

Las indemnizaciones por despido improcedente tras la Carta Social Europea revisada: Un futuro incierto

JESÚS R. MERCADER

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

COUNSEL DE URIA MENÉNDEZ

I. El debate está servido....

Indemnizaciones por despido improcedente a debate

Empleo

Trabajo modificará la indemnización por despido improcedente según el riesgo de cada trabajador

Economía

Díaz intenta frenar la presión para volver al despido de 45 días



Yolanda Díaz, ministra de Trabajo. Pool Moncloa/José María Cuadrado

- "Si despiden a un joven con fortuna y que puede reincorporarse fácilmente, probablemente no necesite la misma indemnización que un hombre de una comarca cuya carrera profesional pueda verse frustrada", ha dicho la ministra de Trabajo, Yolanda Díaz.

Otras fórmulas indemnizatorias comparadas

- En Holanda, la cuantía de la indemnización derivada de la resolución del contrato en **sede judicial, no está determinada ni legal ni jurisprudencialmente, ya que las sentencias de despido no admiten recurso**. No obstante, existen una serie de “recomendaciones” de los órganos jurisdiccionales que, aunque varía según la antigüedad y el salario del trabajador, las han venido a cifrar en un mes de salario por año de servicio.
- En **Austria** sistema de indemnización por despido ha sido sustituido por un régimen de aseguramiento de dicha indemnización.
- El **ordenamiento inglés**, las *redundancy payments* se calculan de acuerdo con la **edad del empleado, la duración de los servicios prestados de manera continua** (hasta un máximo de 20 años) y la **remuneración semanal del empleado**.
- En **Dinamarca** el modelo de “flexiseguridad” se basa en una **indemnización nula** por despido. Los esfuerzos se realizan en los tres pilares que sostienen la lucha contra el desempleo: **flexibilidad total para las empresas** en cuanto al despido, refuerzo de las **políticas activas de empleo** y también de la **ayuda económica** hasta que el trabajador encuentra un nuevo empleo.

¿Indemnizaciones tasadas en cuestión?

- En **Francia**, el Tribunal Constitucional se manifestó al respecto en su Decisión núm. 2018-761DC, de 21 de marzo de 2018, concluye que el legislador tiene margen de maniobra para fijar la responsabilidad por daños cometidos a otros, o dicho en otros términos puede establecer determinadas limitaciones o exclusiones a aquella, siempre y cuando ello no afecte de manera desproporcionada a los derechos de las víctimas de los actos contrarios a derecho.
- En **Italia**, el TC en su Sentencia 194/2018, considera que dicha indemnización es “rígida, y no graduable en relación a parámetros diversos de la antigüedad en el empleo”, tratando por consiguiente de manera igual todas las situaciones conflictivas que puedan producirse y que finalicen con la decisión empresarial de despido, no importando nada, pues, aquello que haya podido ser acreditado y probado en el acto de juicio.
- Se niega además cualquier posibilidad al juzgador de tomar en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, algo que para el TC es necesario para poder “personalizar” el daño sufrido por la parte trabajadora y adoptar la decisión que se estime más adecuada sobre la cuantía resarcitoria.
- Afirma el TC, “el legislador acaba por traicionar el objetivo primordial de la protección de la indemnización, que consiste en prever una indemnización adecuada por los daños sufridos por el trabajador injustamente despedido”.

