecostes por despido.

En todo caso, hay aquí un problema que requiere respuesta en la reforma legal y en los términos de mayor justicia y equilibrio posibles. Pero algo es seguro jurídicamente, a mi juicio: sin recuperar los salarios de tramitación no se cumple con la CSER, en la exigente doctrina del CEDS, que ha desagregado ambos conceptos indemnizatorios o reparadores, la indemnización por daño emergente y la indemnización adecuada por los demás daños patrimoniales y morales.

3. La necesidad de una indemnización adicional por daños reales probados (y/o estimados), sin perjuicio de la legitimidad, incluso la conveniencia, de recuperar los límites mínimos e, incluso, mantener límites máximos

Sin duda, el aspecto más importante, y complejo, también incierto, es cómo establecer un sistema indemnizatorio por daño de despido sin causa justificada que responda a las exigencias de la CSER, por lo tanto socialmente justo, al ser proporcionalmente reparador del daño y suficientemente disuasorio, y, al tiempo, sea capaz de mantener la idiosincrasia o especialidad de lo laboral, si la deriva estrictamente civilista (de suerte esquivada e incierta sea para la persona trabajadora, sea para la empresa) y su juego de equilibrios, siempre desde la priorización de la función de garantía de la estabilidad obligacional del empleo, que es su razón de ser prevalente. También aquí las opciones pueden ser diversas, desde las más rupturistas de la regulación precedente (un modelo estrictamente civil), nada aconsejable, hasta las más continuistas. Si las primeras tienen el riesgo de desnaturalizar la regulación típicamente laboralista, retornando a un modelo civilista que puede ser poco práctico sea para la persona trabajadora sea para la empresa, incluso podrían llegar a un cambio de todo para que, al final, nada sustancial cambie, las segundas corren el riesgo de seguir desajustadas al imperativo de la CSER. Dos grandes líneas de reforma se abren.

A) Los modelos de resarcimiento por daños derivados del despido sin causa justa más próximos a la órbita civil

En hipótesis, podrían pensarse en un sistema estrictamente civil, de modo que se opte por remitir la indemnización de despido sin causa justificada a la cuantía fijada en juicio de conformidad con los daños que pudieran probarse de forma fehaciente. Para la empresa tendría la ventaja de cargar sobre la persona trabajadora la prueba del perjuicio, lo que no será fácil en la mayor parte de los casos, desnaturalizando, al tiempo el juicio social.

El inconveniente es que la indemnización quedaría completamente abierta y, por lo tanto, la disparidad indemnizatoria podría ser extrema. Peor podría ser para la perso-

na empleada. En efecto, del deslumbramiento de la posibilidad de una indemnización judicialmente abierta puede ocultar no solo la dificultad de la carga probatoria, sino que los resultados puedan ser peores que los del sistema actual. Evidentemente, esta vedada una reforma del sistema indemnizatorio que tenga una incidencia en la persona trabajadora peyorativa en relación con la situación precedente, por lo que este modelo completamente abierto a un modelo civil no amerita ni augurarse ni promoverse ni tendría legitimidad social.

Una variante más asumible sería, aún modulada, la que apunta el art. 15 del RD 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Como se recordará, en él se prevé, para los casos de despido improcedente sin readmisión, el derecho del deportista profesional a una

“indemnización que, a falta de pacto, se fijará judicialmente, de al menos dos mensualidades de sus retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, por año de servicio. Para su fijación se ponderarán las circunstancias concurrentes, especialmente la relativa a la remuneración dejada de percibir por el deportista a causa de la extinción anticipada de su contrato”.

De este modo, el órgano judicial, que también tiene reconocida la posibilidad de prever una indemnización de daños a favor del club deportivo si el despido se debe a incumplimientos que dañen sus intereses, dispone de gran libertad de determinación de la cuantía indemnizatoria, salvo que medie pacto (poco probable para la mayor parte de los casos en las relaciones de trabajo ordinarias, ni siquiera colectivamente), siempre por encima de un mínimo legalmente establecido y con establecimientos de algunos factores o criterios objetivos de orientación del quehacer judicial para acotar su prudente arbitrio. En consecuencia, un modelo posible con carácter general sería el de proponer un derecho resarcitorio *con un mínimo legal* (dadas las circunstancias ordinarias de las personas que prestan servicios de forma ordinaria, con menores salarios, por lo común) *que podría bien situarse en torno a los 6 meses* (recuérdese que hay que sumarle los salarios de trámite), dejando el quantum final a la determinación judicial sobre la base de la prueba de los daños realmente producidos por el despido sin causa justificada, con unos criterios que le sirvan de orientación para su determinación cuantitativa (edad, pérdida de oportunidades de empleo, incidencia en el proyecto de vida por la ruptura arbitraria, antigüedad, etc.).

