

LA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL POR DESPIDO IMPROCEDENTE EN ESPAÑA: UN ANÁLISIS DESDE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Miguel Ángel Garrido Palacios
Profesor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

Abstract

Este estudio viene a abordar la regulación legal del despido improcedente en nuestro país. El debate actual se centra en si se está cumpliendo con los estándares internacionales contenidos en el Convenio 158 de la OIT y la Carta Social Europea revisada, cuyos textos abren la posibilidad de solicitar una indemnización adicional en caso de despido improcedente cuando no es posible el mantenimiento del puesto de trabajo. Una vez realizado este examen cabe preguntarse si el actual marco legal completado con las aportaciones de la doctrina judicial y jurisprudencia es suficiente o por el contrario hay que acudir a otras medidas que puedan reparar en sus derechos a las personas trabajadoras despedidas.

This study addresses the legal regulation of unfair dismissal in our country. The current debate focuses on whether the international standards contained in ILO Convention 158 and the revised European Social Charter are being complied with, the texts of which open the possibility of requesting additional compensation in the event of unfair dismissal when it is not possible to maintain the job. Once this examination has been carried out, it is worth asking whether the current legal framework, completed with the contributions of judicial doctrine and jurisprudence, is sufficient or, on the contrary, it is necessary to resort to other measures that can repair the rights of dismissed workers.

Palabras clave: despido improcedente, estabilidad en el empleo, indemnización adicional, control de convencionalidad, estándar internacional

Keywords: unfair dismissal, employment stability, additional compensation, conventionality control, international standard

IUSLabor 1/2024, ISSN 1699-2938, p. 42-66

DOI. 10.31009/IUSLabor.2024.i01.02

Fecha envío: 10.11.2023 | Fecha aceptación: 23.1.2024 | Fecha publicación: 13.3.2024

Sumario

1. Introducción
2. La construcción del despido en el modelo de relaciones laborales interno
3. Referencias al marco internacional en relación con las indemnizaciones por despido
4. Tendencias en la interpretación judicial
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Introducción

La institución del despido en España ha tenido una regulación poco cuestionada en las décadas anteriores. Quizás el punto que se ha mantenido como más controvertido tiene que ver con el derecho de opción a favor del empresario en caso de despido improcedente por la readmisión o la extinción definitiva del contrato de trabajo. Sin duda este es el aspecto más cuestionable de la institución porque mitiga el principio de estabilidad en el empleo pudiendo asumir que en España en buena medida se abrió el camino al despido sin causa pero indemnizado¹. En íntima relación con el principio de estabilidad en el empleo interactúa el principio de causalidad como la exigencia de la justa causa para posibilitar la extinción del contrato de trabajo² lo que no se ha cumplido en el ejercicio práctico de las relaciones laborales en el país precisamente por esa dificultad para conseguir el mantenimiento del puesto de trabajo en despidos sin causa y fraudulentos. No obstante, la indemnización por despido improcedente en caso de extinción del contrato de trabajo de 45 días por año trabajado con un tope de 42 mensualidades y los salarios de tramitación suponían en su conjunto una reparación en buena medida aceptable para la persona trabajadora despedida.

Sin embargo, la reforma laboral de 2012 aprobada definitivamente a través de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, alteró el referido equilibrio. Desde entonces para el caso que el empresario opte por la extinción del contrato en el supuesto de la calificación del despido como improcedente la indemnización bajaba desde febrero de 2012 a 33 días por año trabajado con un tope de 24 mensualidades y los salarios de tramitación se eliminaban con carácter general de nuestro ordenamiento³. Con esta regulación es de cuestionar su suficiencia para las personas trabajadoras en despidos especialmente lesivos en una determinada casuística como las extinciones arbitrarias, sin causa, en fraude de ley o abuso de derecho, sobre todo en aquellos supuestos en la que la persona despedida posee escasa antigüedad o porque el daño causado no lo absorbe la indemnización tasada en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Esta modificación de la institución se debe contextualizar en una clave más amplia de carácter reformista y de flexibilización de las relaciones laborales para el empresario⁴ enlazando con la propia filosofía de la reforma laboral.

¹ BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 59.

² GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor*, nº 1, 2023, 2022, p. 8.

³ Tal y como establece el vigente artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores los salarios de tramitación quedan reservados para los supuestos de readmisión y únicamente en extinción del contrato de trabajo cuando el despido es representante legal de los trabajadores o un delegado sindical.

⁴ MARTÍN VALVERDE, Antonio, *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo: Evolución y reforma del ordenamiento laboral*, Madrid, Tecnos, 2021, p. 254-255.

La ratificación por España de la Carta Social Europea revisada⁵ ha reavivado el debate de poder agregar la indemnización adicional a la tasada legalmente, junto a la influencia del convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982, número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, lo que está provocando que se sucedan resoluciones judiciales en el plano interno sobre la materia. En paralelo UGT y CCOO han presentado reclamaciones al Comité Europeo de Derechos Sociales planteando que la regulación interna es contraria al artículo 24 de la Carta Social Europea revisada⁶. Está por ver la resolución del asunto pero es previsible que el Comité estime la reclamación de las organizaciones sindicales. Tal y como se expuso en otro estudio⁷ del análisis de la legislación finesa, italiana y francesa las indemnizaciones tasadas y la falta de proporcionalidad en la reparación son contrarias al artículo 24 de la CSER.

