

ELENA LÓPEZ BARBA (dir.)

**Estudios jurídicos
sobre el bienestar social
para una Andalucía más inclusiva**

**JUAN GORELLI HERNÁNDEZ ELENA LÓPEZ BARBA
M^a DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO LUCÍA PADILLA ESPINOSA
M^a DOLORES REGO BLANCO M^a FUENCISLA RUBIO VELASCO
RAFAEL VERA TORRECILLAS JOSÉ ZAMORANO WISNES**

DYKINSON

ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL BIENESTAR SOCIAL
PARA UNA ANDALUCÍA MÁS INCLUSIVA

ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL BIENESTAR SOCIAL
PARA UNA ANDALUCÍA MÁS INCLUSIVA

Elena López Barba (dir.)

DYKINSON

2023

Proyecto de Excelencia P18-RT-4629 «Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva» Financiado por la Consejería de Transformación Económica, Industria, Conocimiento y Universidades de la Junta de Andalucía y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Extravagantes, 14
ISSN: 2660-8693

© 2023 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1122-960-9
Depósito legal: M-4334-2023

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/36469>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ÍNDICE

- 9 Introducción. Elena López Barba
- 11 Sobre la necesidad de incrementar la tutela ante el despido improcedente: la viabilidad de una indemnización por daños y perjuicios. Juan Gorelli Hernández
- 57 El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Una (re)visión desde Andalucía. Elena López Barba
- 83 El régimen jurídico de autorización administrativa, declaración responsable, comunicación, acreditación y registro de entidades, centros y servicios sociales de Andalucía. María del Carmen Núñez Lozano
- 201 El acceso efectivo al procedimiento de protección internacional en España. Especial consideración a la situación de los menores solicitantes. Lucía Padilla Espinosa
- 253 Claves jurídicas de la educación inclusiva en las universidades públicas de Andalucía. M.^a Dolores Rego Blanco
- 293 La protección social de colectivos vulnerables: especial atención a los inmigrantes. M.^a Fuencisla Rubio Velasco
- 325 Aproximación histórica a las competencias de las diputaciones provinciales en materia de asistencia social: de la beneficencia a los servicios sociales. Rafael Jesús Vera Torrecillas
- 361 El derecho a la vivienda. Algunos elementos de su regulación en la legislación autonómica y estatal. José Zamorano Wisnes

SOBRE LA NECESIDAD DE INCREMENTAR LA TUTELA
ANTE EL DESPIDO IMPROCEDENTE:
La viabilidad de una indemnización por daños y perjuicios

Juan Gorelli Hernández
Universidad de Huelva
ORCID: 0000-0003-4452-3068

SUMARIO: 1. Premisa. 2. Sobre la (in)eficacia de la tutela resarcitoria en el ordenamiento español. 3. ¿Un posible incremento de las indemnizaciones? 4. Punto de partida: la indemnización legal no es un instrumento para conseguir la *restitutio in integrum* del daño provocado por el despido injusto. 5. Un sistema de estabilidad obligatoria no es contrario a la satisfacción de los daños y perjuicios que puedan irrogarse al trabajador: antecedentes de indemnizaciones complementarias en la regulación de despido. 5.1 La indemnización por daños y perjuicios en los despidos nulos (por violación de derechos fundamentales o discriminación). 5.2 Indemnización por daños y perjuicios en el “incidente de no readmisión” en caso de despidos improcedentes. 6. La incidencia del Derecho Internacional, Europeo y Comparado. 7. Una tímida (y reciente) reacción jurisprudencial ante la ineficaz tutela sobre el despido improcedente: aceptar la indemnización por daños y perjuicios en situaciones excepcionales. 7.1 Las manifestaciones judiciales y su contenido. 7.2 El limitado efecto de esta doctrina. 8. El “nacionalismo normativo” como límite a la aplicación de la interpretación internacional sobre la “adecuación” de la indemnización por despido. 9. La prueba del daño.

1. Premisa

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis de la indemnización por despido, que es el principal mecanismo de tutela en caso de despidos improcedentes, calificación aplicable a los despidos disciplinarios (por incumplimiento del trabajador) y objetivos (despidos motivados, bien por la excesiva onerosidad del mantenimiento de una relación individual –la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a la contratación o la falta de adaptación a modificaciones técnicas–, bien por causas puramente empresariales –económicas, tecnológicas, organizativas o productivas–), cuando tales despidos se realizan sin una justa causa. Me planteo el problema de si este es un sistema realmente eficaz como instrumento de tutela del derecho a la estabilidad en el empleo, que es uno de los contenidos esenciales del derecho al trabajo consagrado en el art. 35.1 de la Constitución española de

1978. Como vamos a comprobar, de hecho desde el propio título de este trabajo, asumimos que la regulación legal del mecanismo indemnizatorio es tremendamente débil, facilitando una tutela muy limitada del trabajador objeto de despido. Es por ello que, tras constatar dicha debilidad, nos planteamos la viabilidad de indemnizaciones complementarias de daños y perjuicios, con el objetivo de reforzar la tutela resarcitoria que facilita la menguada indemnización por despido improcedente regulada en los arts. 53.5 y 56.1 ET.

Teniendo en cuenta este objetivo, podemos señalar que el despido se presenta en España como una institución de carácter causal. Es decir, el empresario puede extinguir el contrato de trabajo a través de una justa causa. Estaríamos, por tanto, ante una resolución contractual o extinción de un contrato basado en la existencia de una justa causa extintiva. En realidad, la exigencia de una justa causa sería, en sí mismo, uno de los principales mecanismos de tutela del despido, pues se acota el conjunto de situaciones que pueden dar lugar a la extinción del contrato de trabajo.

Sin embargo, afirmar que el despido en España es una verdadera resolución del contrato es un error, al menos desde un punto de vista material y no formal. El problema surge cuando no existe dicha justa causa para la extinción. El legislador ha establecido un conjunto de calificaciones del despido, reservadas a la intervención judicial: procedencia (existe la justa causa), improcedencia (no existe justa causa de extinción) o nulidad (casos de violación de un derecho fundamental o de la prohibición de discriminación). Cada una de estas calificaciones tiene unos efectos distintos: la procedencia supone el reconocimiento *ex tunc* de la eficacia extintiva del despido; la nulidad implica la readmisión del trabajador. La cuestión problemática se centra en la improcedencia; es decir, el despido sin causa o injusto. En estos casos, el mecanismo esencial que preside la regulación es el llamado “derecho de opción” a favor del empresario. Este “derecho de opción” supone atribuir al empresario, que no olvidemos, es quien ha despedido sin causa, la facultad de optar entre dos alternativas que van a determinar los efectos del despido sin causa: la readmisión del trabajador o mantener el efecto extintivo del despido y abonar al trabajador una indemnización por despido injusto.

La experiencia nos demuestra que la readmisión del trabajador es una alternativa casi teórica. Existe, pero no se utiliza; es una solución prácticamente residual. En la inmensa mayoría de los despidos improcedentes el empresario opta por la indemnización. Por lo tanto, se admite normativamente que el empresario tiene la capacidad de dar por extinguido el contrato de trabajo sin

una justa causa, si bien está obligado al abono de una indemnización económica al trabajador. En definitiva, es posible extinguir el contrato de trabajo, pese a carecer de una justa causa para ello. Por lo tanto, no estamos realmente ante una verdadera resolución, sino ante algo mucho más parecido a una libertad de rescisión del contrato de trabajo; eso sí, una rescisión indemnizada. Consecuentemente, hay que dudar del carácter causal del despido disciplinario. En realidad, la causalidad es aplicable a la indemnización, más que al despido en sí (la indemnización se abona si no hay causa para despedir).

Estamos ante el sistema de estabilidad meramente obligatoria (por contraposición con los sistemas de estabilidad real, que implican que ante la falta de causa sea obligatorio la readmisión del trabajador). La doctrina clásica italiana se refirió a estos sistemas de estabilidad obligatoria señalando que no era sino una forma de ser de la libertad de rescisión del contrato.

Sentado lo anterior, ¿cuál es el sistema indemnizatorio español? A tenor de lo dispuesto por el art. 56.1 del Estatuto de los trabajadores (lo cual también es aplicable al despido objetivo ex art. 53.5 del Estatuto de los Trabajadores), el empresario, caso de optar por la extinción indemnizada, debe abonar una cuantía equivalente a 33 días de salario por año de servicio en la empresa, con un tope máximo de 24 meses de salario. Debemos analizar ahora si esta indemnización supone o no un mecanismo de tutela suficiente para el trabajador.

2. Sobre la (in)eficacia de la tutela resarcitoria en el ordenamiento español

A tenor de lo que acabamos de exponer, la indemnización es de 33 días de salario por año de servicio, estableciéndose un límite máximo en la cuantía de la indemnización equivalente a 24 meses de salario. Tanto el salario como los años de servicio se refieren, lógicamente, al trabajador objeto del despido. Por lo tanto, las indemnizaciones por despido de diferentes trabajadores, pese a que la ausencia de causa sea en si misma idéntica, pueden ser totalmente diferentes en su cuantía: a mayor número de años de servicio y a mayor salario, mayor será la indemnización. En todo caso, el tope es totalmente común para todos los trabajadores. En definitiva, estamos ante una indemnización predefinida legalmente y sometida a un tope máximo en su cuantía.

Pero antes de analizar la estructura de la indemnización hemos de destacar una cuestión previa: la reducción que ha sufrido la indemnización por despido. La actual regulación de la indemnización es obra de la reforma del

Estatuto de los Trabajadores de 2012. En líneas generales esta reforma mantuvo la misma estructura (indemnización predeterminada legalmente en base al salario y años de servicio del trabajador y sometida a un tope máximo); si bien, se aplicó una fuerte reducción de la cuantía indemnizatoria: de 45 días de salario por año de servicio, se pasó a 33 días por año de servicio. En cuanto al límite máximo, de 42 meses de salario, pasó a sólo 24 meses de salario. Ello supuso un importante abaratamiento del despido improcedente. El legislador estimó en su momento que la reducción de la cuantía indemnizatoria era un mecanismo incentivador de la contratación indefinida: se consideraba que era una cuantía excesivamente alta, lo que motivaba que los empresarios acudiesen a otras vías para evitar altos costes indemnizatorios cuando necesitaban extinguir de los contratos. La vía elegida fue la contratación temporal, que suponía unos costes indemnizatorios mucho más bajos a la hora de prescindir de los trabajadores. Dicho de otro modo, se consideraba que uno de los motivos esenciales para que España tuviese un mercado de trabajo basado en la contratación temporal, era los altos costes indemnizatorios de la contratación indefinida.

En realidad, el anterior razonamiento se ha demostrado carente de sentido, pues pese a la drástica reducción de los costes indemnizatorios, el empresario español ha seguido utilizando masivamente la contratación temporal, que año tras año ha seguido superando el 90% del total de contratos realizados a lo largo de cada año, sin que la reforma que reducía los costes indemnizatorios haya tenido repercusión alguna en la reducción del empleo temporal y el incremento del empleo fijo.

Pero, además, debemos destacar que la reducción fue más drástica, pues no se limitó a reducir el número de días de salario que se toma como base de cálculo. El legislador también suprimió los llamados “salarios de tramitación”. Esta era una indemnización de carácter complementario en caso de despidos improcedentes o nulos, de cuantía equivalente al salario que debería percibir el trabajador durante el período de tramitación judicial del despido (desde el despido hasta la sentencia). Siendo una cuantía complementaria de la indemnización principal de 33 días, lo cierto es que su trascendencia era enorme en el despido de trabajadores con escasa antigüedad o trabajadores temporales, debido al efecto multiplicador que sobre la indemnización tienen los años de servicio. En la práctica, estos trabajadores recibían una indemnización principal muy escasa, compensándose su situación a través de los salarios de tramitación. El efecto conjunto de la reducción de la indemniza-

ción de despido, más la supresión de los salarios de tramitación, tiene como consecuencia la desprotección, casi total, de estos trabajadores temporales o con escasos años de servicio, pues sólo perciben una indemnización exigua, tremendamente reducida.

Como vemos, existen categorías de trabajadores cuya protección restitutoria es muy limitada. Y el efecto de una indemnización exigua supone admitir que un despido, inicialmente causal, muta en una extinción por simple voluntad del empresario, un verdadero desistimiento.

Volviendo a la estructura indemnizatoria en sí, debemos afirmar que el empresario cuenta con una ventaja esencial: es el titular del “derecho de opción”; es decir, quien incumple con la exigencia de causalidad, es el mismo sujeto que se beneficia de la facultad de decidir si mantiene o extingue la relación laboral. Ello supone el reconocimiento legal de una facultad que será utilizada teniendo en cuenta exclusivamente sus propios intereses, de manera que inclinará siempre por la opción que le sea más ventajosa.

El carácter tasado de la indemnización supone tanto ventajas como inconvenientes. Así, el trabajador va a beneficiarse de un sistema que no requiere probar cuáles han sido los daños sufridos. Ahora bien, la consecuencia negativa para el trabajador también es evidente: si los daños y perjuicios materiales o los daños morales sufridos son superiores a la indemnización tasada, pierde la posibilidad de acceder a un resarcimiento total de tales daños (en este sentido la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid de 21 de febrero de 2020, Roj: SJSO 2251/2020).