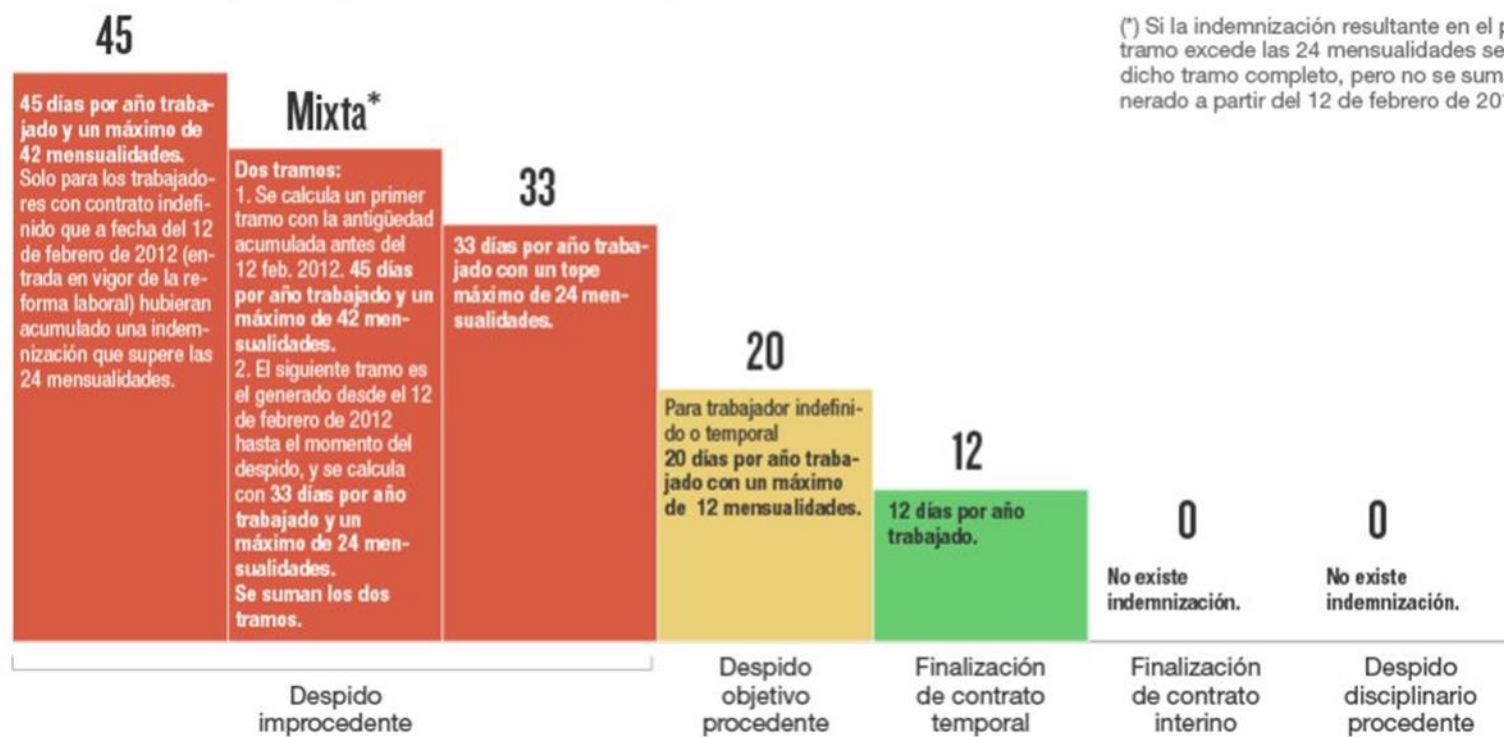
II. La indemnización tasada en España

Naturaleza imperativa y tasada de las indemnizaciones

- Se trata de **normas de derecho mínimo necesario y que por tanto son indisponibles** para el trabajador pero pueden ser objeto de mejora en acuerdo individual o colectivo.
- Con el **pago de la cantidad determinada legalmente se da satisfacción a todos los perjuicios que se derivan de la pérdida del empleo, tanto materiales (pérdida de salario y puesto de trabajo) como inmateriales** (perdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado laboral) (STS 29 de enero de 1997, Rº 3461/1995).
- Este régimen “puede **unas veces beneficiar y otras perjudicar al trabajador**, quien, por una parte se halla libertado de acreditar los daños y perjuicios sufridos, pues su existencia se encuentra amparada con presunción iuris et de iure, y de otra queda privado de acreditar que los daños y perjuicios que sufre alcanzan dimensión económica superior a la que resulta de las precisas reglas de valoración establecidas en la ley”. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 31 de mayo de 2006 (Rº 5310/2004)

Indemnización tasada: Antigüedad y salario

Indemnizaciones por despido existentes en España Días de salario por año trabajado



Fuente: Elaboración propia

ALEJANDRO MERAVIGLIA / CINCO DÍAS

Un modelo estable....