Con todo lo anterior, este estudio trata de reflexionar sobre el alcance de la indemnización adicional por despido improcedente y el ejercicio del control de convencionalidad en aras de conseguir un estándar más alto de protección para las personas trabajadoras. Para ello es fundamental realizar un breve recorrido histórico sobre la regulación legal del despido y verificar ese adelgazamiento de las garantías que se ha ido produciendo. Como habrá ocasión de plantear, la doctrina académica se divide entre la apuesta decidida por la aplicación del control de convencionalidad abogando por la asignación de la indemnización adicional y otras posturas más reticentes entre las que se encuentran aquellas que no rechazan de plano el ejercicio del control de convencionalidad pero que cuestionan que la norma interna confronte con la norma internacional. La doctrina judicial y la jurisprudencia se muestran todavía más reacias a la asignación de la indemnización adicional si bien es verdad que para supuestos muy específicos se empieza a mostrar receptiva a poder reconocer una cantidad económica más allá de la tasada. Con todo lo antedicho queda despejar si este marco legal es el apropiado o habría que acometer medidas urgentes para su acomodo con el canon internacional.

2. La construcción del despido en el modelo de relaciones laborales interno

La institución del despido en el ordenamiento jurídico español es causal como expresión del principio de estabilidad en el empleo y como equilibrio a su contenido sancionador

⁵ Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, Boletín Oficial del Estado, nº 139, de 11 de junio de 2021, p. 71274-71327.

⁶ Ambas quejas han sido admitidas. Sobre la admisión de la denuncia de CCOO: <https://hudoc.esc.coe.int/fre/?i=cc-218-2022-dadmiss-fr>. Sobre la admisión de la denuncia de UGT: <https://www.ugt.es/el-comite-europeo-de-derechos-sociales-admite-tramite-la-denuncia-de-ugt-por-el-precio-del-despido>.

⁷ GARRIDO PALACIOS, Miguel Ángel, “El marco internacional de las indemnizaciones adicionales en el caso de los despidos injustificados”, *Tripalium*, vol. 5, nº 1, 2023, p. 91-93.

ante las conductas imputables a la persona trabajadora⁸. Ante las sucesivas reformas en el fondo se asiste a la pugna entre el despido como expresión de la libertad de empresa y las garantías en el despido como protección de la estabilidad en el empleo del trabajador⁹ siendo la regulación existente en cada momento expresión de la correlación de fuerzas entre ambos vectores. Para que exista estabilidad en el empleo deben de existir mecanismos de protección fuertes frente al despido¹⁰ habiéndose debilitado los mismos con las sucesivas reformas.

Conviene hacer unas breves notas históricas sobre los antecedentes de esta figura crucial sin duda para el Derecho del Trabajo, no con ánimo de exhaustividad lo que desbordaría el objeto de este estudio, sino como plasmación de unas notas de situación o de contexto histórico. Comenzando por la ley de contratos de trabajo¹¹, que abarcó en buena medida el régimen franquista, establecía en su artículo 81 que el despido sin justa causa podía optar entre la readmisión o indemnización por una suma que fijaba el Magistrado de Trabajo a su prudente arbitrio sin que pudiera exceder de un año de salario y teniendo en cuenta el criterio de la facilidad o dificultad para encontrar una colocación adecuada. La norma hacía girar la opción en base al tamaño de la empresa. Así correspondía al empresario cuando se tratase de empresas de menos de 50 trabajadores fijos y al trabajador cuando se superaba dicho umbral. Sin embargo, ya con la reforma de 1956¹² se afectó a la estabilidad en el empleo puesto que en caso de despido improcedente se posibilitaba la iniciación de un procedimiento por el empresario para convertir la readmisión en extinción indemnizada¹³.

En plena transición política hacia la democracia el gobierno aprobó la ley de Relaciones Laborales de 1976¹⁴ en clave reformista, siendo un tímido esfuerzo por ajustarse al marco internacional y europeo de derechos laborales y en definitiva ir desmarcándose de la Ley de 1944 promulgada en el primer periodo más autárquico de la dictadura franquista. En cuanto al despido establecía en su artículo 35 que cuando el magistrado consideraba que no había causa justa para despedir condenaba a la empresa a la readmisión del trabajador.

⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, *El despido disciplinario*, Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A, 2008, p. 27.

⁹ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2003, p. 466.

¹⁰ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “El principio de estabilidad en el empleo”, en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (directores), *los principios del derecho del trabajo*, Madrid, CEF, 2003, p. 287.

¹¹ Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley del Contrato de Trabajo, Boletín Oficial del Estado, nº 55 de 24 de febrero, p. 1627-1634.

¹² LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “El principio de estabilidad en el empleo”, *op. cit.*, p. 296.

¹³ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “El principio de estabilidad en el empleo”, *op. cit.*, p. 294.

¹⁴ Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, Boletín Oficial del Estado, nº 96 de 21 de abril, p. 7894-7902.

Es por este motivo por el que se ha caracterizado a esta ley como el momento en que España más se ha acercado a un “*sistema óptimo de estabilidad*”¹⁵.

Muy seguido en el tiempo y bajo el Gobierno de Adolfo Suárez, previo a las primeras elecciones democráticas tras la dictadura franquista, se aprueba una nueva norma que abarca distintas expresiones de las relaciones de trabajo bajo el Real Decreto-ley 17/1977¹⁶. A los efectos del objeto de debate de este texto la norma mantenía la readmisión en caso de improcedencia aunque el empresario podría finalmente sustituir la readmisión por la indemnización extinguiéndose el contrato de trabajo. Por último, cabe señalar que en caso de extinción del contrato de trabajo la indemnización por improcedencia era de 2 meses por año trabajado.