De igual manera los operadores jurídicos (jueces y abogados) ven simplificada enormemente su actuación a la hora de calcular la indemnización por un despido injusto, pues es el legislador quien indica los dos únicos elementos o circunstancias a tener en cuenta a la hora de determinar la indemnización (salario y años de servicio), sin que pueda tenerse en cuenta ningún otro aspecto relativo a los daños reales y efectivos que pueda sufrir el trabajador.

Es evidente que las principales ventajas de este sistema recaen sobre el empresario, que es, en términos absolutos, el principal beneficiario de este sistema indemnizatorio. ¿Cuáles son las ventajas del empresario en un sistema como el que acabamos de exponer? De entrada, el carácter predeterminado de la indemnización. Ello supone que el empresario conoce, antes de despedir, cuál es el coste del despido sin justa causa; es decir, conoce con antelación a la decisión de despedir, cuál será el coste de cometer un acto contrario a la exigencia de causalidad del despido, dotándolo de seguridad en el cálculo eco-

nómico. La cuestión, a mi juicio, es de enorme relevancia, pues dicho conocimiento del coste de la extinción favorece que el empresario tome la decisión de despedir. Por el contrario, el desconocimiento de cuál podría ser la cuantía de la indemnización en caso de no contar con una justa causa, implica una actitud mucho más cautelosa por su parte, adquiriendo así un matiz preventivo. En buena medida el carácter predecible de la indemnización facilita, aún más, la mutación del despido en un mecanismo de desistimiento; una especie de despido libre, pues la exigencia de causa desaparece ante una indemnización que es perfectamente conocida antes de despedir, lo que permite que existan situaciones en las que la causa es absolutamente ficticia o incluso no se alega causa alguna. Podemos concluir, por tanto, que este carácter predecible elimina de la indemnización por despido disciplinario cualquier intención disuasoria o preventiva que pueda tener una indemnización, pues el empresario no asume riesgo económico alguno; o dicho de otra manera, que la indemnización no es un instrumento que pueda desaconsejar al empresario realizar un despido improcedente, injusto o carente de causa.

De otro lado, al utilizar los años de servicio como mecanismo de cálculo de la indemnización y más concretamente como elemento multiplicador de la misma, encontramos que el despido de trabajadores con poca antigüedad en la empresa implica indemnizaciones realmente bajas, prácticamente insignificantes, por lo que poca o ninguna eficacia preventiva del hecho ilícito tiene la indemnización tasada. Debemos subrayar la situación de esos trabajadores con poca antigüedad, como los trabajadores temporales, pues sufren una especial desprotección, dado que la cuantía final de sus indemnizaciones suele ser del todo insuficiente.

Otra gran ventaja que otorga este sistema al empresario, es su carácter limitado; es decir, que la indemnización no pueda superar una determinada cuantía máxima; en este caso, no podrá superarse una cuantía equivalente a 24 mensualidades de salario del trabajador. Por lo tanto, la responsabilidad patrimonial del empresario que decide despedir pese a no contar con una justa causa, incumpliendo el principio básico de causalidad, está limitada, pues no va a pagar más allá del tope legal. Como cualquier límite que se fija a una cuantía indemnizatoria, el único beneficiado de esta regla es el obligado a abonar la indemnización, en este caso el empresario. El empresario no sólo sabe cuánto le cuesta despedir al trabajador; además, sabe que nunca va a pagar por encima de una determinada cantidad económica. Con carácter general, el perjudicado por la regla es el trabajador, especialmente el traba-

gador que cuenta con muchos años de servicio, pues el límite máximo supone limitar el efecto multiplicador que tiene el elemento de los años de servicio en el cálculo de la indemnización.

Debe observarse, además, cómo el efecto que la imposición de un tope máximo tiene sobre la indemnización se ve acrecentado como consecuencia de la reforma de 2012. Con anterioridad a dicha reforma el límite existía, era de 42 mensualidades de salario. Pero con la actual regulación no sólo se ha reducido la cuantía base o de partida (de 45 días de salario a 33), sino que el límite se ha reducido en más de la mitad (de 42 mensualidades a 20 mensualidades de salario). Por lo tanto, no sólo hay una evidente desprotección de los trabajadores con períodos de servicio limitado, tal como hemos visto (pues a ellos se les niega el elemento multiplicador de la indemnización); además, los trabajadores con amplios períodos de antigüedad en la empresa, también han visto como se ha producido una notable reducción de su indemnización, al imponerse un fortísimo reajuste a la baja del tope máximo de la indemnización.

Por otra parte, es evidente que el establecimiento de un límite máximo a la indemnización evidencia que este sistema no tiene como objetivo una verdadera restitución integral de los daños que puede sufrir el trabajador. Por mucho que el trabajador haya sufrido daños que superan con creces el límite máximo, el sistema indemnizatorio no permite que tales daños, existentes y evidentes, puedan ser cubiertos por la indemnización de despido improcedente. Pero, además, debe subrayarse el hecho de que al calcularse dicho límite máximo en base al salario de cada trabajador, se van a generar diferencias difícilmente justificables, pues cada trabajador tendrá un límite indemnizatorio diferente, basado en su propio salario; y ello aun cuando los daños sufridos puedan ser totalmente diferentes. De esta manera, los trabajadores con menos salario (que pueden corresponderse con empleos de baja calidad y escasas posibilidades de acceder a nuevos puestos de trabajo), pese a que sus circunstancias personales y laborales tras el despido puedan ser del todo angustiosas, sufrirán un límite menor respecto de trabajadores con mayor salario que pueden tener más posibilidades de acceder a nuevos empleos o que al ser despedidos no han sufrido mayores daños.

Teniendo en cuenta todo este conjunto de elementos (despido como resolución/rescisión, falsa causalidad, estabilidad meramente obligatoria, indemnización tasada que ha sufrido un relevante proceso de reducción, limitada en su cuantía máxima, inexistencia de un mecanismo de resarcimiento integral,

categorías de trabajadores –temporales o con pocos años de servicio– que carecen de una tutela mínima), podríamos afirmar ya que el sistema indemnizatorio español no aporta una tutela suficiente a los trabajadores ante un despido injusto o sin causa. En definitiva, una regulación que debería aportar tutela al trabajador, se ha convertido en una regulación que ofrece casi todas sus ventajas al empresario.

La prueba más evidente de esa falta de tutela es el hecho de que los empresarios, a la hora de ejercer su “derecho de opción”, se inclinan normalmente por la extinción indemnizada, obviando la readmisión. Ello evidencia una cuestión enormemente relevante de la estructura de la regulación en materia de tutela en el despido: existe un gran desequilibrio en la pieza esencial del mecanismo de tutela, en el “derecho de opción”. El punto de partida de un derecho de opción, que no olvidemos, se ejerce por quien extingue injustamente el contrato, debería ser la existencia de un perfecto equilibrio entre las dos alternativas. Sin embargo ello no es así y el hecho de que entre las dos alternativas de la opción (readmisión más “salarios de tramitación” o extinción indemnizada), el empresario se incline mayoritariamente por la extinción indemnizada es la prueba incontestable de que la tutela que facilita el ordenamiento laboral al trabajador es tremendamente débil. Ahora bien, siendo ello así, es perfectamente posible que siendo el empresario el titular del derecho de opción, el legislador puede introducir elementos de reequilibrio de las dos alternativas. Y desde luego la forma más simple que hay para reequilibrar las dos alternativas es el incremento del coste indemnizatorio de la extinción. Con ello no se alteraría la titularidad del derecho de opción, pero es evidente que se conseguiría que a la hora de valorar qué alternativa es la más interesante para el empresario, la readmisión pueda ser una elección viable. Además, el incremento de la indemnización tendría otro efecto relevante: recuperar un cierto papel preventivo, disuasorio o punitivo de la indemnización, del que hoy carece totalmente. La cuestión es, por tanto, que la indemnización sea suficientemente adecuada como sistema de tutela eficaz del trabajador. Para ello la indemnización debe tener necesariamente una finalidad disuasoria, que resulta imprescindible si se quiere evitar que el empresario goce de una verdadera libertad extintiva.

Para hacernos una idea de cuál es la real protección que ofrece este sistema indemnizatorio a los trabajadores, podemos dirigirnos a las “Estadísticas de despido” que publica el Ministerio de Trabajo desde 2015 (https://www.mites.gov.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/dec/in-

dex.htm). A tenor de tales estadísticas se puede constatar cómo hay importantes diferencias entre los diferentes sectores económicos. Por ejemplo, en 2020 (último año del que tenemos estadísticas), los sectores en los que la indemnización media era más alta son el sector de suministro de energía, con una indemnización media de 35.773,8; así como el sector financiero y de seguros, con una indemnización media de 33.320,1 euros. Ahora bien, junto a éstos supuestos encontramos sectores productivos que agrupan muchos más trabajadores, como la hostelería, en el que la indemnización media era de 2.328,1 euros. Se trata este último de un muy buen ejemplo de cómo la temporalidad (y por tanto, falta de años de servicio) disminuye enormemente las cuantías indemnizatorias. La media de la indemnización entre las diferentes Comunidades Autónomas (las Comunidades con mayor actividad económica tienden a una indemnizaciones más altas, mientras que las Comunidades con menor actividad y más dependientes de la hostelería, tienden a indemnizaciones más bajas), es de 7.469,39 euros. Cabe preguntarse ante estas cifras si la indemnización en España, con carácter general, tiene realmente un efecto disuasorio. Evidentemente la respuesta es negativa.

Por Comunidades Autónomas resulta que Andalucía es de las Comunidades donde la indemnización medida por despido es más baja, pues sólo alcanza a los 5.008,7 euros en 2020. Por debajo de ella sólo encontramos a Murcia, con 4.886,8 euros y Extremadura, con 4.181,5 euros. Muy alejadas de Madrid (13.210,2 euros), Cataluña (11.685,6 euros) o País Vasco (10.740,0 euros).

De otro lado, del análisis estadístico se evidencia que si bien los hombres sufren más despidos que las mujeres (lo cual es lógico, pues suponen la mayoría de las personas que trabajan); sin embargo, las indemnizaciones son mayores en el caso de los hombres (justamente como efecto de que la mujer suele tener una vida laboral más reducida como efecto de ocuparse de las responsabilidades de carácter familiar).

Si analizamos la cuestión en función del tipo de contrato del trabajador despedido, vamos a constatar cómo es totalmente cierto la desprotección casi absoluta de ciertas categorías de trabajadores: el año 2018 ofrece como resultado que los trabajadores con contrato temporal a jornada completa recibieron una indemnización media de 1.131,5 euros. Los trabajadores temporales a tiempo parcial percibieron indemnización de 474,1 euros de media en dicho período. En idéntico período los fijos discontinuos percibieron un promedio de 4.815 euros de indemnización por despido. Los trabajadores indefinidos a tiempo parcial percibieron una indemnización media en 2018 de 3.375,7 eu-

ros. Por último, los trabajadores indefinidos a jornada completa alcanzaron los 16.977 euros.

Las anteriores cifras son bien demostrativas de la escasa tutela que ofrece este sistema indemnizatorio. Además, si comparamos las cifras con las del último año que tenemos los datos (2020), constataremos que dichas indemnizaciones han disminuido en la mayor parte de los supuestos: el año 2020 ofrece como resultado que los trabajadores con contrato temporal a jornada completa recibieron una indemnización media de 1.267,9 euros. Los trabajadores temporales a tiempo parcial percibieron indemnización de 506,5 euros de media en dicho período. En idéntico período los fijos discontinuos percibieron un promedio de 4.439,1 euros de indemnización por despido. Los trabajadores indefinidos a tiempo parcial percibieron una indemnización media de 3.272,2 euros. Por último, los trabajadores indefinidos a jornada completa alcanzaron los 15.418,2 euros.

Cabe afirmar, por lo tanto, que la indemnización regulada por el Estatuto de los Trabajadores no es un mecanismo que facilite la necesaria tutela que ha de ofrecerse al trabajador ante un despido injustificado y carente de causa. No obstante, podríamos plantearnos la cuestión de la tutela del trabajador desde otro punto de vista diferente: según los cánones de la teoría de la flexi-seguridad (fuente de inspiración de la reforma de 2012), se requiere facilitar a la empresa un alto grado de flexibilidad en la extinción del contrato de trabajo, lo cual significa facilitar la extinción; ahora bien, como compensación, es necesario un alto grado de tutela de aquellos trabajadores que hayan sido despedidos. Se plantea así reducir la tutela del ordenamiento laboral en materia de despido o estabilidad en el empleo, a cambio de un alto grado de tutela aportada por el mercado de trabajo y la protección de Seguridad Social.

¿Ofrece el ordenamiento español una suficiente protección al trabajador despedido a través de los mecanismos de políticas activa y pasiva de empleo? La protección que debería ofrecer la política activa de empleo es generar un mercado de trabajo que asegure a los trabajadores despedidos la posibilidad de un nuevo empleo en un plazo de tiempo razonable; de manera que los períodos de transición entre uno y otro empleo sean lo más breves posibles. De otro lado, la política pasiva de empleo debería garantizar unos ingresos suficientes durante tales períodos de transición. No es objetivo de este trabajo analizar detalladamente las bondades o defectos del mercado de trabajo español, ni del régimen jurídico de las prestaciones por desempleo. Baste ahora señalar que, de un lado, la prestación por desempleo no supone una protec-

ción de nivel elevado, pues tanto su cuantía como su duración depende directamente del previo periodo de cotización, obviando la situación generada por un despido injusto y sin imputar responsabilidad alguna al empresario por la situación de desempleo generada por una decisión tomada en su exclusivo interés. Si a ello le unimos que una buena parte de la población activa tiene empleo meramente temporal, por tanto, con cotizaciones de corta duración, la protección que se ofrece es francamente reducida. Más aún, si el empleo que se crea es mayoritariamente temporal, se genera un círculo vicioso en cuyo centro está el déficit de protección.