Evolución de los despidos en 2020

Distribución del número de despidos y la indemnización media por sectores



Evolución de la cuantía media de la indemnización por despido En euros



Despidos por tipo de causa



Número de despidos por antigüedad en la empresa



Evolución del número de despidos



Despidos por tamaño de empresa



BELÉN TRINCADO / CINCO DÍAS

La adecuación constitucional del modelo de indemnizaciones tasadas

El Auto del Tribunal Constitucional 43/2014, de 12 de febrero:

La indemnización (...) “cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios, aunque no se calcula en función de los mismos» (STC 6/1984, de 24 de enero, FJ 4).

“no es posible afirmar que la opción del legislador en favor de un sistema legal de indemnización tasada por despido se encuentre falta de fundamento, en atención a las razones que pueden justificar objetivamente la elección de este sistema: **en concreto, la eliminación de las dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, o la unificación de los criterios a aplicar por el Juez y la simplificación del cálculo judicial, así como la certeza y seguridad jurídica**”.

Lo mismo cabe decir respecto a la determinación de los **factores de cálculo (antigüedad y salario)** que, dentro de su libertad de configuración, ha elegido el legislador para determinar la indemnización adecuada al despido improcedente. No es irrazonable atender al salario y tiempo de servicios del trabajador en la empresa como elementos de compensación, ni desde luego tampoco lo es que sobre estos elementos se aplique un factor multiplicador prefijado por la ley que, en atención a la culpabilidad del empresario en la extinción, resulta superior en los despidos improcedentes – en la norma cuestionada, cuarenta y cinco o treinta y tres días– que en los despidos colectivos u objetivos procedentes – veinte días (arts. 51.4 y 53.1 LET)–.

Por su parte, tampoco esta fórmula legal se opone al Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo art. 10 –que, pese a la adicional referencia del órgano promotor al art. 12, es el aplicable a los supuestos de extinción contractual injustificada– se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de «una indemnización adecuada», sin precisar los elementos de determinación.

III. La Carta Social Europea entra en escena....

Activismo de las normas internacionales

- **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.** Esta última, en su artículo 30, dispone el derecho de todo trabajador ***“a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”***, sin apuntar posibles sistemas de reparación.
- **Convenio 158 OIT (art. 8)** establece la facultad de los organismos neutrales como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro de ***“ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”*** cuando lleguen a la conclusión de que el despido es injustificado. Y ello si la legislación nacional no permite a estos organismos anular el despido y ordenar o proponer la readmisión de la persona trabajadora.

Constitución Social de Europa

- La **Carta Social Europea** (Turín, 1961) y, posteriormente, la Carta Social Europea revisada (Estrasburgo, 1996) aprobada por el Consejo de Europa, han actuado como una Constitución Social en Europa ante la frustrada idea de la Constitución de la Unión Europea.
- El preámbulo de la CSEr considera la necesidad de actualizar y adaptar los derechos sociales que deben garantizar los Estados miembros del Consejo de Europa con objeto de mejorar el nivel de vida de sus pueblos y promover el bienestar social.
- España firmó la CSEr el 23 de octubre de 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación nacional obligó a posponer su ratificación. No ha sido hasta el 11 de junio de 2021 cuando se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado el Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, en virtud del cual España ha manifestado su consentimiento en obligarse por el contenido íntegro de la CSEr, entrando en vigor para España el 1 de julio de 2021.