Con la aprobación de la Constitución española en 1978 se asientan dos preceptos que tiene relación con la materia estudiada. El artículo 35 que reconoce el derecho al trabajo y el 40 que implica a los poderes públicos en las políticas para la consecución del pleno empleo. El artículo 35 tiene un reconocimiento como derecho de los ciudadanos y ha servido como canon interpretativo para evitar lecturas excesivamente regresivas contra el empleo y el artículo 40 se orienta en el marco de los principios rectores de la política económica y social de claro contenido programático. Este ha sido uno de los graves problemas que se ha arrastrado con el despido y es que el derecho al trabajo no tiene la consideración de fundamental por lo que habrá que buscar su conexión con otros que si lo son e inciden en el marco de las relaciones laborales como el principio de igualdad y de no discriminación, la libertad sindical, la intimidad, la salud, etc.

El artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores¹⁷ en su redacción originaria en 1980 vino a establecer que en el caso de despido improcedente el empresario disponía de 5 días desde la sentencia para comunicar al órgano judicial si optaba por la readmisión o por la extinción del contrato de trabajo por una cuantía de 45 días por año de trabajo con un tope de 42 mensualidades, así como la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la sentencia o en su caso hasta que el trabajador hubiera encontrado empleo con la oportuna compensación de lo pactado. Aquí se asiste a otro cambio sustancial y es que con la regulación anterior la indemnización se fijaba por el criterio del juzgador y en este caso la norma establece directamente ese *quantum* para todos los supuestos de despido improcedente declarados donde se opte por la extinción del contrato de trabajo. Se ha señalado que, al apartarse del criterio civilista de la acreditación de los

¹⁵ LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “El principio de estabilidad en el empleo”, *op. cit.*, p. 296.

¹⁶ Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, Boletín Oficial del Estado, nº 58, de 9 de marzo de 1977, p. 5464-5470.

¹⁷ Ley 8/1980, de 30 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, Boletín Oficial del Estado, nº 64 de 14 de marzo, p. 5799-5815.

daños y perjuicios causados, se hace innecesaria la carga probatoria por parte de la persona trabajadora afectada por el despido y se gana en seguridad jurídica¹⁸.

Este es el marco básico que ha presidido nuestro ordenamiento jurídico hasta la reforma laboral de 2012¹⁹, si bien es cierto que hay cambios a retener como que en la reforma laboral de 1994²⁰ se establece que el defecto de forma en el despido ya no es nulo sino improcedente. Aquí es donde el principio de estabilidad en el empleo queda muy disminuido puesto que faltan las herramientas jurídicas para el mantenimiento del puesto de trabajo en supuestos como el despido sin causa e incluso el fraude de ley. Cabe recordar que el Tribunal Supremo abandonó su doctrina sobre la nulidad en los despidos en fraude de ley en el año 1994²¹. Profundizando esta línea, la reforma de 2001-2002 al introducir el despido “exprés” posibilitaba que el empresario paralizara el devengo de los salarios de tramitación con el reconocimiento de la improcedencia del despido y la consignación de la indemnización correspondiente en el juzgado de lo social, lo que suponía un desincentivo para el ejercicio de la tutela judicial efectiva en clave de mantener el puesto de trabajo.

Los gobiernos del Partido Popular (1996-2004) siguieron la senda flexibilizadora. La reforma de 1997²² ya contenía la rebaja de la improcedencia a una indemnización de 33 días por año trabajado en los contratos suscritos bajo el fomento de la contratación indefinida. Como se ha expuesto la de 2002²³ posibilitaba la paralización de los salarios de tramitación si el empresario reconocía la improcedencia en el plazo de 48 horas consignando en el juzgado la indemnización pertinente.

La reforma laboral de 2012, que no se puede olvidar fue en el contexto de la crisis financiera y donde Bruselas exigió medidas de ajuste y de estabilidad presupuestaria en

¹⁸ LLOMPART BENNÀSSAR, Magdalena, “Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente”, *Temas Laborales*, nº 134, 2016, 2016, p. 169.

¹⁹ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Boletín Oficial del Estado, nº 162, p. 49113-49191.

²⁰ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Boletín Oficial del Estado, nº 122, 23 de mayo de 1994, p. 15805-15831.

²¹ AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La “indemnización adecuada” como reparación subsidiaria al despido injusto en el art. 10 del Convenio 158 de la OIT”, *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, diciembre 2021, p. 12.

²² Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, Boletín Oficial del Estado, nº 312, de 30 de diciembre de 1997, p. 38245-38251.

²³ Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, Boletín Oficial del Estado, nº 298, de 13 de diciembre de 2002, p. 43327-43347.

sentido contrario a las medidas de gasto público tomadas con la pandemia provocada por la Covid 2019, supuso la alteración de una serie de elementos o instituciones del Derecho del Trabajo en clave flexibilizadora. Y aquí es donde debe ser enmarcada la reforma del despido aprobada en ese momento. Si bien es verdad que otros autores señalan que se debe de huir de planteamientos ideológicos en un sentido o en otro, esto es, tanto en los planteamientos de cambio histórico que postulaba el Gobierno de España en ese momento como en los de quiebra del pacto social²⁴. Es en este punto donde emerge el derecho internacional y los compromisos asumidos por España como recurso para defender los estándares laborales que venían a ser rebajados²⁵. La reforma laboral de 2021²⁶ ha mantenido intacta esta regulación legal del despido aunque no es menos cierto que la apuesta por reforzar el mecanismo de los ERTES ha servido para evitar una posible sangría en forma de destrucción de puestos de trabajo por la pandemia.