De otro lado, las políticas activas de empleo no han conseguido una real activación del mercado de trabajo, mucho menos una actuación eficaz del mismo. Los servicios públicos y privados (especialmente los primeros), nunca han demostrado ser especialmente eficaces en la labor de colocación o recolocación de trabajadores. Todo ello supone importantes dificultades para acceder a un empleo, de manera que los periodos de desempleo son muy largos. Además, hay sectores concretos de la población activa que tienen enormes dificultades para acceder a un empleo: jóvenes, mujeres, discapacitados y trabajadores mayores. En la práctica el ámbito de creación de empleo se centra en los varones entre 30-45 años. Fuera de ese ámbito las posibilidades de acceder a un empleo se reducen drásticamente. Por otra parte, se advierte cómo aquellas personas que más tiempo llevan en situación de desocupación, tienen aún más dificultades para acceder a un nuevo empleo; así, se habla directamente del “pozo negro del desempleo” en el que caen los parados de larga duración. En la práctica, los trabajadores que han perdido o dejado un empleo y pretenden acceder a un nuevo empleo pasan largos periodos de transición; es decir, entre uno y otro empleo. Debemos hacer una especial mención a los trabajadores mayores de 50 años, pues este colectivo tiene especiales dificultades para acceder a un nuevo empleo una vez que han perdido su anterior puesto de trabajo. En la práctica ello supone su expulsión del mercado de trabajo. Por lo tanto, la tutela de estos trabajadores es todavía más débil que la del resto de afectados por un despido injusto. En conclusión, en España no existe la posibilidad real de que los periodos de transición entre un empleo y otros sean realmente cortos o breves, salvo excepciones. La desprotección o déficit de tutela es evidente.

A tenor de todo lo analizado hasta ahora, podemos ir llegando a ciertas conclusiones: tenemos un sistema de tutela meramente obligatoria; un sistema basado en una indemnización tasada, por tanto que el empresario puede

conocer con certeza su cuantía antes de tomar la decisión de despedir; que no tiene como objetivo resarcir la totalidad de los daños y perjuicios sufridos realmente por el trabajador; que al basarse en los periodos de servicio prestados por el trabajador penaliza la situación de los trabajadores temporales o que hayan prestado pocos años de servicio; sin que la tutela que ofrece la protección de Seguridad Social y la política de empleo sea suficiente, existiendo largos períodos de transición para acceder a nuevos empleos y con categorías de trabajadores, los mayores de 50 años, que difícilmente encontrarán un nuevo puesto de trabajo. Todo ello cuestiona seriamente el nivel de eficacia del sistema español de protección frente al despido injusto o sin causa (improcedente). Por tanto, si además se reduce la cuantía de la indemnización (de 45 días de salario por año de servicio a 33 días), podemos afirmar que este sistema no ofrece los mínimos necesarios de tutela hacia los trabajadores, conclusión esta que difícilmente puede cuestionarse.

3. ¿Un posible incremento de las indemnizaciones?

La tutela que ofrece el ordenamiento español a los trabajadores no es suficiente, ni proporciona una protección mínimamente adecuada a la necesidad de facilitar un mínimo de estabilidad en el puesto de trabajo. En consecuencia, desde hace tiempo el legislador debería haber iniciado una profunda reflexión sobre si la protección que se ofrece se ajusta al nivel que se considera socialmente óptima cuando estamos ante una extinción injusta o sin causa. A mi parecer, es necesario un incremento de la tutela frente a la decisión empresarial por la que se prescinde sin causa alguna del trabajador, pues la evolución de la regulación en materia de despido nos ha conducido a una situación muy similar a la de una libre extinción sin necesidad de causa alguna.

Desde el punto de vista de incrementar la tutela del trabajador en los casos de despidos improcedentes o sin causa, podemos hacer diferentes planteamientos. En primer lugar, sustituir el sistema de estabilidad meramente obligatoria por un sistema de estabilidad real. Sin embargo, históricamente el ordenamiento español no ha sido favorable a este planteamiento, por lo que dudamos que ésta sea la vía elegida para resolver la cuestión. Al contrario, mucho me temo que el ordenamiento español, aun queriendo reforzar la tutela del trabajador, optará siempre por la vía de la estabilidad obligatoria; es decir, admitirá la posibilidad de sustituir la readmisión por la indemnización.

Centrándonos en un sistema de estabilidad obligatoria, hay diferentes po-

sibilidades de actuación. Por ejemplo, con la titularidad del derecho de opción, que podría hacerse recaer sobre el trabajador y no sobre el empresario. Desde esta perspectiva también caben varias alternativas: un cambio total y absoluto en la titularidad, que siempre pasaría al trabajador; o bien un cambio parcial de titularidad, por ejemplo, en los casos de despidos fraudulentos o en los que el empresario carece total y absolutamente de la más mínima causa de despedir; o incluso sería posible la promoción legal del cambio de titularidad a través de la negociación colectiva. No obstante, teniendo en cuenta las necesidades de garantizar cuotas de flexibilidad y la deriva flexibilizadora del ordenamiento español, no creo que esta sea tampoco la vía elegida a la hora de facilitar más protección y tutela.

Probablemente, lo más sencillo sea acudir a la cuantía de la indemnización; es decir, un incremento de la cuantía que ha de percibir el trabajador. En este sentido caben distintas actuaciones: el incremento de la indemnización legal, o bien la reincorporación al ordenamiento del abono de los salarios de tramitación. Debemos tener en cuenta que ambas posibilidades tienen efectos diferentes. Así, el incremento de la indemnización (x días de salario por año de servicio) beneficia a todos los trabajadores, pero especialmente a los que tienen más años de servicio. En el caso de los salarios de tramitación, también todos los trabajadores se verían beneficiados, pero los que carecen de antigüedad en la empresa serían los principales beneficiados. Por supuesto, también sería posible que ambas cuestiones se produjesen al mismo tiempo, de manera que se incrementase la indemnización y se reintrodujesen los salarios de tramitación.

De otro lado, también desde la perspectiva indemnizatoria podría plantearse un cambio más radical, suprimiendo la indemnización tasada y limitada, introduciendo en el ordenamiento laboral los principios propios de la indemnización por daños y perjuicios.

Como vemos, existen diferentes alternativas a la hora de plantear una mejora sustancial en la tutela. Todas estas posibilidades dependen, como es lógico, del legislador y de su voluntad de incorporar estas cuestiones al ordenamiento laboral. Desde hace tiempo se viene discutiendo a nivel político (por parte de los partidos de izquierda que hoy forman el actual gobierno de coalición) sobre lo oportuno que sería volver a la situación previa a la reforma de 2012. Sin embargo, la reciente reforma de final de 2021 (Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre) no ha alterado en modo alguno la regulación del despido. ¿Será modificada la regulación del despido en el futuro inmedia-

to? Esta es una cuestión sobre la que ni los más avezados futurólogos saben responder. En definitiva, a la fecha actual no se cuenta en España con un proyecto serio de reforma legal dirigido a facilitar una mejora en la tutela de los trabajadores afectados por un despido improcedente. Sin embargo, hay un dato tremendamente positivo de cara al futuro: el 11 de junio del pasado año 2021, España ratificó la Carta Social Europea (revisada). Se trata de una cuestión que, como veremos, creo que incide directamente en la exigencia de una mejora de las condiciones de tutela de los trabajadores despedidos. En todo caso, insistimos en que la regulación no se ha alterado, al menos, de momento.

Teniendo en cuenta la inexistencia de movimiento del legislador, cabe preguntarse si es posible reforzar la tutela de otra manera diferente a la intervención del legislador. Cabrían dos alternativas. En primer lugar, que actuase la negociación colectiva; es decir, que a través de los convenios colectivos se pactase una mejora de la regulación legal a favor de los trabajadores, de manera que dichos convenios recogiesen la alteración de la titularidad del derecho de opción o la mejora de las indemnizaciones por despido. No obstante, esta posibilidad se recoge realmente de manera muy limitada en la negociación española, por no decir directamente que tiene una presencia residual.

La segunda alternativa que cabría, sería la de una tutela de carácter jurisprudencial, a la que vamos a dedicar el resto de este trabajo. Nos planteamos, por tanto, explorar la posibilidad de añadir a la indemnización legal, tasada y limitada en su cuantía máxima, una verdadera indemnización por daños y perjuicios a consecuencia de la pérdida del puesto de trabajo sin que exista una justa causa. Por lo tanto, que sea la jurisprudencia quien impulse un incremento de la protección por la vía de compatibilizar la indemnización legal con una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Desde esta perspectiva debemos subrayar que la indemnización complementaria que planteamos tendría una doble finalidad que consideramos esencial: de un lado se trata de facilitar al trabajador una verdadera y auténtica satisfacción de los daños que puede sufrir, daños que difícilmente pueden resolverse con una indemnización tasada que se basa simplemente en la antigüedad y en el salario del trabajador, dejando fuera todo un conjunto de circunstancias personales, familiares, económicas o sociales que puedan afectar a quien pierde su puesto de trabajo. De otro lado, es imprescindible que la indemnización complementaria tenga también un efecto preventivo o disuasorio. Recordemos que si bien el ordenamiento facilita al empresario la posibilidad de extinguir el

contrato de trabajo, lo cierto es que el despido improcedente no se basa en una justa causa, agrediendo a uno de los principios básicos del despido, la causalidad; por lo tanto, la indemnización debe configurarse como un obstáculo a esa facultad empresarial y no como un medio para que se ejerza esa facultad empresarial.

Esta tarea es, reconozcámoslo desde el principio, una labor tremendamente difícil, pues doctrina y jurisprudencia, con carácter mayoritario y desde hace tiempo, vienen negando la posibilidad de una indemnización por daños y perjuicios complementaria a la tasada. Se considera por la doctrina laboral que la regulación laboral en materia de indemnizaciones por despidos supone una norma especial, que no deja lugar a la aplicación del ordenamiento común o de Derecho Civil, en materia de daños y perjuicios (art. 1101 del Código Civil). La regulación del Estatuto de los Trabajadores no sería sino una especificación del ordenamiento común en este ámbito. De otro lado, el carácter tasado, es decir, sin margen alguno para que el Juez pueda estimar la existencia de daños y perjuicios de la indemnización, se ha utilizado por la jurisprudencia para rechazar de plano esta posibilidad (vid. en este sentido la STS de 11 de marzo de 2004, referencia del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 2004\3401, que viene a reiterar la doctrina ya afirmada tiempo atrás por las SSTs de 7 de febrero de 1991, referencia del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 1991\814 y 23 de octubre de 1990, referencia del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi nº 1990\7709 que, a su vez se remiten a jurisprudencia anterior de los años 80 del pasado siglo). En todo caso, desde una perspectiva más actual y teniendo en cuenta los efectos que se generan como consecuencia de la reforma de 2012, que suponen una notable reducción de los mecanismos de tutela, incluso una práctica desprotección de diferentes colectivos de trabajadores, podemos señalar diferentes argumentos jurídicos para defender la posibilidad de compatibilizar la indemnización legal con un mecanismo complementario de daños y perjuicios. Analicemos a continuación tales argumentos.

4. Punto de partida: la indemnización legal no es un instrumento para conseguir la *restitutio in integrum* del daño provocado por el despido injusto

Si hay un punto de partida para defender el derecho a una indemnización complementaria de la legal, este es reconocer que la indemnización regulada en el Estatuto de los Trabajadores en su art. 56.1 no es un mecanismo dirigido

a facilitar una restitución integral de los daños sufridos por el trabajador por la pérdida injusta de su puesto de trabajo, en tanto y en cuanto no satisface la totalidad de dichos daños, sino que se establece una cantidad en función exclusivamente de ciertos parámetros. Cualquier pretensión de admitir la posibilidad de añadir a la indemnización legalmente regulada una indemnización por daños y perjuicios de carácter complementario, requiere reconocer que la función de dicha indemnización legal no es el resarcimiento pleno; es decir, que la función de dicha indemnización legal no es la satisfacción de todos los posibles perjuicios causados al trabajador despedido injustamente. Por otra parte, una indemnización de las características señaladas no tiene en cuenta a la hora de la cuantificación las circunstancias personales e individuales del trabajador afectado por el despido injusto.

El modelo de indemnización tasada, basada en el salario y los años de servicio, sometida a un límite máximo, supone olvidar el principio esencial del derecho de daños: que el resarcimiento debe satisfacer todos los daños sufridos. Es difícil asumir que una indemnización tasada pueda hacer frente a todos los daños que pueda sufrir el trabajador. Por otra parte, es difícil admitir desde el punto de vista de la total satisfacción de daños, que el legislador haya establecido una indemnización tasada aplicable a todo supuesto de despido improcedente como traslación patrimonial del daño efectivo que puede haber sufrido el trabajador. Es evidente que no es cierto que esta regulación tenga como objetivo la satisfacción de todos los posibles daños que afectan al trabajador despedido, no sólo por su carácter tasado, sino también por el hecho de que una indemnización sometida a un límite máximo es totalmente contrario al objetivo de satisfacer los daños en su totalidad.