Carta Social Europea

ARTÍCULO 24. DERECHO A LA PROTECCIÓN EN CASO DE DESPIDO

Todos los trabajadores tienen derecho a protección en caso de despido.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

- a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;*
- b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.***

A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial.

El refuerzo interpretativo del Comité Europeo de Derechos Sociales

- Decisión de 11 de septiembre de 2019 (**Confederazioni Generali Italiane del Lavoro (CGIL) v. Italy**) en respuesta a la reclamación Nº 157/2017 que recoge la doctrina del CEDS en esta materia en los siguientes términos: “El Comité recuerda que, en virtud de la Carta, los trabajadores despedidos sin una razón válida deben recibir una indemnización adecuada u otra reparación apropiada. Se considera que los sistemas de indemnización se ajustan a la Carta cuando prevén: - el reembolso de las pérdidas económicas sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano de apelación; - la posibilidad de reincorporación del trabajador y/o; - una indemnización lo suficientemente alta como para disuadir al empresario y reparar el daño sufrido por la víctima”.
- Decisión de fecha 8 de septiembre de 2016 (**Finnish Society of Social Rights v. Finland**) en respuesta a la reclamación Nº 106/2014, que “cualquier límite máximo en la indemnización que pueda impedir que los daños sean proporcionales a la pérdida sufrida y suficientemente disuasorios es, en principio, contrario a la Carta (...). Si existe un límite a la indemnización del daño patrimonial, la víctima debe poder solicitar la indemnización del daño no patrimonial a través de otras vías legales y los tribunales competentes para conceder la indemnización del daño patrimonial y no patrimonial deben decidir en un plazo razonable”.

¿Hasta donde llega el control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria?

- **STC 140/2018, el control difuso de convencionalidad.**
- **STS 268/2022, 28 de marzo (contrato indefinido de apoyo a los emprendedores) y STS 270/2022, 29 demarzo (despido objetivo por absentismo) y Carta Social Europea**
 - En palabras de la STS 270/2022, 29 marzo, “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**”.
 - El TS hace una explícita llamada a la contención: “Puesto que el contenido de la **CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo**. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias”.

IV. Control de convencionalidad: Las indemnizaciones tasadas en la doctrina de los Tribunales

En la variedad están las dudas...

- **El modelo de indemnizaciones tasadas puede resultar “excepcionalmente” inadecuado**
- **El modelo de indemnizaciones tasadas no es inadecuado**
- **Soluciones extravagantes: El modelo es radicalmente inadecuado y caben indemnizaciones penitenciarias**

El modelo de indemnizaciones tasadas puede resultar, “excepcionalmente”, inadecuado

STSJ Cataluña 23 de abril de 2021 (Rº 5233/2020). En relación con la solicitud de ampliación de la indemnización legal en base en el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT y a la Carta Social Europea (1966):

En determinados “**supuestos excepcionales**” la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no resultar “**adecuada**” y, por tanto, contraria al artículo 10 del Convenio 158 OIT. Para lo que se requiere el cumplimiento de dos requisitos:

- La **notoria y evidente insuficiencia de la indemnización establecida legalmente por resultar la misma manifiestamente exigua.**
- La **clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato.**

No resulta descartable que la “indemnización adecuada” incorpore **otros conceptos resarcitorios** cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante (daño emergente, daño moral...etc).

Para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad o vulneración de la tutela judicial efectiva, es necesario que en el petitum de la demanda del trabajador despedido se concreten los daños y perjuicios y se practique prueba contradictoria sobre su cuantía.