B) Modelos de resarcimiento más próximos a los paradigmas laboristas, pero con los ajustes debidos a los imperativos de la CSER

La propia introducción de este elemento de una indemnización mínima, como se prevé en el modelo francés y ha sido tradicional en la legislación anterior al ET, evidencia ya la conveniencia de una regulación que no abandone las pautas más propias de la norma laboral y sus especialidades, siempre que se ajuste, por supuesto, a los imperativos que

en sustancia requiere el CEDS para la satisfacción del derecho a una justicia resarcitoria adecuada. *A tal fin, entiendo que lo más razonable sería establecer un sistema de doble indemnización resarcitoria por despido arbitrario.*

Esta posibilidad está contemplada en la doctrina del CEDS. La Decisión de Fondo de 11 de septiembre de 2019 (Italia) admite la legalidad de una indemnización legalmente predeterminada, siempre que se prevea la existencia de recursos legales alternativos como recurso normalizado. Entre esos recursos están:

- a) **La indemnización básica por despido calificado como improcedente**, con los criterios o parámetros cuantitativos actuales (33 días de salario/año de servicio, con máximo de 24 mensuales), sin prueba del daño, *a la que podría añadirse un límite mínimo* (ej. 6 mensualidades), para cubrir las situaciones en las que se constata una menor antigüedad de servicio y salarios más bajos. Por supuesto, ya se dijo que esta cuantía es sumatoria a la indemnización por el daño emergente que supone la ejecutividad inmediata del despido y que, según se recordó, supone recuperar los salarios de tramitación.
- b) **Una indemnización adicional** para la reparación del daño real sufrido por el despido sin causa justificada, y probado convenientemente. Ahora bien, a fin de reducir en lo posible la disparidad de criterios jurisdiccionales y darle la mayor certeza razonable, habría que introducir algunos parámetros correctores de esta libre determinación, a favor de la persona trabajadora y también de la persona empleadora. Así:
 - Sería necesario establecer igualmente unos mínimos cuantitativos para estos daños adicionales, que podrían situarse en 3-6 mensualidades (a negociar).
 - Asimismo, es necesario fijar un listado de criterios orientadores del quehacer judicial, en línea con lo que más arriba se sugirió. A falta de un baremo social de daños (idea establecida en la LRJS y nunca desarrollada para los daños de índole profesional), un catálogo de criterios orientadores de la cuantía sería muy deseable. En todo caso, los daños personales deberían beneficiarse de la facilidad probatoria que prevé el art. 183 LRJS.
 - Finalmente, y a fin de evitar una excesiva disparidad de criterios e inseguridad descontrolada, habría que establecer un tope máximo para los daños morales o de índole personal, no así para los patrimoniales, que deben fijarse según la prueba de daños, dada la mayor certeza. Por ejemplo, podría establecerse ese límite en los 6-9 meses (a negociar socialmente).

Recuérdese que esta idea de discrecionalidad judicial dentro de un límite mínimo y un límite máximo está prevista en otros preceptos laborales, como el art. 281. 2 b) LRJS, si bien sobre parámetros cuantitativos diferentes a los aquí sugeridos a título de ejemplo. Ciertamente, podría cuestionarse el sentido de establecer límites mínimos

y máximos, cuando el CEDS fija una doctrina que parece arrumbarlos por completo. Ahora bien, no es así, como se evidenció, si se analiza seria y profundamente. Primero, estos límites no se fijan en daños económicos añadidos, donde queda a prueba de la persona trabajadora, sino que lo son para los personales, más difíciles de fijar. Por lo tanto, sí se abre el sistema a valoración de daños personales y daños morales.