Es evidente que una indemnización de carácter tasado, por definición, no está destinada a satisfacer la totalidad de los posibles daños sufridos por el trabajador, pues la cuantía de la misma se fija, no en función de los posibles daños y perjuicios, dado que ello no es posible, justamente por ese carácter tasado.

De otro lado, si analizamos la cuestión desde el punto de vista de cómo se calcula la indemnización, también podemos constatar que no es precisamente la satisfacción de los daños lo que guía al legislador: estamos ante una indemnización basada en el salario del trabajador y el tiempo de servicios prestado en la empresa; criterios que en sí mismo tienen poco que ver con los perjuicios que puede sufrir el trabajador, especialmente los años de servicio.

En realidad, la indemnización no obedece sino a un puro y simple criterio

de decisión política del legislador y, por lo tanto, es simplemente arbitraria. ¿Cuál es la lógica de fijar una indemnización en 33 días, en 45 o en 20? Tras esa decisión no hay realmente una lógica concreta que determina dicha cifra. Simplemente hay una decisión del legislador; decisión que como tal es puramente aleatoria y, por lo tanto, irracional desde el punto de vista de tutelar la integridad de los daños sufridos. Ello es absolutamente evidente por la propia reforma que se produjo en 2012 y que supuso la reducción del coste del despido improcedente (de 45 días de salario por año de servicio a sólo 33 días): no se sostiene que los posibles perjuicios que se indemnizaran el día anterior a la reforma se cuantificasen en 45 días de salario y que, los mismos perjuicios, se cuantificasen en 33 días de salario al día siguiente de la entrada en vigor de la reforma. Esta indemnización no tiene en cuenta los perjuicios verdaderamente sufridos por el trabajador y el sentido de la reforma no es otro más que facilitar más o menos la capacidad de despido del empresario.

Cabe preguntarse, entonces, sobre cuál es la finalidad o el objetivo de la indemnización legalmente regulada, si no tiene la consideración de mecanismo que pretende la restitución total. Desde mi punto de vista, la indemnización por despido injusto o improcedente tiene un papel del todo diferente: es el precio a pagar por la libre extinción del contrato de trabajo. La indemnización no es más que un coste que debe afrontar el empresario para satisfacer su voluntad extintiva; es el peaje fijado por el ordenamiento para poder utilizar el despido improcedente como mecanismo de extinción del contrato. Por lo tanto, estamos simplemente ante un mero coste extintivo. La indemnización no es más que el precio, fijado por el legislador, que debe pagar el empresario para poder extinguir un contrato sin causa; es decir, el precio del despido injusto. O dicho de otro modo, parafraseando el título de una monografía que escribí hace tiempo, no es sino el precio de la arbitrariedad. Evidentemente ello tiene también una directa conexión con las relaciones de poder en la empresa, pues mientras más barato sea el precio, mayor capacidad extintiva tiene el empresario y más aumenta su poder frente a los trabajadores.

Tal como acabo de señalar, la indemnización en caso de despidos injustos o sin causa (improcedentes) se configura como es el precio por actuar de manera arbitraria y ello puede constatarse de una manera muy evidente: esta posibilidad de despedir arbitrariamente o sin justa causa, sólo es aplicable a las empresas privadas. Por el contrario, el art. 96.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, señala que en caso de despidos

improcedentes de trabajadores de la Administración Pública, se procederá a la readmisión del personal laboral fijo. La norma, que supone eliminar el derecho de opción cuando el empresario es una Administración, se explica, justamente por el hecho de que está totalmente vedado a la Administración una actuación arbitraria (art. 9.3 de la Constitución).

La pretensión del legislador es, en todo caso, ofrecer al trabajador una cierta compensación económica por la pérdida del puesto de trabajo como consecuencia del despido sin causa.

Sin embargo, los daños que puede sufrir el trabajador van mucho más lejos de la pérdida del puesto de trabajo y éstos no están realmente cubiertos (al menos no con carácter general) por la indemnización por despido improcedente. No se facilita, pues, la *restitutio in integrum* que debería aportar la indemnización por daños y perjuicios en sentido estricto.

La indemnización tasada es una regla abstracta que no tiene en cuenta las concretas circunstancias de cada trabajador. Como ya he señalado esto es bueno para el trabajador, pues le exime de la prueba de los daños; es bueno para la empresa, pues limita su responsabilidad patrimonial y es extraordinario para los actores judiciales (jueces y abogados), pues les exime de la parte más engorrosa de una reclamación por daños. Ahora bien, un sistema abstracto y estandarizado implica obviar las circunstancias de la extinción, más allá de la falta de justa causa; es decir, no se plantea como un verdadero sistema de satisfacción de los daños sufridos; más aún, incluso va a generar importantes diferencias entre los trabajadores, especialmente por las diferencias de antigüedad, que conducen a indemnizaciones diferentes, pese a que el incumplimiento empresarial del ordenamiento sea el mismo.

Otro argumento a tener en cuenta es que la indemnización tasada no tiene en cuenta la culpabilidad del empresario. Este argumento podría resultar extraño si tenemos en cuenta que la indemnización se abona, justamente, por ser un despido improcedente (injusto, sin causa); es decir, ante un incumplimiento empresarial. Ahora bien, no es lo mismo extinguir el contrato por no existir causa suficiente, que extinguir el contrato sin causa alguna, o incluso utilizando una causa falsa o totalmente inventada. Sin embargo, la indemnización será la misma en todos los casos. Por lo tanto, la indemnización carece de efecto sancionador ante los incumplimientos más flagrantes del empresario. Ello ha facilitado la aparición del llamado despido fraudulento; es decir, aquel despido en que el empresario se limita a despedir sin ningún tipo de causa, alegando a cualquier causa vana o inexistente, sólo con el objetivo

formalizar la extinción como despido disciplinario, sin ni tan siquiera molestarse en intentar actuar en el juicio probando un posible incumplimiento del trabajador, incluso sin personarse en el propio juicio. Se trata de una situación ante la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sabido, o no ha querido, aportar solución alguna, limitándose a señalar que estos supuestos de despido entran en la categoría del simple despido improcedente. En definitiva, un sistema que favorece claramente que el despido se convierta en una libre extinción por voluntad del empresario, que se limita simplemente a abonar la indemnización. Es evidente que ante supuestos como estos despidos fraudulentos, en los que la antijuridicidad en la actuación empresarial es especialmente grave, no pueden ser comparados con extinciones improcedentes o injustas sin más. En realidad, una indemnización de despido tal como se configura por la regulación española (tasada, perfectamente predecible, limitada en su cuantía máxima, basada en el salario y la antigüedad como elementos de cálculo) carece totalmente de efecto disuasorio.

5. Un sistema de estabilidad obligatoria no es contrario a la satisfacción de los daños y perjuicios que puedan irrogarse al trabajador: antecedentes de indemnizaciones complementarias en la regulación de despido

De otro lado, debe tenerse en cuenta que si bien es comúnmente aceptado que los sistemas de estabilidad obligatoria suponen para el trabajador una menor tutela si se compara con la estabilidad real; ello no supone que los sistemas de estabilidad obligatoria deban, por su naturaleza, impedir la satisfacción plena de los daños irrogados al trabajador. En realidad, los dos sistemas de estabilidad, real y obligatoria, admiten importantes graduaciones. Así, un sistema que contemple la readmisión obligatoria ante un despido injusto, ve reducida drásticamente su eficacia si no cuenta con un sistema de ejecución de las sentencias que garantice (con sanciones) la restitución *in natura* del trabajador. De la misma manera, los sistemas de estabilidad obligatoria pueden facilitar una tutela reforzada. Por ejemplo, no es igual establecer una indefinición una verdadera indemnización por daños y perjuicios, que tasar y limitar dicha indemnización, de manera que no cubre la totalidad de los daños, sino sólo parte de ellos; en definitiva, no es lo mismo el resarcimiento de daños que fijar un precio al despido. De otro lado, estos sistemas de estabilidad obligatoria pueden ir dotados de mecanismos de incremento del coste por extinción derivados del abono de los períodos de tramitación procesal

de las reclamaciones frente al despido injusto (los llamados “salarios de tramitación”, a los que la jurisprudencia española, pese a su denominación, ha otorgado la consideración de indemnización). Por lo tanto, desde la perspectiva de la tutela, dentro de la estabilidad meramente obligatoria encontramos como hay “subsistemas” de mayor o menor calidad.

Lo que pretendemos señalar, en definitiva, es que la estabilidad obligatoria no supone necesariamente que deba establecerse una solución indemnizatoria tasada. Es perfectamente posible establecer otras modalidades indemnizatorias.

Consecuentemente la estabilidad obligatoria permite la posibilidad de indemnizaciones de carácter restitutorio e integral y no meros costes económicos que vienen simplemente a suponer una parcial satisfacción por la pérdida injusta del puesto de trabajo. De hecho, entendemos que una estabilidad obligatoria en que la indemnización está dirigida a la satisfacción total de los daños recibidos, encaja mucho más adecuadamente con el contenido del derecho al trabajo: la jurisprudencia constitucional admite la constitucionalidad de la estabilidad meramente obligatoria que supone la sustitución por “equivalente” económico; esa indemnización debe satisfacer, por tanto, a todos los daños que sufre el trabajador que se ve privado ilícitamente de su empleo.

La cuestión es que en la actualidad el ordenamiento español sólo cuenta con una indemnización que asume un simple papel de fijar un coste o precio del despido, sin profundizar mínimamente en la verdadera satisfacción de los daños y perjuicios que sufre quien pierde injustamente su puesto de trabajo. La necesidad es la de aumentar la tutela a través de una verdadera indemnización por daños y perjuicios que se una a la anterior. Debido a que la indemnización legal no es suficientemente satisfactoria para tutelar al trabajador, planteamos una segunda indemnización orientada realmente a cubrir los daños que pueda sufrir el trabajador, más allá de la pérdida injusta del puesto de trabajo. Como no se cubren los otros posibles daños que puede sufrir el trabajador, surge la necesidad de una segunda indemnización centrada en estos otros daños. Al respecto, no hay norma alguna que regule ambas posibilidades, pero tampoco hay una norma que prohíba utilizar las dos vías indemnizatorias. De hecho, el ordenamiento español ha contemplado diferentes vías indemnizatorias en el despido injusto o carente de causa, existiendo antecedentes o ejemplos normativos de esta posibilidad.

Voy a centrarme en los supuestos hoy existentes en el ordenamiento español; pero no me resisto a recordar cómo la regulación del despido ha contado

con un sistema de doble indemnización durante décadas sin que ello haya causado el más mínimo problema. Me refiero a los salarios de tramitación, que se abonaban junto con la indemnización legal por despido improcedente o injusto. La jurisprudencia proclamó la naturaleza indemnizatoria de estos salarios de tramitación en base a afirmar la eficacia extintiva originaria de un despido improcedente, es decir desde el mismo momento en que el empresario rechaza la prestación de trabajo. Por lo tanto, existía una indemnización legal básica de X días de salario por año de servicio, con un tope máximo; y una indemnización complementaria, los salarios de tramitación, que suponían una cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta la sentencia. Una cuantía que en la práctica incentivaba el control judicial de la decisión empresarial y, por tanto, suponían un reforzamiento del principio de causalidad. Como hemos visto, la configuración general de estos salarios de tramitación era la de una indemnización complementaria; si bien en el caso de trabajadores con pocos años de antigüedad o trabajadores temporales, era la parte esencial y más importante de la indemnización por despido.

5.1 La indemnización por daños y perjuicios en los despidos nulos (por violación de derechos fundamentales o discriminación)

En primer lugar, podemos mencionar el supuesto de los despidos nulos; es decir aquellos despidos en los que se produce una discriminación o una violación de un derecho fundamental del trabajador. A tenor de la regulación del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la declaración judicial de nulidad del despido supone la readmisión obligatoria del trabajador; es decir, una readmisión sin opción a ser sustituida por una indemnización como en el despido improcedente. Además, en estos casos resulta obligatorio también el abono de los salarios de tramitación entre el día del despido y el día de la reincorporación al trabajo (es uno de los reductos donde todavía subsisten los salarios de tramitación). Inicialmente no se contemplaba ninguna otra indemnización, más allá de los salarios de tramitación. Sin embargo, en estos casos, la jurisprudencia de comienzos del siglo XX comenzó a plantearse la necesidad de satisfacer los daños irrogados al trabajador como consecuencia de estos despidos, pues debía facilitarse al trabajador la absoluta satisfacción del derecho violado por el despido discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales. Podemos retrotraernos

a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (RJ) 2001\5931, que señalaba expresamente que “Tampoco es posible afirmar que la única consecuencia legal del despido discriminatorio haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite. Tesis expuesta implícitamente recogida en la Sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 2000 (RJ 2000\3121), que se pronunció sobre la improcedencia de la indemnización, por no existir ni alegaciones ni pruebas respecto al montante de los daños a compensar, pero admitiendo, implícitamente, que tal pronunciamiento es susceptible de producirse en la causa por despido”. Este planteamiento se amparaba en el hecho de que la regulación inicial sustantiva y procesal del despido nulo establecía la necesidad de reparar las consecuencias derivadas del acto que genera la violación de un derecho fundamental.