En la exposición de motivos de la ley 3/2012 se puede verificar como la intención del legislador era acortar la diferencia en el coste del despido entre indefinidos y temporales. Al mismo tiempo se sitúa la crítica negativa en el “despido exprés” manifestando que la eliminación de los salarios de tramitación desincentiva la causalidad. Sin embargo el efecto de esta medida ya apuntaba a un reforzamiento de la judicialización del despido sin desincentivos para el empresario por esta dilatación de los tiempos judiciales²⁷. Aspecto que se ha verificado posteriormente²⁸.

Ante esta valoración, distintos agentes²⁹ presentaron un recurso de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional por entender que la reforma laboral vulneraba una serie de derechos fundamentales lo que fue desestimado por el tribunal de garantías avalando el

²⁴ GOERLICH PESET, José María, “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús (directores), *Reforma laboral 2012, análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 291-292.

²⁵ BAYLOS GRAU, Antonio, “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la Ley 3/2012” en BAYLOS GRAU, Antonio (coordinador), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Albacete, Bomarzo, 2012, p. 24.

²⁶ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, Boletín Oficial del Estado, nº 313, de 30 de diciembre de 2021, p. 166882-166935, convalidado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 3 de febrero de 2022.

²⁷ GOERLICH PESET, José María, “La extinción del contrato de trabajo”, *op. cit.*, p. 312.

²⁸ Cinco Días, “La litigiosidad laboral se dispara en contra de lo previsto por la reforma”, *El País*, (disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2012/08/21/economia/1345528580_850215.html; consulta: 24.1.2024).

²⁹ En la primera sentencia fue el Parlamento de Navarra el que presentó el recurso, en la segunda 104 diputados del Grupo Parlamentario Socialista y 11 de la Izquierda Plural.

texto desde el control de constitucionalidad con las sentencias 119/2014 y 8/2015. Es por ello por lo que solo quedó para los operadores jurídicos que trataban de mantener un estándar que había sido alterado por el legislador la técnica de control de convencionalidad. Realmente el punto en el que más claramente podían chocar la norma internacional y la interna es el del contrato de apoyo de emprendedores figura novedosa que incorporaba la condición de indefinido aparejada de un periodo de prueba de un año. Como se explica en otro trabajo³⁰ se produjeron una serie de sentencias de juzgados de lo social y de algún Tribunal Superior de Justicia favorable a considerar dicho periodo como contrario a la Carta Social Europea y el Convenio 158 OIT pero el Tribunal Supremo no se había pronunciado hasta que lo hizo como luego se verá. Antes de dicha resolución la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia anularon las sentencias favorables al control de convencionalidad. Conviene adentrarse en el siguiente epígrafe los fundamentos jurídicos de fuente internacional que avalan el ejercicio del control de convencionalidad.

3. Referencias al marco internacional en relación con las indemnizaciones por despido

El control de convencionalidad se abrió paso en el Sistema interamericano de Derechos Humanos a través de las resoluciones de la Corte Interamericana en la primera década del siglo XXI³¹. Sin ánimo de ser exhaustivo consiste en la necesidad de adecuar el derecho interno a la norma internacional con el objetivo de asegurar el estándar más alto de derechos. El filtro que aplicar es valorar si la norma interna puede situarse en contra de la norma internacional lo que debe llevar al diálogo entre órganos judiciales lo que se concreta en la necesidad de que el juez nacional reflexione con la norma internacional para motivar su resolución³². Todo esto conecta con el deber de observación, cumplimiento y adaptación del derecho interno al derecho internacional en aplicación de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena.

España ha sido firmante de las dos normas supranacionales que afectan de forma central a la materia objeto de debate. Se trata del Convenio 158 de la OIT y la Carta Social Europea. Ambas normas imponen la causalidad en el despido ya sea por causas

³⁰ GARRIDO PALACIOS, Miguel Ángel, *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 305-320.

³¹ La sentencia pionera a la que seguirían otras que profundizarían y asentarían el control de convencionalidad es la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26.9.2006, Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile (disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf; consulta: 26 de octubre de 2023).

³² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 28, 2011, p. 129.

disciplinarias u objetivas en consonancia con la regulación contenida en el ET. El convenio 158 OIT entró en vigor en España el 26 de abril de 1986. El artículo 10 del texto establece la posibilidad de que si los órganos judiciales 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. Como se puede comprobar de la propia redacción del texto es un mandato concreto que se debe poner en conexión con que la readmisión solo se establece en caso de improcedencia en el despido para la representación legal de los trabajadores y delegados sindicales³³ a lo que se añade que en esta materia la negociación colectiva no ha prosperado puesto que son escasos los convenios colectivos que recogen esta garantía para todos los trabajadores en plantilla. Sin embargo, el uso de esta norma en la doctrina judicial ha sido más como refuerzo interpretativo que como aplicación directa de la norma internacional³⁴.