Eso sí, en segundo lugar, se establecen límites a los mismos a fin de otorgar mayor seguridad jurídica para las empresas, sin que el efecto disuasorio se vea perjudicado, porque ni conocerán de antemano el quantum total (la diferencia es muy notable entre el mínimo y máximo) ni la indemnización carece de componentes disuasorias específicas.

4. ¿Y del efecto disuasorio qué?: Algunas experiencias en el ámbito del Derecho de daños profesionales

Ciertamente, a la luz de las reflexiones realizadas en las páginas precedentes cabría pensar en que en todo este recorrido parece haber un “olvido” jurídico; ¿qué fue del efecto disuasorio? Ciertamente, como ha entendido el TJUE, al negar virtualidad normativa en el Derecho de la UE a los daños punitivo (STJUE 7 de diciembre de 2015, asunto Arjona Camacho), el efecto disuasorio de una indemnización por daños podría venir si ésta se entiende realmente reparadora y se determina de forma adecuada su cuantía. Ahora bien, parece claro que habrá más de una ocasión, atendiendo a diferentes circunstancias, que esa determinación del daño de forma proporcional, sin perjuicio de los límites mínimos y máximos, en los términos anteriormente apuntados, en la que no sea suficiente para que el efecto disuasorio sea real, razonablemente eficaz. Y es en estos casos, como los que suponen una máxima arbitrariedad en la decisión extintiva (no concurre causa alguna), se ocasionan perjuicios especialmente significativos, se hace en empresas con reincidencia, etc., se hará preciso que la indemnización contemple también elementos disuasorios.

Este efecto disuasorio-preventivo de situaciones de despido arbitrario podría tomar como referencia algunas decisiones, cierto que escasas y no siempre bien orientadas en su cuantía, como las dictadas, sobre todo en el ámbito de la jurisdicción social vasca, en relación con la disuasión frente a incumplimientos especialmente relevantes, y/o reiterados, de las normas preventivas (ej. reciente la SJS *n. 2 Vitoria, 154/2023, de 17 de agosto*²⁸). Una vez más, a fin de dotar de la mayor certidumbre posible esta decisión es conveniente no solo ofrecer, por parte de la ley, una serie de criterios a ponderar, sino también unos límites mínimos y máximos, a fin de que se conjugue la eficacia con una mínima certeza jurídica, de modo que la disuasión de la medida no se va mermada por la previsibilidad de una indemnización topada, pero tampoco signifique un riesgo de elevada inseguridad y disparidad de criterios. De ahí que un límite mínimo de este efecto o plus disuasorio podría situarse en los 3 meses de indemnización sin concurre un factor

²⁸ <https://normacef.es/buscaResult/shDocumento.aspx?id=NSJ065701&tkId=9cbe2e3e-0724-4a7a-9d3c-78c12ff3e09c&op=rtss>

de los previstos en el catálogo legal, como mínimo, y un máximo de 6 meses añadidos, según el número de factores de agravación concurrentes.

IV. Una reflexión final: ¿Un sistema indemnizatorio por despido injusto sin los automatismos sería una fuente de inseguridad jurídica inasumible?

Es hora de terminar estas reflexiones, que deben tenerse como apuntes orientados a abrir y propiciar un debate que como propuestas o fórmulas cerradas, algo imposible hoy no solo por la novedad de la regulación augurada sino también por que deberán ser fruto del mayor consenso posible, tanto científica como, sobre todo, socialmente. No obstante, queda, sin duda una cuestión por tratar, siquiera brevemente, que resurgirá de inmediato si se compara el art. 56 ET actual con el que se propone, incluso en su versión más simple.