Finalmente esta jurisprudencia fue incorporada a la regulación laboral, concretamente en los arts. 182.d) y 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (a través de una reforma de esta regulación operada por la Ley Orgánica 3/2007). El primero de los preceptos señala que la sentencia que resuelva sobre la violación de derechos fundamentales, dispondrá el restablecimiento del trabajador en la integridad de su derecho y la reposición de la situación previa a la lesión del derecho fundamental, incluida la indemnización que proceda. Dicha indemnización se regula en el art. 183, a tenor del cual, en la sentencia el juez debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que corresponda al trabajador por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales, “en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

Es evidente que estamos ante una indemnización por daños y perjuicios, que abarcaría los diferentes daños, morales y materiales, que el trabajador puede haber sufrido como consecuencia de una actuación empresarial en violación de un derecho fundamental o discriminatoria. Pero, además, expresamente el legislador señala en el art. 183.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que dicha indemnización por daños y perjuicios es compatible por la indemnización que puede corresponder al trabajador en caso de extinción del contrato de trabajo. Es claro, por tanto, que cabe compatibilizar la indemnización de daños y perjuicios con una indemnización por despido del

trabajador. En este caso, la indemnización por el despido nulo se corresponde con los salarios de tramitación, cuya cuantía equivale a los salarios en el período comprendido entre el despido y la reintegración en el puesto de trabajo. Por lo tanto, se evidencia que el ordenamiento no impone el monismo indemnizatorio, aceptando perfectamente la existencia de dos indemnizaciones.

Un dato que debe ser resaltado es el origen jurisprudencial de la indemnización por daños y perjuicios. Es importante esta cuestión, pues ejemplifica perfectamente sobre la posibilidad de una actuación jurisprudencial tendente a facilitar, a través de una indemnización diferente a la legalmente establecida, una verdadera y total satisfacción de los daños sufridos por el trabajador.

Además, esta regulación resulta tremendamente interesante pues pretende resolver el principal problema que se plantea en las indemnizaciones por daños y perjuicios: la prueba de tales daños y perjuicios. El apartado 2º de este art. 183 señala que el órgano judicial deberá pronunciarse “sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de los posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. Por lo tanto, se atribuye al juez la potestad de fijar la cuantía indemnizatoria. Se simplifica la posición del trabajador demandante en estos casos, pues no será necesaria una total precisión en la cuantificación y prueba de los daños, y el juez deberá fijar la cuantía de manera prudencial, pero con el objetivo de obtener una plena satisfacción del trabajador. A los efectos de objetivar la cuantificación de estas indemnizaciones, debemos resaltar cómo se ha acudido a estos efectos a la aplicación analógica de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), regulación que recoge las infracciones administrativas de los empresarios y las sanciones a imponer por tales incumplimientos (vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2017, RJ\2017\491).

Por último, debe advertirse que, de la literalidad que acabamos de señalar, el legislador está admitiendo que estas indemnizaciones por daños y perjuicios no sólo deben tener una función resarcitoria, sino también la de prevenir el daño. La cuestión también es enormemente relevante, pues desde nuestro punto de vista, un mecanismo dirigido a proteger al trabajador de la decisión empresarial de extinguir sin causa la relación laboral, debe tener, no sólo, una finalidad restitutoria; sino también una finalidad preventiva o punitiva. Es decir, la indemnización debe servir también como elemento sancionador ante

una decisión contraria al principio esencial en la regulación del despido: la causalidad. Esta es una cuestión relevante, pues tal como hemos comentado anteriormente, la regulación de la indemnización legal por despido improcedente carece de ese elemento preventivo, pues no funciona con carácter sancionador, debido a la reducción de la cuantía y los efectos que tiene la fórmula de cálculo de dicha cuantía. Sería totalmente conveniente recuperar esa función, que va más allá de la reparación de daños y que debe servir para lograr el necesario reequilibrio del derecho de opción al que hemos hecho referencia.

Por lo tanto, es evidente la posibilidad de una indemnización complementaria a la que tendría derecho el trabajador por haber sido afectado por un despido nulo, los salarios de tramitación (que, insisto, tienen según la jurisprudencia naturaleza indemnizatoria y no salarial), a los que se añade la indemnización por daños y perjuicios, incluidos en los mismos los daños morales.

5.2 Indemnización por daños y perjuicios en el “incidente de no readmisión” en caso de despidos improcedentes

Tal como he señalado con anterioridad, el despido improcedente se sanciona en el ordenamiento español concediendo al empresario un “derecho de opción” entre readmitir en las mismas condiciones previas al despido o extinguir el contrato a través de una indemnización. Más aun, en caso de optar por la readmisión, encontramos que esta no resulta obligatoria para el empresario. Es decir, si se opta por la readmisión, es posible que el empresario, pese a su opción, la rechace finalmente, o que readmita al trabajador en condiciones diferentes a las que tenía antes del despido. En estos casos de readmisión fracasada, el trabajador debe proceder a la ejecución de la sentencia de despido improcedente con opción por readmisión. Para ello el ordenamiento español ha diseñado el llamado “incidente de no readmisión” que es una actuación incidental dentro de la fase ejecutiva (arts. 280 y 281 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). A tenor del art. 281.2 el incidente se resuelve en estos casos de no readmisión o readmisión irregular, a través de resolución judicial en la que se declara por el juez la extinción del contrato, se acuerda el abono de la indemnización por despido improcedente (33 días de salario por año de servicio), el abono de los salarios hasta el día de la notificación de la resolución judicial, y, por lo que a nosotros interesa, el juez, “en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicio-

nal de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades”. Es decir, se extingue el contrato, se abona la indemnización propia de despido improcedente, así como se establece la posibilidad de una indemnización complementaria.

Nuevamente el ordenamiento ha admitido una indemnización de carácter complementaria. En este caso, debemos resaltar que esta indemnización se abona en casos de despidos improcedentes. Es decir, el supuesto objeto de nuestro estudio. Obsérvese, además, que se trata de una indemnización complementaria que actúa frente a un supuesto especialmente negativo para el trabajador: pese a la opción empresarial por readmitir, ésta no se lleva a cabo por la voluntad del empresario, incrementando de esta manera el sufrimiento del trabajador que ha sido previamente despedido.

De entrada, debemos señalar cuál es la naturaleza de la indemnización prevista por el legislador. Desde mi punto de vista debemos rechazar que estemos ante una cuantía fijada como coste de extinción, pues no es una cuantía fija, ni es una cuantía que haya de abonarse en todo caso de extinción improcedente. Tampoco es una indemnización dirigida a compensar al trabajador por la pérdida del puesto de trabajo, pues ese es el objetivo de la indemnización básica de 33 días de salario por año de servicio. Además, si este fuese su objetivo, estaríamos ante un caso de concurrencia de dos indemnizaciones con una misma finalidad, lo que estaría generando un enriquecimiento injusto. Desde mi punto de vista, estamos ante una indemnización por daños y perjuicios; no en vano, el propio precepto lo establece expresamente al señalar que la misma se genera en atención a las circunstancias concurrentes “y a los perjuicios ocasionados”. Ahora bien, debemos tener en cuenta que los perjuicios a tener en cuenta no son los propios del despido sin causa, sino los generados por la no readmisión o la readmisión irregular. Tales perjuicios pueden ser materiales (los generados por el rechazo de una oferta laboral debido a la confianza en ser readmitido, o haber contraído deudas por la expectativa de volver al trabajo, por ejemplo); pero también pueden ser daños morales (generados por la actitud arbitraria del empresario). En todo caso, parece evidente que el trabajador debe demostrar o probar los daños alegados. En este sentido, el propio precepto señala que la indemnización se fijará “en atención” a las circunstancias y a los perjuicios ocasionados. Ciertamente, no señala expresamente la necesidad de probar la cuantía indemnizatoria, pero dado que se abonará en atención a tales elementos, lo lógico es que los mismos se aleguen y se prueben. De otro lado, a diferencia de lo señalado

para el despido nulo en el art. 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no se otorga al juez el papel de fijar prudencialmente la cuantía indemnizatoria, por lo que ha de fijarse en función de la prueba de daños. También debe tenerse en cuenta que la indemnización ha de tener en cuenta tanto los perjuicios ocasionados al trabajador, como “las circunstancias concurrentes”. Con esta última expresión parece que se hace referencia al comportamiento mismo del empresario, que tras optar por la readmisión se niega a cumplirla; lo que supone que esta indemnización tiene también una función preventiva o sancionadora del anómalo comportamiento del empresario.

Esta última cuestión pone de manifiesto, a mi juicio que ésta indemnización tiene, otra finalidad añadida además de servir como indemnización por daños y perjuicios: la de servir como instrumento preventivo ante una conducta totalmente anómala y reprochable del empresario, que optando por la readmisión, la impide; en definitiva, podemos señalar que hay una duplicidad de funciones, pues junto a la puramente indemnizatoria, existe también una finalidad sancionadora.

De otro lado, hay que afirmar que esta indemnización no está tasada. En realidad el legislador se ha limitado a establecer un límite o tope máximo (“hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades”). Por lo tanto, dentro del tope es perfectamente posible determinar los daños y perjuicios que ha sufrido el trabajador. De hecho, lo criticable de este precepto es, justamente, que se haya establecido un tope máximo a la cuantía indemnizatoria, con lo que, en la práctica, se está limitando el resarcimiento del daño recibido. De esta manera, si la cuantía de los daños supera dicho tope, el trabajador no verá satisfecho la totalidad de los daños, lo cual es contrario al principio de plena restitución que se busca con las indemnizaciones por daños y perjuicios.

6. La incidencia del Derecho Internacional, Europeo y Comparado

Junto a los anteriores argumentos, podemos mencionar otro que hoy día tiene una especial importancia para afrontar esta cuestión: la regulación de carácter internacional y comparada.

De entrada, podemos señalar el relevante papel que en este planteamiento va a tener la regulación procedente de la OIT. El punto de partida en este análisis lo vamos a encontrar en el Convenio 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario. Este Convenio, ratificado

por España (Vid. Boletín Oficial del Estado de 29 de junio de 1985), es una norma trascendental, pues recoge los elementos fundamentales de la regulación del despido: la causalidad de la extinción, el derecho del trabajador a recurrir la decisión extintiva y, por lo que nos interesa a nosotros ahora, los efectos extintivos o no de la decisión empresarial. Sobre esta última cuestión, el art. 10 de este Convenio, establece que “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Este precepto admite la sustitución de la readmisión por una indemnización. Con ello se evidencia que el ordenamiento español no se separa de este criterio, pues se ha seguido lo señalado expresamente en este precepto. Ahora bien, este art. 10 no se refiere a cualquier indemnización, sino a una indemnización “adecuada” o bien una reparación “apropiada”. En definitiva, se plantea el problema de la adecuación de la indemnización.

Lo anterior implica la necesidad de realizar un juicio de valor o un análisis sobre la adecuación del régimen jurídico indemnizatorio y, tal como hemos visto en el segundo de los epígrafes de este trabajo, la conclusión es totalmente negativa, pues tenemos un sistema indemnizatorio ineficiente, inadecuado, con niveles de tutela prácticamente inexistentes respecto de amplios colectivos de trabajadores. Una indemnización totalmente predecible en su cuantía, lo que simplifica la decisión extintiva del empresario. Una indemnización que no aporta protección adecuada al basarse en los años de servicio, dejando sin protección a todos aquellos que no hayan sido capaces de conseguir una antigüedad mínima en la empresa, lo cual afecta tanto a trabajadores temporales, como indefinidos con pocos años de servicio. Una indemnización que no tiene eficacia alguna desde el punto de vista preventivo o punitivo; en definitiva, que se configura simplemente como un coste por extinguir el contrato. Además, esos trabajadores temporales o con escaso período de servicio con toda seguridad no habrán cotizado lo suficiente para acceder a una prestación de desempleo. Por su parte, el mercado de trabajo maltrata a los trabajadores de cierta edad, pues a partir de los 50 años será prácticamente imposible volver a encontrar un empleo. Los períodos de transición hacia nuevos empleos se alargan enormemente, lo que supone una pérdida de capacidad profesionales

y capacitación. En definitiva, un sistema de tutela del trabajador sumamente débil. Por lo tanto, bien podemos concluir que el sistema indemnizatorio español en caso de despidos improcedentes no cumple con la exigencia de adecuación que requiere el Convenio n° 158 OIT.

La cuestión es todavía más evidente si tenemos en cuenta lo establecido por el art. 12 de este Convenio 158 OIT en relación al cálculo de la cuantía indemnizatoria. Este precepto señala que la cuantía de la indemnización por fin de servicios “(...) se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores”. Nuevamente la literalidad es interesante, pues este precepto establece el sistema de cálculo de la indemnización, en base al tiempo de servicios y al salario; sin embargo, tales elementos no son los único que deben utilizarse a la hora de fijar la cuantía de la indemnización, pues tal como se señala expresamente, se fijará la cuantía con dichos elementos, “entre otras cosas”. Por lo tanto, no parece aceptable que un ordenamiento nacional, tal como ocurre con la regulación española, utilice exclusivamente salario y tiempo de servicio como instrumentos de cálculo de una indemnización que ha de ser, recordémoslo, “adecuada”. Evidentemente ello permitiría el uso de otros criterios para fijar la cuantía indemnizatoria, como puede ser los daños y perjuicios efectivamente sufridos por los trabajadores. Además, ha de advertirse que el propio art. 1º del Convenio 158 OIT admite la posibilidad de que se dé cumplimiento al mismo, no sólo por la actividad del legislador, sino también por la negociación colectiva, laudos arbitrales o por sentencias judiciales; admitiendo así la posibilidad de utilizar la jurisprudencia como vía para la incorporación efectiva de esta regulación.