Por lo que se refiere a la Carta Social Europea se produjo una anomalía en el plano interno. El texto original es de 18 de octubre de 1961 y España firma este texto el 29 de abril de 1980 entrando en vigor el 5 de junio de 1980. Sin embargo, el texto sobre reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales y la Carta Social Europea Revisada de 23 de mayo de 1996, que también incorpora ese protocolo de reclamaciones colectivas y que amplía el catálogo de derechos, no había sido ratificado por España hasta fechas recientes³⁵. El recurso de las reclamaciones colectivas es importante puesto que permite a las organizaciones sindicales acudir al CEDS para solicitar pronunciamientos suyos cuando se entienda que se está incumpliendo el texto. Anteriormente únicamente emitía informes periódicos sobre el grado de cumplimiento del texto por España. Como se ha planteado más arriba, la Carta revisada asume nuevos derechos y a los efectos de este estudio uno muy relevante que es el artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada que establece el derecho de las personas trabajadoras despedidas sin una razón válida a una indemnización y a una reparación adecuadas.

³³ Esta garantía también se extiende a dos relaciones laborales especiales como la de los abogados y la del personal de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, a lo que se le añade el personal laboral del sector público en aplicación del artículo 98 del EBEP.

³⁴ FALGUERA I BARÓ, Miguel Ángel, “La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral”, *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, nº 1, 2016, p. 43.

³⁵ Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, Boletín Oficial del Estado, nº 139, de 11 de junio de 2021, p. 71274-71327.

El Gobierno de coalición terminó con esta anomalía histórica incorporándose al estándar de los países europeos que si han ratificado el texto. Hasta entonces la no ratificación de la Carta Social Europea Revisada había servido como argumento para defender la falta de exigibilidad o ejecutividad en el plano interno de sus contenidos. Con esta ratificación y en paralelo el adelgazamiento de las garantías por despido se sitúa en el debate jurídico de nuevo si la indemnización de 33 días por año trabajado en caso de improcedencia repara de forma suficiente y adecuada a las personas trabajadoras. Como ya se ha expuesto, las centrales sindicales mayoritarias han interpuesto sendas quejas ante el CEDS cuestionando el cumplimiento de nuestro Estado con el canon supranacional.

Se trata de dos normas firmadas por nuestro Estado y que al haber sido ratificadas se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 96 de la Constitución española, estableciendo que solo podrán ser modificadas o derogadas en la forma que se prevea en el Derecho Internacional. Nuestra norma suprema también interactúa en otro plano y es desde la figura del canon hermenéutico del artículo 10.2 que establece que las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE se interpretarán de conformidad a la DUDH y los tratados y acuerdos fundamentales ratificados en la materia. Existían posiciones doctrinales que no admitían la prevalencia de la norma internacional sobre la ley³⁶ pero no cabe duda de la supremacía de la norma internacional en base a la aprobación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, ya que así lo establece el artículo 31³⁷. La otra cuestión para destacar de esa norma es el artículo 35 de la LTAI que vigoriza el control de convencionalidad al entender que en la interpretación de los tratados se realizará conforme a las normas de las organizaciones internacionales³⁸ lo que pone en valor las resoluciones en este caso de los órganos de control de la OIT y el CEDS en cuanto a la Carta Social Europea. Llegados a este punto cabría preguntarse cuál es la razón por la que hay una resistencia a una expansión de la aplicación del control de convencionalidad por los órganos judiciales internos. Desde luego no hay una respuesta única y obedece a

³⁶ Así se pronuncia GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, que situaba a ambas fuentes en el mismo plano, vid. *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, Madrid, Sanz y Torres, 2018, p. 222, o GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, que abogaba por la necesidad de acudir a una cuestión de inconstitucionalidad en caso de conflicto, vid. “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social europea y reforma laboral española”, *Trabajo y Derecho*, nº 15, 2016, p. 30.

³⁷ Díez-Hochleitner Rodríguez, Javier, “Artículo 31. Prevalencia de los tratados”, en Andrés Sáenz de Santamaría, Paz, Díez-Hochleitner Rodríguez, Javier y Martín y Pérez de Nanclares, José, (directores), *Comentarios a la ley de tratados y otros acuerdos internacionales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, p. 579.

³⁸ Preciado Domènech, Carlos Hugo, *Interpretación de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, p. 154

distintos factores, pero de los que se ha apuntado más claramente es la falta de tratamiento científico lo que perjudica su aplicación efectiva³⁹.

La cuestión estaría en el contenido *self executing* de las normas internacionales en liza. Esto es importante puesto que es común que determinadas resoluciones judiciales no apliquen el control de convencionalidad al entender que sus contenidos no son directamente ejecutables. Siguiendo a autores autorizados de la doctrina, estos contenidos son *self executing* cuando informan los contenidos concretos de los derechos⁴⁰, siendo *non self executing* requieren desarrollo legislativo y en ocasiones imponen obligaciones de resultado⁴¹. Tanto el C158 OIT en los términos ya expuestos como la CSER mandatan a los Estados en contenidos concretos cuando estamos ante un despido no válido en términos de readmisión o de reparación adecuada.

Volviendo al objeto específico del estudio, el nivel de protección por despido ha disminuido paulatinamente. Procede acudir a los datos y proponer un ejemplo de campo de forma somera lo que sirve para conectar con nuestra realidad doméstica concreta. Según el INE la media salarial anual en España en 2021 fue de 25.896,82 €⁴². Una persona trabajadora con ese salario y una antigüedad de 1 año que es despedida sin causa o en manifiesto fraude de ley percibe una indemnización de 2.536,47 €. Una trabajadora con ese mismo salario pero con 10 años de antigüedad en las mismas circunstancias tiene derecho a una indemnización por despido improcedente de 23.608,66 €. A estos efectos es irrelevante que esa trabajadora que solo tiene un año de antigüedad presente dificultades en encontrar un futuro empleo por ser mayor de 50 años o cargas familiares severas. Es aquí donde se reabre el diálogo sobre si el sistema de indemnizaciones tasadas que ha imperado en nuestro país durante décadas es suficientemente reparatorio o no. El modelo de indemnizaciones tasadas o principio de tipicidad resarcitoria, en palabras de nuestro Tribunal Supremo⁴³, tiene ventajas e inconvenientes aunque fundamentalmente es ventajoso para el empresario, que puede calcular el coste a priori, la indemnización tasada muestra que realmente no se busca el resarcimiento integral de la persona trabajadora y precisamente no actúa contra la precariedad sino que la desalimenta puesto

³⁹ JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, p. 25.