STSJ Cataluña 30 de mayo de 2022 (Rº 538/2022)

La compensación económica por despido está baremada legalmente y solo es posible adicionar una cantidad suplementaria si se acreditan daños y perjuicios no pecuniarios, excluido el lucro cesante. Este tipo de indemnizaciones son disuasorias, pero no punitivas

Sugiere la Sala que **hasta en tanto el legislador proceda a adaptar nuestra normativa al art. 24 de la Carta Social Europea, el trabajador que reclama la indemnización adicional debe probar en el juicio las circunstancias que le hacen merecedor de este plus indemnizatorio** -daños y perjuicio no pecuniarios, excluido el lucro cesante-, por solo a partir de esta prueba correspondería al órgano judicial ponderar la indemnización que a juicio podría disuadir al empleador de su decisión y resarcir al trabajador de todos los daños y perjuicios que la decisión empresarial le ha ocasionado y que la indemnización legal no ha podido cubrir que

El modelo de indemnizaciones tasadas no es inadecuado

- STSJ Madrid (Sala de lo Social), de 1 de marzo de 2021 (Rº 596/2020) “**No cabe en el ordenamiento jurídico español que cada juez o tribunal pueda imponer la indemnización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente.** Si el legislador español no hubiera cumplido las disposiciones del Convenio, sería una cuestión que no puede ser examinada en el marco de un proceso judicial, sino en la normativa de la constitución de la OIT y los medios de control que en ella se articulan respecto al cumplimiento de sus disposiciones por los Estados signatarios de los convenios”.
- STSJ Madrid de 18 de marzo de 2021 (Rº 136/2021): “**los parámetros legales que existen en España para indemnizar los despidos improcedentes no son en absoluto inadecuados**”, otra cosa es que en el presente caso la indemnización haya resultado insignificantes dada la escasa duración del vínculo que ligó a las partes”.

El modelo es radicalmente inadecuado y caben indemnizaciones penitenciarias

- Sentencia Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid de 21 de febrero de 2020: Declaración de improcedencia con readmisión obligatoria para la empresa, abono de los salarios de tramitación con intereses moratorios, reserva de acciones para reclamar daños y perjuicios adicionales y condena a una indemnización “penitenciaria o disuasoria” de 2.500 euros.
- Las normas internacionales -cuya aplicación prevalece- no admiten otra forma de reparación que no sea la readmisión -estabilidad real-, lo que difiere del tenor literal del artículo 10 del Convenio 158 OIT y de la doctrina interpretativa del CEDS, fuentes de las que precisamente bebe su razonamiento.
- Estima el recurso de suplicación: STSJ Madrid de 23 de abril de 2021 (Rº 7/2021).

V. La queja de UGT y el futuro de las indemnizaciones tasadas

Carta Social Europea: Queja 20 de abril de 2022

UGT demanda al Gobierno por la baja cantidad en la indemnización por despido

**UGT denuncia al Gobierno ante el
Comité Europeo de Derechos Sociales
por los bajos costes del despido en
España**

Fundamento de la queja

- El **carácter tasado** de la indemnización basada solo en el salario y la antigüedad;
- El carácter **claramente insuficiente** para ser considerada como una indemnización “**suficientemente reparadora y disuasoria**”;
- El “**marginal**” **poder del que dispone el órgano jurisdiccional** para modular la indemnización con una doctrina judicial -de escasa viabilidad ante el Tribunal Supremo- que califica esta posibilidad como **excepcional**; y
- La **insuficiencia de la prestación por desempleo** para compensar el impacto económico de la extinción.

La reclamación pide al CEDS que declare la normativa española relativa a los despidos individuales sin justa causa disconforme con el artículo 24 de la Carta “*en lo relativo a la previsión de un sistema de cálculo legalmente predeterminado desligado tanto de los daños reales sufridos por las personas trabajadoras a razón de una decisión de despido abusiva, arbitraria o sin causa cuando de efecto disuasorio*”.

Hacia un despido “restaurativo”, “disuasorio” y “algorítmico”

Díaz apunta a un debate sobre el despido "restaurativo y disuasorio" al estilo europeo

El Gobierno trabaja en un despido
'restaurativo' por edad, género o renta

**Trabajo apunta a un modelo de despido
con indemnización a la carta**

“El problema no está en la indemnización sino en las causas” afirma la ministra de Trabajo, Yolanda Díaz.

MUCHAS GRACIAS