En todo caso, ha de advertirse la tradicional tendencia de los órganos judiciales españoles a minusvalorar la regulación procedente de la OIT y a considerar que es una regulación “non self executing” y que requiere, por tanto, de una trasposición al ordenamiento nacional; considerándose habitualmente que la regulación nacional en materia de despido es plenamente satisfactoria con las exigencias de este Convenio.

Junto con el Convenio 158 OIT, debemos tener en cuenta lo previsto por la Carta Social Europea (revisada), ratificada por España mediante instrumento de 8 de junio de 2021 (publicada en Boletín Oficial del Estado de 11 de junio de 2021). Concretamente en su art. 24 que afirma, en idéntica dirección que lo previsto por el citado Convenio OIT, que es necesario “garantizar el ejercicio

efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido”; por lo que los Estados que lo han ratificado deben reconocer “el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”. Ahora bien, si son despedidos sin dicha causa, se establece el derecho “a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”.

Se trata, nuevamente, de considerar si la indemnización del Estatuto de los Trabajadores aporta al despido, con carácter general, un nivel de tutela suficiente. Ya hemos señalado que es difícil aceptar que el ordenamiento español satisfaga la exigencia de adecuación en cuanto a la indemnización por despido improcedente, por lo que la cuestión deberíamos entenderla resuelta. Tal como he señalado anteriormente, la actual regulación española no soportaría un test de adecuación de la indemnización para satisfacer la tutela del trabajador injustamente despedido. Pero, además, debemos señalar cómo la Carta Social Europea cuenta con un mecanismo de interpretación de su contenido; me refiero al Comité Europeo de Derechos Sociales, que a través de sus Decisiones (ante quejas colectivas que puedan formularse respecto a la aplicación por los Estados del contenido de la Carta Social Europea), interpreta su contenido.

La cuestión es relevante, pues tras la ratificación por España en 2021 de la misma, las Decisiones del Comité tienen aplicación en nuestro país. Pues bien, sobre la cuestión de la adecuación de la indemnización debemos tener en cuenta dos Decisiones. La primera de ellas, de 6 de septiembre de 2016 (Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, queja nº 106/2014), cuyo texto puede consultarse en <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-106-2014-dadmissandmerits-fr>.

Esta Decisión, resolvía una queja relativa al límite de la indemnización por despido injusto, fijado en 24 mensualidades de salario. El apartado 45 de dicha Decisión señala respecto de qué ha de considerarse una indemnización adecuada u otra preparación apropiada, que “Se consideran mecanismos indemnizatorios apropiados los que prevean:

- el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y de la decisión del órgano revisor;
- la posibilidad de readmisión y/o
- indemnizaciones en cuantía suficientemente elevada para disuadir al empleador y compensar el perjuicio sufrido por la víctima”.

De otro lado, el apartado 46 afirma que “Cualquier tope que tenga como efecto que la compensación concedida no sea proporcional al daño sufrido y no sea suficientemente disuasorio es, en principio, contrario a la Carta. Sin embargo, si existe un tope para la compensación otorgada por daños materiales, la víctima debería poder reclamar una compensación por los daños morales (...)”.

El Gobierno Finés argumentó que si bien la regulación laboral estaba sujeta a un tope o límite máximo, también existía la posibilidad de reclamar indemnización a través del sistema civil de daños y perjuicios, mediante el cual podría obtenerse la plena satisfacción de los daños sufridos por el trabajador; planteamiento que rechazó el Comité Europeo de Derechos Sociales por considerar que era una posibilidad muy limitada, por lo que “El Comité considera que la Ley de Responsabilidad Civil no constituye un recurso legal alternativo disponible para las víctimas de despido improcedente no relacionado con discriminación”. Por lo tanto, se considera con carácter general que “(...) en algunos casos de despido improcedente, la indemnización de 24 meses prevista en la ley relativa al contrato de trabajo puede no ser suficiente para compensar las pérdidas y daños sufridos” (apartado nº 49).

Por todo lo anterior, “El Comité considera que el tope de indemnización previsto en la ley de contratos de trabajo puede permitir que persistan situaciones en las que la indemnización otorgada no cubra el daño sufrido. Además, no puede concluir que se prevén recursos legales alternativos como recurso en tales situaciones” (apartado nº 53); finalizando con la afirmación: “En consecuencia, el Comité considera que existe una violación del artículo 24” (apartado nº 54). Obsérvese que con esta interpretación se está admitiendo tanto la falta de adecuación de una regulación sobre indemnización de despido improcedente o injusto, cualitativamente superior a la actual española; como la posibilidad de vías indemnizatorias alternativas, justamente lo que se plantea con este trabajo.

La segunda de las Decisiones es la de 11 de septiembre de 2019 (vid. <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-158-2017-dmerits-fr>, que responde a la queja 158/2017, presentada por la CGIL contra Italia en relación al Decreto Legislativo 23/2015 y la presunta violación del mismo del art. 24 de la Carta Social Europea por regular una indemnización de despido injusto, tasada y topada por un límite máximo (sustancialmente idéntica a la regulación española –salvo en la cuantía, que en el caso Español es incluso inferior–, pues la indemnización no podía superar las 36 mensualidades). El ordenamiento

italiano admitía, además, la posibilidad de una conciliación previa a la vía judicial, en la que se ofreciese al trabajador una indemnización diferente, pero también sometida a un límite máximo.

La Decisión reitera la de 6 de septiembre de 2016 y señala expresamente respecto de las soluciones frente a un despido ilegal establecidas por la regulación italiana que “El Comité recuerda que todo límite que tenga por efecto que la indemnización concedida no sea proporcional al daño sufrido y no sea suficientemente disuasoria es, en principio, contraria a la Carta, como también se ha señalado, en cierta medida, el Tribunal Constitucional en su sentencia n° 194/2018. En caso de límite máximo a las indemnizaciones concedidas en concepto de reparación del daño material, la víctima debe poder reclamar la reparación del daño moral sufrido por otros medios de derecho y los tribunales competentes para conceder la reparación del daño material y moral sufrido deben pronunciarse en un plazo razonable” (apartado n° 96). Dicho de otro modo, se está admitiendo claramente la posibilidad de una indemnización añadida a la indemnización legal de despido, cuando esta, por estar sujeta a un límite, no cubre todos los daños que haya podido sufrir el trabajador (de hecho, debe subrayarse que el Gobierno italiano argumentaba la posibilidad de acceder, junto a la indemnización legalmente regulada, a otra indemnización de daños y perjuicios en base a lo previsto por el art. 1418 del Código Civil, si bien no fue capaz de aportar ejemplo alguno de utilización de esta vía); de ahí que en el apartado n° 103 afirma la Decisión que “(...) el Comité observa la ausencia de pruebas concluyentes de que efectivamente permitan obtener una indemnización adicional de manera general”.

Restando sólo las vías indemnizatorias establecidas por el Decreto Legislativo 23/2015 (la indemnización legal topada o la vía de la conciliación, también limitada en su cuantía máxima), afirma la Decisión que “corresponde a la víctima la elección entre dos opciones compensatorias del daño material – judicial o extrajudicial– que están topadas y no cubre las pérdidas financieras efectivamente causadas desde la fecha del despido. El Comité considera que las condiciones que se vinculan a cualquiera de estas dos opciones compensatorias, sin embargo, fomentan o al menos no disuaden del recurso a los despidos ilegales” (apartado n° 101). El apartado n° 103 de la Decisión afirmaba que la regulación italiana no tiene “un verdadero efecto disuasorio contra el despido ilegal”, lo cual se agrava por el hecho de que los procedimientos de reclamación favorecen al empresario, pues el paso del tiempo durante tales procedimientos hace que las indemnizaciones sean inadecuadas en relación

al daño sufrido. Concluye la Decisión afirmando que “el Comité considera que ni las vías de derecho alternativas ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del tope previsto por la ley en vigor, ni el mecanismo de conciliación, tal como está establecido en las normas impugnadas, permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y de carácter disuasorio del recurso a los despidos ilegales” (apartado n° 104); por todo lo cual, concluye que esta regulación supone una violación del art. 24 de la Carta Social Europea.

Considero que esta doctrina del CEDS es perfectamente aplicable a la regulación española en materia de indemnizaciones por despido; de hecho, debemos reseñar que la UGT ha presentado ya una reclamación al CEDS sobre la inadecuación de la regulación española al art. 24 de la Carta Social Europea, la n° 207/2022. Ello debe conducirnos a afirmar la inadecuación la regulación española con normas internacionales que están integradas y formar parte de nuestro ordenamiento interno. Por lo tanto, sirven como argumento esencial para la admisión de una indemnización por daños y perjuicios complementaria de la indemnización legal, que al ser tasada y topada, no resulta apropiada para satisfacer la totalidad de los perjuicios que puede haber sufrido el trabajador. En definitiva, esta posibilidad debe abrirse a la jurisprudencia, pues la regulación española no respeta el canon de adecuación que se exige por dicha regulación internacional.

Para terminar con esta rápida visión internacional, debemos tener en cuenta las dos Sentencias de la Corte Costituzionale italiana, las n° 194/2018 y 150/2020, que analizaron la constitucionalidad de la regulación sobre despido, concretamente el mencionado Decreto Legislativo 23/2015. Sin entrar en mucha profundidad, se cuestiona la constitucionalidad de la solución legal ante un despido ilegítimo o ilegal, que como sabemos es la indemnización tasada de manera legal, que no permite que sea incrementada, y que se calcula en función del salario y la antigüedad; es decir, una indemnización cuyo cálculo es muy similar a la regulación española. Pues bien, ante este planteamiento, se responde (Sentencia n° 194 de 2018) que los años de servicio no pueden ser el único parámetro de incremento de la indemnización, debiendo favorecerse el papel del juez a la hora de concretar la cuantía indemnizatoria.

Desde el anterior punto de vista, si bien se rechaza que la restitución integral del daño, principio básico del derecho de daños, tenga cobertura constitucional, si se estima que es necesario establecer una indemnización que

“aunque no necesariamente repara la totalidad del daño sufrido por el perjudicado, debe ser necesariamente equilibrada”. En definitiva, surge la idea, tantas veces mencionada en este mismo epígrafe de la adecuación de la indemnización. Para ello se reclama que han de intentar alcanzar un equilibrio entre los intereses empresariales (el respeto a su capacidad de organizar la empresa) y laborales (la necesaria tutela del trabajador ante la pérdida de su puesto de trabajo). Pues bien, desde esta perspectiva se rechaza que estemos ante una regulación que fija una indemnización adecuada, pues sólo se establece un criterio de incremento de la indemnización, basado en la antigüedad de servicios, lo cual lesiona especialmente a aquellos que tienen una escasa antigüedad en la empresa. Considera la sentencia comentada que la regulación no respeta el necesario equilibrio de intereses jurídicos en juego, por lo que, y cito literalmente, “Al prever una protección económica que puede no constituir una adecuada reparación del perjuicio producido, en diversos casos, por el despido, ni una adecuada disuasión del empresario de despedir injustificadamente, la disposición impugnada comprime en exceso el interés del trabajador, hasta el punto de ser incompatible con el principio de razonabilidad. (...) El legislador termina así traicionando el fin primordial de la protección indemnizatoria, que consiste en indemnizar adecuadamente el daño sufrido por el trabajador injustamente despedido”.

En definitiva, que un sistema indemnizatorio similar al establecido por el Estatuto de los Trabajadores español no supone una protección adecuada del trabajador, careciendo, además, de finalidad preventiva o disuasoria, que es necesaria en este tipo de indemnizaciones por despido sin causa.

7. Una tímida (y reciente) reacción jurisprudencial ante la ineficaz tutela sobre el despido improcedente: aceptar la indemnización por daños y perjuicios en situaciones excepcionales

7.1 Las manifestaciones judiciales y su contenido

Los motivos antes expuestos ponen de manifiesto la inadecuación de la indemnización por despido disciplinario improcedente. Pero también hemos de señalar que la doctrina del Tribunal Supremo ha sido extraordinariamente conservadora en esta cuestión, de manera que no ha admitido, al menos hasta ahora, la posibilidad de una indemnización complementaria que amplíe la cuantía legalmente establecida con carácter tasado y limitado en su cuantía máxima.

Sin embargo, la “jurisprudencia menor” no ha dejado de dar muestras de cierta disconformidad con dicha doctrina del Tribunal Supremo y con la inacción del legislador. Una buena prueba de ello es la larvada doctrina del despido fraudulento o abusivo (que ha defendido la calificación de nulidad –y, por tanto, la readmisión obligatoria– en base a los arts. 6 y 7 del Código Civil), rechazada por el Tribunal Supremo, pero que resurge, de tanto en tanto, entre Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia ante la más mínima oportunidad; tal como ha ocurrido con la “prohibición” de despido consecuencia del COVID-19 (vid. recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2022, nº 841/2022).