⁴⁰ FERNÁNDEZ PONS, Xavier, “El régimen jurídico internacional del trabajo y el ordenamiento jurídico español”, en BONET PÉREZ, Jordi y OLESTI RAYO, Andreu (directores), *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Barcelona, Huygens, 2010, p. 112.

⁴¹ REMIRO BROTONS, Antonio, RIQUELME CORTADO, Rosa, DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBAN, Luis, *Derecho internacional. Curso General*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 355.

⁴²https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177025&menu=ultiDatos&idp=1254735976596; consulta: 2.11.2023.

⁴³ STS, Sala de lo Social, nº 268/2022 de 28 de marzo (rec. nº 471/2020).

que desprotege a quien menos salarios percibe. Tampoco se puede descuidar en este aspecto la brecha de género que se produce puesto que las mujeres de media perciben menos salario y por último, no distingue entre un despido por insuficiente causa de uno realizado en manifiesto fraude de ley⁴⁴.

4. Tendencias en la interpretación judicial

4.1. Cuestiones generales

A la hora de determinar que tendencias se mueven en la arena judicial se han caracterizado dos favorables a reconocer la indemnización adicional según la doctrina académica; la que se basaría en la disuasión para futuras conductas del empresario y por la acreditación de los daños y perjuicios⁴⁵. En el polo opuesto se encontrarían las resoluciones que entienden que la indemnización tasada incluye y repara de forma integral y suficiente el daño cesante y el lucro emergente.

En el debate sobre el grado de conformidad hay sectores que se sitúan claramente desde la inadecuación de la norma interna con el estándar internacional y en contra o con reservas⁴⁶. A favor de la primera postura se ha abogado por la seguridad jurídica de cumplir con los pronunciamientos del CEDS habiéndose pronunciado en el sentido que las indemnizaciones tasadas conforme a baremo no son disuasorias⁴⁷. Las posturas discrepantes no rechazan de plano el ejercicio del control de convencionalidad para casos excepcionales de poca antigüedad y sin acceso a la prestación por desempleo pero de una valoración conjunta de la regulación de la indemnización tasada en base a criterios de salario y antigüedad, la existencia del despido nulo por vulneración de derechos fundamentales con posibilidad de indemnización adicional así como el acceso a la

⁴⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Decisiones judiciales y “ruido”: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”, *Temas Laborales*, nº 166, 2023, 2023, p. 40.

⁴⁶ Como tendremos oportunidad de desgranar a continuación, se sitúan en la primera postura autores como SALCEDO BELTRÁN, Carmen, AGUSTÍ MARAGALL, Joan, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y en la segunda LAHERA FORTEZA, Jesús, GOERLICH PESET, Jose María y VIVERO SERRANO, Juan Bautista.

⁴⁷ SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea revisada: *los árboles no deben impedir ver el bosque*”, *Brief AEDTSS*, 33, 2023, p.2 (disponible en: <https://www.aedtss.com/indemnizacion-adecuada-reparacion-apropiada-y-funcion-disuasoria-del-despido-injustificado-segun-la-carta-social-europea-revisada-los-arboles-no-deben-impedir-ver-el-bosque/>; consulta: 27.10.2023).

prestación por desempleo y otras prestaciones de seguridad social llevan a defender que nuestro modelo de despido se adecua a la norma internacional⁴⁸.

Conviene por otro lado recapitular como ya se hizo en otra obra los argumentos que se encuentran en nuestra jurisprudencia contra el control de convencionalidad⁴⁹: su carácter programático u orientador, la no ejecutividad directa de sus contenidos, el control de constitucionalidad ejercido sobre la norma interna cuestionada, el carácter no jurisprudencial de las resoluciones de los órganos de control; son los principales. A esto se le puede rebatir que en lo que respecta a la materia del despido la norma internacional presenta contenidos concretos que han de ser respetados y por lo tanto cumplidos, en cuanto al control de constitucionalidad no se puede olvidar que el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 140/2018 de 20 de diciembre, dejó claro que el control de convencionalidad es distinto al de constitucionalidad y que se trata de la selección de la norma aplicable escogida por el intérprete ordinario y en cuanto al carácter no jurisprudencial de los órganos de control el artículo 35.2 LTAI establece que se atenderá a todas las normas de los tratados y por ello también a las resoluciones de los mismos y el apartado cuarto de ese precepto se pronuncia en el sentido que las disposiciones dictadas en ejecución de los tratados internacionales se efectuarán conforme al sentido literal conferido en ellas, lo que abarca las resoluciones de los órganos de control lo que hace que haya que atenerse a lo que digan dichos comités⁵⁰. Existen otros argumentos que cuestionan el propio papel del CEDS al plantear que sus resoluciones se separan de la literalidad de los textos que interpretan lo que lleva a un cierto activismo que hace que los Estados omitan o no adapten su normativa a su doctrina⁵¹. Ante esta objeción cabe recordar que en el caso Laval el Tribunal de Justicia de la Unión Europea condenó la actuación del sindicato en Suecia en defensa de los trabajadores foráneos que trabajaban en su país al defender que se aplicaran las mismas condiciones laborales que a los autóctonos lo que atentaba contra la libertad de empresa y sin embargo el CEDS⁵² y la

⁴⁸ LAHERA FORTEZA, Jesús, “La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: adecuación de la norma española”, *Brief AEDTSS*, 32, 2023, p. 4, (disponible en: <https://www.aedtss.com/la-indemnizacion-y-reparacion-del-despido-injustificado-en-las-normas-internacionales-adecuacion-de-la-norma-espanola/>; consulta: 27.10.2023).