En efecto, como se ha podido comprobar, en todo el análisis conducido en las páginas precedentes, junto a la triple preocupación prioritaria por evidenciar la insatisfacción del actual sistema de indemnización tasada y topada por despido improcedente (sin causa justificada, incluso sin causa real y seria o grave), en la medida en que ni cumple con el art. 24 CSER (juicio de invalidez jurídica o disconformidad con una norma superior), ni es idóneo para resarcir adecuadamente el daño sufrido por un despido arbitrario (juicio de ineficacia resarcitoria) ni protege más a quien más vulnerable se muestra frente a este riesgo de despido arbitrario (juicio de inequidad), ha estado muy presente la preocupación porque la regulación mantengan, en todo momento, el nivel de seguridad jurídica exigible ex art. 9.3 CE. La justicia social resarcitoria en materia de despido sin causa justificada es un imperativo derivado del art. 24 CSER en relación con al art. 35 CE pero que, como es lógico, se debe conseguir sin un sacrificio desproporcionado de la seguridad jurídica. Si bien es oportuno recordar que es igualmente cierto lo contrario, esto es, la defensa de la seguridad jurídica, sobre todo para las empresas, no puede convertirse en un dique de contención de la justicia social resarcitoria por despidos arbitrarios cuya indemnización se asume mayoritariamente que nuestro actual sistema no da satisfacción mínimamente adecuada. Un conflicto entre seguridad jurídica y justicia social (resarcitoria) que viene siendo recurrente en toda la historia jurídica contemporánea y cuya solución en el plano constitucional pasa siempre por su ponderación equilibrada, no por el sacrificio de un valor por el otro, normalmente el de la justicia social en el altar de la seguridad jurídica

Ahora bien, si se compara la extrema simplicidad y máximo automatismo (lo que no impide que se hayan venido planteando miles de pleitos en torno a la fijación de la cuantía del despido porque ni es cierto el salario ni es cierta la antigüedad en el servicio) de la regulación actual y se contempla la complejidad que presentaría la futura, incluso en las versiones más simplificadas o de mínimos, la diferencia es notable, no puede negarse. De ahí que, como se advirtiera en la introducción, junto a la defensa de la conformidad del art. 56 ET a la letra del art. 24 CSER y la desautorización del valor de la doctrina del CEDS, la tercera argumentación, y la más intensa sin duda, que se despliega por quienes cuestionan la necesidad, mucho más las pretendidas virtudes o bondades, de un nuevo

modelo más abierto de indemnización, apelen una y otra vez a la seguridad jurídica que se perdería, defendiéndola a ultranza. Hay desplegado, así, todo un movimiento crítico contra el camino sobre la creación de una extremada alarma en torno a la inseguridad que crearía el nuevo modelo, potenciadora de la conflictividad jurisdiccional y, por lo tanto, fuente de nuevos retrasos en una, de por sí ya muy demorada, justicia social, con lo que de perjudicial tendría esta situación para las empresas, para las personas trabajadoras y para la economía y la sociedad en su conjunto. En consecuencia, al margen del juicio de conformidad, el argumento termina centrándose en esta derivada resultadista o práctica: al margen de que sea o no justo resarcitoriamente, al margen de que sea o no adecuado al art. 24 CSER, lo cierto es que resulta más seguro jurídicamente y, por tanto, tendría muchas más virtudes que defectos.

No infravaloro la parte de verdad que puede tener esta crítica. Pero no comparto ni la solvencia del argumento como ariete contra la obligación de cumplimiento de una norma internacional vinculante ni tampoco la excesiva alarma social creada, interesadamente, por supuesto. En primer lugar, es obvio que la mayor complejidad y el más amplio margen de valoración interpretativa que pueda tener una regulación jurídica no justifica una regla sencilla si resulta contraria a una norma internacional

En segundo lugar, es igualmente manifiesto que el sistema actual es más seguro para las empresas, pero no para las personas trabajadoras, en la medida en que para éstas, las facilidades de despido que concede el sistema supone una notable mayor inseguridad en el plano contractual de sus empleos, sin que tengan garantías de una protección adecuada, de ahí la tendencia de unos y otros a la conciliación extrajudicial. Por lo tanto, la seguridad jurídico-económica para la empresa de un sistema basado en automatismos no puede ser tenido como reflejo de seguridad jurídica para las personas trabajadoras, pues ésta vendría identificada con la mayor protección posible, dentro de un nivel razonable, de su derecho de seguridad contractual o de estabilidad, sino real (cumplimiento in natura, a través de la readmisión obligatoria de despidos sin causa justificada), al menos sí obligacional (la garantía de una reparación adecuada).