Otro buen ejemplo de la insatisfacción que provoca la actual regulación en materia de indemnizaciones por despido lo encontramos en algunas pocas sentencias (al menos por ahora), tanto de Juzgados de lo, como en algún Tribunal Superior de Justicia. Voy a referirme, concretamente, a tres sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, las de 23 de abril de 2021, nº 2273/202, recurso de Suplicación 5233/2020; 20 de mayo de 2021, nº 2757/2021, recurso de Suplicación 5234/2020 y 14 de julio de 2021, nº 3812/2021, recurso de Suplicación 1811/2021 (pero también podemos remitirnos a las interesantes Sentencias de los Juzgados de lo Social nº 34 de Madrid de 21 de febrero de 202, Roj SJSO 2251/2020 y nº 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020, Roj SJSO 2262/2020). En ellas se admite de manera expresa que el sistema indemnizatorio español no es adecuado y que puede condenarse a una indemnización por daños y perjuicios, además de la indemnización legal; si bien, por diferentes circunstancias, no proceden a imponer dicha indemnización complementaria (por ejemplo, por falta de prueba de tales daños y perjuicios). Estas sentencias recogen diferentes argumentos que ya hemos señalado en este trabajo. Así, si bien se señala como punto de partida la doctrina “clásica” del Tribunal Supremo que rechaza la duplicidad de las indemnizaciones, al considerar que el Derecho del Trabajo consagra un régimen específico de las indemnizaciones por despido, señala los siguientes elementos que favorecerían la posibilidad de la indemnización complementaria por daños y perjuicios:

- En primer lugar, como ya hemos visto, que nuestro ordenamiento consagra una excepción, al admitir la indemnización por daños y perjuicios en caso de despidos nulos por discriminación o violación de derechos fundamentales.

- En segundo lugar, que en los casos concretos analizados por estas sentencias, se evidencia que la limitada cuantía de la indemnización resultan-

te de aplicar las reglas legales (se refiere a esta cuestión señalando expresamente que la indemnización resultante de la aplicación de los límites legales resulta, “prácticamente residual”), no tendría ningún efecto disuasorio y no sería adecuada.

– Lo anterior implica que la indemnización sería contraria a lo dispuesto por el art. 10 del Convenio 158 OIT y al art. 24 de la Carta Social Europea.

– Respecto de lo anterior y aquí se introduce un elemento tremendamente relevante en la argumentación judicial, se plantea cómo actuar cuando la norma legal es contraria a un tratado internacional suscrito por España. En este caso, se acude a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales, cuyo art. 31 establece que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente, “prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”. Por lo tanto, se afirma la primacía jerárquica de la norma internacional sobre la regulación del Estatuto de los Trabajadores.

– Cuestión trascendental es la relativa a la determinación de quién tiene la competencia para decidir si la norma internacional resulta aplicable frente a la norma nacional. Se trata de decidir quién es competente para realizar el control de convencionalidad. Las alternativas serían dos: o el Tribunal Constitucional o la jurisdicción ordinaria. La respuesta nos la ha dado el Tribunal Constitucional español, tal como resaltan estas sentencias, concretamente la STC nº 140/2018: al tratarse de un simple problema de selección de la norma aplicable y no de si estamos ante una regulación contraria a la Constitución, la competencia es propia de jueces y tribunales ordinarios. Por lo tanto, los jueces de lo social pueden estimar la aplicación de normas internacionales sobre el Estatuto de los Trabajadores.

– Teniendo en cuenta lo anterior, las tres sentencias señaladas consideran que el actual ordenamiento laboral permite perfectamente al empresario proceder a la extinción del contrato de trabajo sin ningún tipo de causa, lo que supone admitir que estamos ante un desistimiento empresarial y no una resolución contractual y ello “entra en contradicción flagrante con los compromisos adquiridos por España con la suscripción del Convenio 158 OIT (BOE 29 de junio de 1985) que en su artículo 4 exige la concurrencia de causa justificativa”. Señalan estas sentencias que no ocurre lo mismo con el art. 24 de la Carta Social Europea revisada, pues en el momento de producirse las sentencias, España no la había ratificado aun (en la actualidad, ya ha sido

ratificada, por lo que la misma lógica del Convenio 158 OIT debe aplicarse a dicha Carta Social Europea; es decir, que el ordenamiento español también sería contrario a la misma).

– Ahora bien, las tres sentencias no llegan a la conclusión de afirmar la nulidad del ordenamiento nacional por ser contrario al internacional. Muy al contrario estiman que la regulación nacional debe ser aplicada como regla general. Ahora bien, la regla general admite excepciones: en casos particulares sería de aplicación una indemnización complementaria. Por tanto, no se trata de la posibilidad de una indemnización complementaria de carácter general, sino reducida sólo a ciertas situaciones excepcionales, en las que resulta evidente que la indemnización por despido no es “adecuada”. ¿Cuáles? Como señalan estas sentencias, cuando se cumplan dos requisitos: en primer lugar, cuando exista una “una notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato”.

Por lo tanto, no se plantea una solución general, sino exclusivamente en relación a ciertos casos o supuestos. Se trata, sin lugar a dudas, de una interpretación limitada o incluso muy limitada. No obstante, puede ser un primer paso para el reconocimiento futuro de indemnizaciones complementarias con carácter mucho más general. En todo caso, hay que realizar una advertencia: tales indemnizaciones complementarias requerirán la prueba de los daños que efectivamente hayan sufrido los trabajadores. Efectivamente, si acudimos al patrón de la responsabilidad por daños y perjuicios, es necesaria la prueba de los daños sufridos para poder indemnizarlos, lo que supone una dificultad a unos operadores jurídicos acostumbrados, después de décadas de utilizar el sistema de indemnización tasada, a unos parámetros totalmente predecibles con los que trabajar.

7.2 El limitado efecto de esta doctrina

Podemos discutir si la posibilidad de incorporar una indemnización complementaria debe aceptarse en todo caso o bien sólo en situaciones excepcionales. Es decir, hay dos perspectivas de acercamiento, una reductiva o centrada sólo en situaciones excepcionales; la otra más abierta, por la que es viable extender la indemnización con carácter general a todo supuesto de despido disciplinario improcedente.

Entiendo que la interpretación más correcta, a la luz de los argumentos hasta ahora analizados es estimar la aplicación de esa indemnización complementaria con carácter general, pues la necesidad de satisfacer los verdaderos daños sufridos va a existir en cualquier despido improcedente, sea este ordinario o esté caracterizado por algún elemento que determine una cierta especialidad.

Sin embargo, tal como hemos señalado en el epígrafe anterior, las escasas manifestaciones existentes sobre la cuestión, parecen haber apostado por una interpretación limitada de esta posibilidad, aplicando la solución de la indemnización complementaria sólo a casos excepcionales, en los que se estima que es realmente evidente que la indemnización tasada no es apropiada para satisfacer al trabajador. Específicamente se señala al supuesto del así llamado despido fraudulento.

Probablemente en esta interpretación pesan ciertos elementos o circunstancias. Ante todo, el hecho de que se trate de un planteamiento “novedoso”, que viene a contradecir una asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo que se ha mostrado especialmente “conservadora”. Así, esta jurisprudencia ha venido rechazando aplicar la calificación de nulidad (y por tanto, la readmisión obligatoria) a los supuestos de despidos fraudulentos. De otro lado, el Tribunal Supremo también ha venido rechazando la posibilidad de acceder a una indemnización de daños y perjuicios en los casos de despido, pues considera, como hemos visto, que la regulación laboral tiene un carácter especial, que no deja lugar a la aplicación de los principios del derecho común. Dicho de otro modo, las sentencias que hemos señalado en el epígrafe anterior apuestan por una interpretación limitada, pues no han querido ir excesivamente lejos, dado que conocen ese carácter conservador de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, el propio legislador se encargó de suprimir la regulación que admitía los salarios de tramitación, prueba evidente de su intención de limitar los efectos de la indemnización de despido.

De otro lado, también pesa el hecho de que contamos con un importante antecedente jurisprudencial en materia de indemnización de daños y perjuicios en caso de despido, que posteriormente se incorporó al ordenamiento legal, me refiero a los despidos nulos por violación de derechos fundamentales o discriminación. Este supuesto, en sí mismo es ya una situación excepcional en el marco de la regulación de despido y en la realidad del sistema de relaciones laborales (afortunadamente). Probablemente, se pretende seguir esa estela de situaciones excepcionales que dan lugar a una indemnización por daños y perjuicios añadida a la fijada con carácter tasado por el legislador.

Por último, dado que, como vamos a ver, las sentencias antes señaladas se han inclinado por aplicar la indemnización complementaria al supuesto de los despidos fraudulentos, estamos ante una reacción frente al rechazo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a aplicar a estos casos la sanción de nulidad del despido. Es decir, que en estos casos estamos ante una respuesta menor, casi un premio de consolación en forma de indemnización complementaria, por no admitirse la nulidad de estos despidos. No es sino la prolongación de la batalla del despido fraudulento.

Por lo tanto, la interpretación favorable a la indemnización complementaria se ha centrado en el supuesto de los despidos fraudulentos; despidos que carecen total y absolutamente de causa alguna de justificación. Se trata de una situación en la que el empresario acude al despido careciendo totalmente de una causa justificadora; es decir, pretende la extinción obviando totalmente la exigencia causal, pudiendo demostrarse por parte del trabajador que se carece totalmente de una causa extintiva, de modo que la extinción obedece exclusivamente a la mera voluntad del empresario. En este sentido, se utilizan causas absolutamente falsas, incumplimientos inventados y que son fácilmente desmontables por el trabajador. Suele ser bastante clarificador del carácter fraudulento o abusivo, el comportamiento procesal del empresario, que tras despedir y ser demandado, no realiza ninguna actuación procesal o ni siquiera intenta demostrar el incumplimiento del trabajador que ha causado su despido.

En un primer momento, la jurisprudencia aceptó que estos despidos no debían ser sancionados con la improcedencia, sino con la nulidad; lo que suponía la readmisión obligatoria del trabajador. Este mismo planteamiento fue defendido por un sector doctrinal, al estimar que la actuación empresarial en estos casos supone una directa vulneración del principio de causalidad. Sin embargo, la jurisprudencia posterior recondujo la cuestión a la calificación de improcedencia, estimando que el ordenamiento no recoge expresamente que estos supuestos deban ser calificados como despido nulo. Al contrario, considera que situaciones en las que existe fraude de ley o abuso de derecho en la causa de despido, deben ser considerados como despidos sin causa grave o culpable, por lo tanto, como despidos improcedentes. Ello supone la posibilidad de que el empresario opte por la extinción a cambio de una indemnización en un contexto claramente fraudulento, pues el ordenamiento se lo estaría permitiendo.

No obstante, el hecho de que estos supuestos sean sancionados con la indemnización habitual de 33 días de salario por año de servicio, evidencia la

debilidad de la tutela del trabajador. De ahí que estemos ante un supuesto, extraordinario, en el que resulta indispensable una indemnización complementaria, a través de la cual se puedan resarcir todos los daños irrogados por una decisión empresarial evidentemente injusta y contraria al principio básico de la regulación de despido. Una indemnización complementaria que también debe tener un efecto punitivo contra el empresario que en la práctica realiza un uso totalmente arbitrario de su capacidad de extinción del contrato de trabajo.

En todo caso, si aceptáramos la interpretación reductiva y limitadora de la solución indemnizatoria complementaria, a tenor de la que sólo sería aplicable a supuestos excepcionales, en los que resulta evidente la inadecuación de la indemnización por despido, es evidente, desde mi punto de vista, que existe un supuesto mucho más relevante que el despido fraudulento al que debería aplicarse esta doctrina; me refiero, como no al supuesto de trabajadores con contrato temporal o con contrato indefinido, pero que haya tenido un corto período de prestación de servicios. Como hemos visto, al estar basada la indemnización tasada en el salario del trabajador, con un elemento multiplicador del mismo, los años de servicio, el resultado de la indemnización por despido tiene un mayor impacto económico en función de los años de servicio prestados: a mayor antigüedad, mayor indemnización. Por ello si la antigüedad es escasa, la indemnización será reducida o incluso muy reducida, de manera que difícilmente tendrá un efecto tutelador del derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa. Sólo si se supera una cierta antigüedad en la empresa, la indemnización tendrá un cierto efecto de tutela de los trabajadores.

Si a todo ello le sumamos la reducción de la cuantía y la supresión de los salarios de tramitación (que para los trabajadores temporales era la verdadera indemnización), se evidencia que estos trabajadores sufren en la actualidad un grave problema de desprotección frente al despido, siendo sumamente fácil y barato para el empresario el despido por su sola voluntad, sin causa alguna que lo justifique. Es evidente que en estos casos una indemnización basada en el salario y la antigüedad del trabajador, no satisface los mínimos de tutela necesaria.

Insistimos en que la solución más adecuada es una interpretación amplia o general y no limitada exclusivamente a situaciones excepcionales. No obstante, como todo en la vida, es necesario comenzar por algo, por muy pequeño que sea.

8. El “nacionalismo normativo” como límite a la aplicación de la interpretación internacional sobre la “adecuación” de la indemnización por despido

Como vemos el planteamiento de esta línea jurisprudencial ya es, por sí misma, bastante limitado, pues se reduce realmente al ámbito de los despidos improcedentes, pero sólo a los que tienen ese carácter fraudulento. Probablemente la decisión de limitar los efectos a la aplicación de esta interpretación de la adecuación del despido sólo a estos supuestos, se debe a que tradicionalmente la jurisprudencia y algunos sectores doctrinales han sido muy conservadores a la hora de admitir la incidencia de las normas internacionales en el ordenamiento interno.