⁴⁹ GARRIDO PALACIOS, Miguel Ángel, *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 364.

⁵⁰ Esto lo postulan autoras como MARTÍNEZ MORENO, Carolina, “El marco internacional para la tutela de los derechos laborales”, *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, nº 1, 2016, p. 109, o LLOBERA VILA, Mireia, *Derecho sindical y gobernanza europea. Reformas estructurales en la zona euro: la respuesta del Derecho laboral internacional*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 93.

⁵¹ VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Anatomía de una valoración crítica. La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido injustificado”, *Brief AEDTSS*, 48, 2023, p. 3, (disponible en: <https://www.aedtss.com/anatomia-de-una-valoracion-critica-la-doctrina-del-comite-europeo-de-derechos-sociales-sobre-el-despido-injustificado/>; consulta: 27.10.2023).

⁵² Comité Europeo de Derechos Sociales. Asunto nº 85/2012. Confederación de Sindicatos Suecos y Confederación Profesional de Empleadores contra Suecia (disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng/> -

OIT⁵³ entendieron que ese fallo y la necesaria modificación legal operada para adaptarse vulneraba la acción colectiva y se incurría en discriminación del colectivo afectado. Quiere decirse con esto que el derecho comunitario no prevalece sobre el otro derecho de fuente internacional y los fallos de los órganos de control deben ser respetados. Es por ello que la responsabilidad en este caso está en la propia Unión Europea que tiene pendiente la adhesión definitiva al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la adhesión al Protocolo 16 para que los jueces nacionales puedan plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal Europeo de Derechos Humanos todo ello desde la óptica de la protección multinivel de los derechos lo que debe llevar a la conexión íntima de los distintos textos jurídicos⁵⁴ para conseguir el estándar más elevado de derechos.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo que no había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el control de convencionalidad en el plano social lo hizo en sus sentencias 268/2022 de 28 de marzo y 270/2022 de 30 de marzo. Estas sentencias han sido calificadas por parte de la doctrina como moderadas en relación con otras resoluciones más contundentes a la hora de ejercer el control de convencionalidad e inaplicar la norma interna⁵⁵, otros sectores plantean que estas resoluciones son restrictivas o casan mal con la norma internacional⁵⁶ aun asumiendo los matices en la relación de la norma internacional y nacional que pueda derivar de su función como canon hermenéutico de la primera sobre la segunda⁵⁷. En todo caso son dos resoluciones distintas de las que ninguna, formalmente, reniega del control de convencionalidad. La primera en la práctica si lo ejerce concediendo la indemnización de 15 días equivalente

{ "fulltext": ["85/2012"], "ESCDcType": ["FOND", "Conclusion", "Ob"], "ESCDcIdentifier": ["cc-85-2012-dadmissandmerits-en"] }; consulta :2.11.2023).

⁵³ CEACR. Informe General (Informe III, Parte 1A), 102ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (disponible en: [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2013-102-1A\).pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2013-102-1A).pdf); consulta: 2.11.2023).

⁵⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Antecedentes, génesis y significado de la Carta Social Europea. *Revista de Política Social*”, nº 53, 1962, p. 134.

⁵⁵ GOERLICH PESET, José María, “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”, *El Foro de Labos*, 2022 (disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/>; consulta: 2.11.2023).

⁵⁶ ROJO TORRECILLA, Eduardo, “La Sala Social del TS establece límites al control de convencionalidad por los juzgados y tribunales sociales. Notas a la sentencia de 29 de marzo de 2022 y amplio recordatorio de la dictada por el TSJ de Cataluña el 17 de febrero de 2020”, *el blog de Eduardo Rojo*, 2022, (disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/06/la-sala-social-del-ts-establece-limites.html>; consulta: 2.11.2023).

⁵⁷ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 469, 2022, p. 248.

al preaviso por extinción de un contrato de apoyo a los emprendedores amparándose para ello en el artículo 4.4. de la Carta Social Europea que establece el derecho de las personas trabajadoras a un plazo razonable para la extinción de su contrato de trabajo. Opera bajo la técnica de la interpretación conforme siendo ese precepto de fuente supranacional un resorte que apoya el uso de la analogía para aplicar el preaviso en base al artículo 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores. La segunda revoca la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 17 de febrero de 2020 que situó al despido por absentismo recogido en el artículo 52.d) del ET -ya derogado- como contrario a la normativa internacional. El Tribunal Supremo para derogar esta sentencia no dialoga con lo que en concreto han dicho los órganos de control internacional, más allá de una mera referencia a la CEACR, lo que ha supuesto una oportunidad perdida para blindar el desarrollo social de la Constitución española⁵⁸. De la lectura de la resolución se puede comprobar cómo no se desmarca en la práctica de la sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019 que determinó a esta figura como acorde a nuestra carta magna y manteniendo que la revisión que se hace del derecho que aplica el juez ordinario también es vinculante pese a no ser en sentido estricto el ejercicio puro del control de convencionalidad, lo que en todo momento se hace invocando la seguridad jurídica prevaleciendo sobre la justicia social⁵⁹.