En tercer lugar, sorprende que se proyecte una imagen tan simplificada de la situación actual de la experiencia jurídica española en materia de indemnización por despidos sin causa válida. Y ello por dos razones al menos. La primera porque, como se vio, el Derecho del Trabajo español ya contempla situaciones en las que la jurisdicción social tiene en su quehacer concedida cierta discrecionalidad o prudente arbitrio para fijar indemnizaciones, como sucede en la relación laboral especial del deporte profesional o en el art. 282 LRJS. La segunda, y más determinante, porque es bien conocido que, en el caso del despido por violación de derechos fundamentales, la jurisdicción tiene reconocido un margen amplio de fijación de la indemnización adicional. Una vez asumido –costó– el automatismo de su procedencia, acreditada la violación del derecho fundamental (ha negado recientemente este automatismo, en caso de negación sin negociación del derecho social fundamental a la conciliación de la vida laboral y familiar, en el caso ex art. 37.7 del ET la STS, 4ª, 379/2023, 25 de mayo), quedará al –siempre inquietante, sino tiene parámetros objetivos– prudente arbitrio judicial su fijación.

Por eso, un “análogo” despido nulo por violación de derechos fundamentales puede indemnizarse en unos tribunales con apenas 7500 € y en otros casos con 25.000 € o más. ¿Dónde está la diferencia si usan el mismo criterio valorativo, el tan célebre como cómodo baremo social sancionador? Lógicamente en las circunstancias del caso y en la valoración que sus señorías realizan de aquéllas. Frente a las iniciales resistencias a esta cuestión, en sede de la abogacía, inicialmente, por falta de cultura resarcitoria y práctica a tal fin, y luego en sede jurisdiccional, con derivas muy erráticas, hoy se ha normalizado este tipo de tutela indemnizatoria adicional, cada vez más vertebrada y articulada ex art. 183 LRJS, así como más orientada por criterios objetivados, frente al puro arbitrio judicial (ej. STS 214/2022, de 9 de marzo –que sigue y refuerza la doctrina fijada en la STS 179/2022, de 23 de febrero–).

En consecuencia, la clave jurídica, una vez más, no puede ser resistirse a una inexorable evolución jurídica (función conservadora), que viene exigida por razones normativas y por razones de justicia social resarcitoria, sino la de aportar el mayor rigor jurídico posible para que el juicio valorativo responda a las exigencias de coherencia, de igualdad y de razonable certeza (previsibilidad de la decisión) debidas en un Estado de Derecho, bajo los principios democrático y social. Por eso la ley debe esmerarse en una regulación de calidad técnica encomiable, algo de lo que ha venido adoleciendo, todo sea dicho, para que la interpretación, cuya dimensión valorativa es inherente a todo el proceso hermenéutico, como evidencia la experiencia, tenga las pautas más seguras posibles.

Además, ha de tenerse en cuenta que una regulación adecuada de un problema complejo puede suponer también mucha más eficacia en su regulación, incluso eficiencia. Y ello en la medida en que, una vez se tenga conciencia adecuada del “precio de la arbitrariedad” en el ejercicio del despido, muchas pueden ser las empresas que se vean disuadidas a su ejercicio, reduciendo el voluminoso número de despidos en España y los centenares de miles de asuntos de despido en nuestros tribunales, aunque hoy se concilien extrajudicialmente más de la mitad. Una profunda anomalía jurídica que refleja la idea ya apuntada de que, a menudo, se sabe fehacientemente que no se tiene causa cierta, no solo que merece más la pena “un mal acuerdo” que ir a un juicio social donde los costes pueden ser mayores, por el riesgo a una imprevisible decisión de nulidad. Como ha demostrado la azarosa historia del SMI, adecuarse a la CSER (aunque siga habiendo elementos en el art. 27 ET que se muestran disconformes con la doctrina del CEDS), subir el salario no ha supuesto la temida pérdida de empleo vaticinada. Como la elevación del coste, esto es, del precio, de la arbitrariedad extintiva tampoco tiene porque afectar al mercado laboral, salvo para mejorar su calidad y otorgar más seguridad jurídico-contractual, en todo caso más seguridad jurídico-económica, así como, en el fondo, más racionalidad económica, en la medida en que la arbitrariedad en la decisión empresarial también perjudica de forma clara la racionalidad de la decisión de gestión y asignación de “recursos”.