Este planteamiento conservador es, desde mi punto de vista, el principal obstáculo para que pueda extenderse la posibilidad de aceptar jurisprudencialmente una indemnización de carácter compensatorio. Ciertamente nuestro país ha ratificado tanto el Convenio nº 158 OIT, como la Carta Social Europea (revisada). En la segunda de estas normas ello supone también la asunción interna de la interpretación que de los preceptos de la misma realiza el Comité Europeo de Derechos Sociales en los casos de reclamaciones colectivas. Ahora bien, en base a ese planteamiento conservador se estima el carácter “non self-executing” de dicha regulación, rechazando la aplicación directa de la Carta y su interpretación. En idénticos términos respecto del Convenio nº 158 OIT (vid. en este sentido la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 diciembre de 2021, AS\2022\382 y la jurisprudencia allí citada). Por lo tanto, se señala que es necesario la actuación del legislador para que lo establecido por la norma internacional se concrete en el ordenamiento interno, teniendo validez jurídica sólo esa trasposición al ordenamiento nacional.

Sin embargo, de la propia Carta podría deducirse lo contrario, pues a tenor del Anexo a la Carta y en relación al art. 24, se 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 circunstancias nacionales”. En esta última referencia a cualquier otro procedimiento adecuado encajaría perfectamente la jurisprudencia. Además, desde la perspectiva de defender que sea la jurisprudencia quien impulse una mejor adecuación de la indemnización a la realidad de los daños sufridos, no debemos olvidar que existe un antecedente en la realidad jurídica española de la ampliación de la indemnización por despido a través de la

jurisprudencia: el supuesto de la indemnización por daños y perjuicios en los despidos nulos por violación de derechos fundamentales o discriminación. En este caso fue, repitámoslo, la jurisprudencia quien introdujo esta posibilidad, siendo posteriormente el legislador, quien incorporó la misma al ordenamiento legal (hoy art. 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

De otro lado, creo que es importante defender el valor cuasi jurisprudencial de las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Sociales. No estamos ante el habitual procedimiento de valorar, a través de unas conclusiones, los informes que los Estados signatarios remiten periódicamente sobre el cumplimiento del contenido de la Carta, cuyos efectos son totalmente limitados; al contrario, estamos ante una Decisión frente a una reclamación colectiva, que pretende que se analice, de manera concreta y específica, si determinados preceptos del ordenamiento nacional son o no compatibles con el contenido de la Carta Social Europea. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 marzo de 2021, AS\2021\1418, que señala cómo en el momento de los hechos enjuiciados, España sólo había ratificado la versión original de la Carta Social Europea, por lo que “(...)el procedimiento del control del cumplimiento de la Carta Social Europea aplicable a España, resultado del texto original con el protocolo adicional de 21 de octubre de 1991, no confiere al Comité de Expertos Independientes del artículo 25 la competencia para dictar resoluciones interpretativas como consecuencia de sus conclusiones sobre los informes anuales que puedan considerarse vinculantes para los Estados miembros (artículo 24), aun cuando dichas conclusiones sean hechas públicas. Solamente si dichas conclusiones llegan a ser aprobadas como recomendaciones por el voto favorable de 2/3 del Comité de Ministros, tras el análisis y propuesta realizado por el Comité Gubernamental, tendrán el valor propio de las mismas, que el tratado no especifica pero que tampoco puede considerarse estrictamente vinculante (...) Por tanto los órganos judiciales nacionales deben llevar a cabo la necesaria labor interpretativa de los textos de la Carta Social Europea, al igual que los de los demás convenios internacionales, aplicando para ello los criterios establecidos en los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados y utilizando solamente con valor orientativo, entre los criterios aplicables, las eventuales interpretaciones del tratado que pudieran haber dado a su contenido órganos internos que no tengan atribuidas competencias del Estado por la vía del artículo 93 de la Constitución”.

Es decir, estamos ante una interpretación “auténtica” de la propia Carta,

que lógicamente ha de afectar a los Estados que la han ratificado. En este sentido, la misma sentencia que acabamos de señalar, establecía que “La única matización que cabe hacer a lo expuesto (...) es que hace unas semanas España ha firmado el Protocolo Adicional de 9 de noviembre de 1995 sobre el procedimiento de reclamaciones colectivas, que está pendiente de ratificación y publicación. En base al mismo las resoluciones del Comité de Derechos Sociales podrán entenderse vinculantes en España como «Derecho derivado», al menos si se llega a cumplir el principio de atribución, esto es, si esa competencia hubiera sido atribuida a dicho Comité al amparo del artículo 93 de la Constitución, cuestión que ahora es totalmente hipotética y no resulta relevante para el caso. Lo que no cabe es aplicar a este caso un tratado todavía no ratificado y el criterio de un órgano internacional expresado en base a un procedimiento contenido en otro tratado no ratificado todavía”.

Creo que estamos, justamente en este momento, en una importante encrucijada, pues el Tribunal Supremo ha comenzado a encarar situaciones en las que se plantea la incidencia que sobre el ordenamiento nacional tiene la Carta Social Europea y la interpretación que de la misma realiza el Comité Europeo de Derechos Sociales. Se han producido este mismo año diversas sentencias que señalan la importante incidencia que estas normas internacionales tienen sobre el ordenamiento laboral, llegando incluso a utilizar tal regulación como argumento para reconocer a los trabajadores derechos que tienen un reconocimiento expreso en la regulación nacional. Así ha ocurrido con la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2022 (nº 268/2022, Roj: STS 1354/2022) que declara el derecho de los trabajadores al preaviso por extinción de contrato, cuando el concreto contrato de trabajo pertenece a una concreta modalidad de fomento de empleo, caracterizada por la amplia duración del “período de prueba”, dentro del cual se puede rescindir libremente el contrato de trabajo. La regulación de esta modalidad contractual (denominada contrato de emprendedores) no contemplaba el derecho al preaviso; sin embargo, entre otros argumentos se acudió al art. 4.4 de la Carta Social Europea para defender que debía respetarse un preaviso de 15 días. En todo caso, la sentencia advierte de la necesidad de analizar cada precepto en concreto de la Carta Social Europea, para determinar su aplicabilidad directa o no al ordenamiento interno.

De otro lado, la también reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2022 (nº 270/2022, Roj: STS 1427/2022), al analizar si la regulación española del art. 52 d) ET que regulaba el despido por excesivas

faltas de asistencia al trabajo debido a enfermedad común (hoy día derogado y desaparecido de nuestro ordenamiento); si bien considera que esta regulación no sería contraria a la Carta Social Europea (se refiere a la Carta previa a su revisión), si considera de manera expresa que “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”.

Es decir, está admitiendo la posibilidad de aplicar directamente normas internacionales sobre el ordenamiento nacional, siempre que el contenido de esta regulación sea claro y de la misma se deduzca suficiente seguridad jurídica en cuanto a que su contenido sea contrario al ordenamiento nacional. En definitiva, admite su aplicabilidad con condiciones.

Vemos pues como existen ya elementos que permiten defender la posibilidad de aplicabilidad directa de normas internacionales. Respecto del art. 24, entendemos que la exigencia de indemnización adecuada es suficientemente clara, pues ha de seguirse la interpretación auténtica que de dicho precepto ha fijado el Comité Europeo de Derechos Sociales. Por todo ello, consideramos que la actual regulación española es contraria a lo establecido por el art. 24 de la Carta Social Europea.

9. La prueba del daño

Una duplicidad de indemnizaciones puede conducir a imponer al empresario una cuantía superior a los verdaderos perjuicios que haya sufrido el trabajador. Es por ello que se requiere cierta cautela a la hora de aplicar una indemnización complementaria. Para ello debe tenerse en cuenta que la indemnización por despido improcedente tiene como objetivo cubrir la pérdida del puesto de trabajo. A partir de ahí la indemnización complementaria debería cubrir exclusivamente los daños y perjuicios que puedan existir, además de la pérdida del puesto de trabajo. Para ello es necesario, y esto resulta esencial, la prueba de los mismos, pues no es factible condenar al pago de daños que no hayan sido probados. Por lo tanto, la posibilidad de una segunda indemnización por daños y perjuicios, más allá de los tasados, requiere necesariamente de la prueba de los mismos.

Ello supone un serio obstáculo a esta posibilidad de indemnización, pues las dificultades probatorias, podrían conducir a la reducción o bloqueo de esta posibilidad indemnizatoria. No es difícil entender que dadas estas dificulta-

des pueda defenderse que el sistema tasado sea más favorable y beneficioso para el trabajador. Sin embargo, debemos tener en cuenta varias cuestiones. De entrada, que estamos planteando una indemnización complementaria, que se añade a la tasada. Por lo tanto, no una sustitución de un sistema indemnizatorio por otro. Por otra parte, basta comprobar la cuantía de las indemnizaciones medias por despido improcedente en España para constatar que es difícil admitir que un sistema por daños y perjuicios sea, en general, netamente inferior y ofrezca menos protección que un sistema indemnizatorio tasado y limitado como el actual. Será necesario un cierto reciclaje o adaptación de los actores jurídicos, habituados a un sistema indemnizatorio de carácter exclusivamente tasado, en el que basta con probar el salario y la antigüedad de los servicios del trabajador en la empresa. De otro lado, también debemos tener en cuenta que existen ciertos elementos muy relevantes que indican con bastante precisión el daño que puede sufrir el trabajador ante la pérdida injusta del puesto de trabajo. Por ejemplo, la situación del mercado de trabajo, que supone en España largos períodos de transición entre un empleo y otro, lo que puede conducir a cálculos del daño patrimonial bastante simples (introducir como elemento del cálculo el período medio de tiempo en encontrar en el sector y zona geográfica un nuevo puesto de trabajo y multiplicar por el salario medio de ese sector, por ejemplo). Sobre esta última cuestión volvemos inmediatamente.

Desde mi punto de vista, aceptado (no sería admisible otro planteamiento) que es necesaria la prueba del daño sufrido para que este sea indemnizado, debemos entender que la necesidad de dicha prueba se torna mucho más relevante si planteásemos un sistema indemnizatorio basado exclusivamente en la indemnización estricta por daños y perjuicios, que un sistema indemnizatorio dualista (indemnización tasada, más daño y perjuicios no cubiertos por la primera –es decir, indemnización tasada que cubre los daños por la pérdida injusta del puesto de trabajo, más una indemnización dirigida a satisfacer otros posibles daños sufridos–). Pues bien, ¿qué elementos podemos tener en cuenta a la hora de calcular una indemnización por daños y perjuicios? Acabamos de referirnos a la situación del mercado de trabajo. Creo que este es un parámetro esencial y que debe ser tenido en cuenta necesariamente: si estamos ante la pérdida injusta del puesto de trabajo, la principal medida de cuantificación indemnizatoria debe ser, justamente, la expectativa del trabajador de encontrar un nuevo puesto de trabajo, lo cual podrá cuantificarse en términos de cuantía equivalente al salario medio del sector, a percibir duran-

te el período de transición al nuevo empleo. También desde la perspectiva del mercado de trabajo, debe tenerse en cuenta las específicas circunstancias de colectivos de trabajadores de cara a la búsqueda de un nuevo empleo, pues ciertas características personales pueden dificultar, aún más, encontrar un nuevo puesto de trabajo: pensemos por ejemplo en los mayores de 50 años, los discapacitados o las mujeres (especialmente con cargas familiares). De otro lado, otro criterio a tener en cuenta pueden ser las circunstancias personales (especialmente económicas) y las familiares (las cargas familiares que recaen sobre el trabajador injustamente despedido). Otro elemento a tener en cuenta es el relativo a la corta relación laboral que haya mantenido el trabajador con la empresa. Esta última cuestión es relevante, pues un período de servicio pequeño, a buen seguro va a significar un período de cotización a la Seguridad Social limitado; lo que supone un difícil acceso a las prestaciones por desempleo, o bien una prestación por desempleo muy limitada en el tiempo, lo cual debe ponerse, nuevamente, en conexión con los largos períodos de transición para encontrar un nuevo empleo. De otro lado, también puede tenerse en cuenta los gastos económicos que haya sufrido el trabajador como consecuencia de haber aceptado el empleo; por ejemplo, si ello ha supuesto un traslado del trabajador y su familiar, que han debido cambiar de domicilio. Otro ejemplo sería la necesidad de tener que realizar ciertas inversiones para poder desarrollar el trabajo (compra de un vehículo, por ejemplo). También sería posible indemnizar por daños morales; ahora bien, desde mi punto de vista, en buena medida estos estarían cubiertos por la indemnización tasada, que se orienta a satisfacer al trabajador por la pérdida injusta del puesto de trabajo. Cuestión diferente sería en un sistema de única indemnización basada en los daños y perjuicios, en el que, necesariamente, estos daños morales también deberían ser indemnizados. Por último, es evidente que la necesidad de que la indemnización por despido improcedente cuente también con una finalidad preventiva o disuasoria, supone la necesidad de indemnizar específicamente por el comportamiento fraudulento del empresario. En definitiva, creo que hay parámetros suficientes para poder cuantificar las indemnizaciones por daños y perjuicios, evidenciando que no se trata de una actividad que se realizaría sobre el vacío. Sólo será necesario un proceso de adaptación por parte de los actores jurídicos para implementar de manera adecuada este sistema indemnizatorio.



Unión Europea

Fondo Europeo
de Desarrollo Regional
"Una manera de hacer Europa"