4.2. Estudio de las últimas tendencias en la doctrina judicial

Retomando la cuestión de la indemnización adicional por despido improcedente hay que manifestar la existencia de una serie de sentencias producidas en los Tribunales Superiores de Justicia que van apuntando a una tendencia doctrinal por lo que es pertinente examinar. Se trata de un debate que se encuentra en las salas de suplicación pendiente de que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo unifique el debate. Metodológicamente se va a dividir el análisis entre las sentencias que reconocen la indemnización adicional en ejercicio del control de convencionalidad, las que se oponen y algunas otras que aportan una tesis aperturista para acoger el control de convencionalidad.

a) Sentencias a favor del ejercicio del control de convencionalidad

A favor de la indemnización adicional se encuentran una serie de sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya que se la puede tildar de pionera en el ejercicio práctico del control de convencionalidad. Es de reseñar la sentencia de la

⁵⁸ ROJO TORRECILLA, Eduardo, “La Sala Social del TS establece límites al control de convencionalidad por los juzgados y tribunales sociales”, *op. cit.*

⁵⁹ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria?”, *op. cit.*, p. 249.

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 30 de enero de 2023, número 469/2023. Esta resolución viene a admitir que se está cambiando el criterio puesto que diversas sentencias de la Sala están reconociendo la posibilidad del ejercicio del control de convencionalidad como se ha pronunciado en sus sentencias 2265/2021 de 23 de abril de 2021 y la 6762/2021 de 14 de julio, ciñéndose a supuestos de despido con clara y evidente ilegalidad por concurrir fraude de ley o abuso de derecho y donde la indemnización legal sea exigua y no tenga efectos disuasorios para la empresa. En este supuesto se trata de una extinción de una trabajadora con poca antigüedad cuya indemnización no llega a los 1.000 €. La trabajadora afectada fue despedida con la emergencia de la pandemia por el Covid-19 y se le privó de acceder al mecanismo de los ERTE. La parte actora justifica la petición de indemnización adicional por daños morales en una cuantía de 20.000 €. En cuanto al lucro cesante argumenta que no pudo acceder a la prestación por desempleo por falta de cotizaciones. Según consta en la resolución la trabajadora no acreditó la razón por la que no se le concedió la prestación por desempleo pero para el órgano judicial lo importante es que sin este despido arbitrario la trabajadora hubiera disfrutado del ERTE. La trabajadora solicita que se le abone la prestación extraordinaria por desempleo desde el 29 de marzo de 2020 a 29 de noviembre de 2020 no constando acreditado cuando tiempo estuvo la empresa en ERTE. Es por ello por lo que la sentencia admite una indemnización consistente en el periodo que abarcó el estado de alarma hasta el 21 de junio de 2020 concediendo una indemnización adicional de 3.493,3 €. Del análisis de esta sentencia se ha dicho que es una:

“poderosa llamada de atención a un defecto de la norma que genera desprotección porque afecta al juego de equilibrios que rige la relación laboral en trabajadores que acrediten escaso tiempo de prestación de servicio y que, claramente también incide sobre la evidente incompatibilidad y/o desajuste de la normativa laboral española con el art. 10º del Convenio nº 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo y el art. 24 de la Carta Social europea”⁶⁰.

b) Sentencias negadoras o reticentes al ejercicio del control de convencionalidad

Sin embargo la mayoría de las resoluciones siguen siendo reticentes al ejercicio del control de convencionalidad. Como criterio metodológico se va a poner el foco en las resoluciones producidas con posterioridad a la ratificación de la Carta Social Europea Revisada para verificar si ha cambiado la posición doctrinal.

⁶⁰ BALLESTER PASTOR, Inmaculada, “El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio no 158 de la OIT y del art 24º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2, 2023, p. 7.

Comenzando por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 1831/2021 de 1 de diciembre esta no se aparta de la línea de la indemnización tasada. Añade que existe una disposición específica en clave de derecho laboral y que por lo tanto no cabe acudir al derecho común para solicitar una indemnización adicional. En el análisis que hace del Convenio 158 OIT bajo su criterio consistente en que sus disposiciones no son directamente ejecutables. Circunscribe la posibilidad de la indemnización adicional a los supuestos estrictamente tasados como la acción de tutela de derechos fundamentales o cuando así lo disponga el convenio colectivo o contrato de trabajo. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 2094/2021 de 19 de octubre tuvo la oportunidad de entrar a conocer el impacto de la entrada en vigor de la CSER sin embargo se queda en los pronunciamientos anteriores a esta como las sentencias de 13 de julio y 27 de julio de 2021 que mantienen que no cabe aplicar el artículo 1.101 del Código Civil existiendo un precepto específico como es el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.

La propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se ha desmarcado de lo dicho por ella misma en la sentencia referenciada más arriba a favor de la indemnización adicional. Así la sentencia 949/2023 de 10 de febrero estudia la extinción de un contrato de obra ante la bajada de producción de la empresa. El trabajador solicita una indemnización adicional al despido improcedente equivalente a 6 meses de salario. El Tribunal califica de inusual el pronunciamiento de la Sala que si aboga por la indemnización adicional y se apoya en el criterio mayoritario consistente en las resoluciones de la mayoría de las Salas de los restantes Tribunales Superiores de Justicia que no reconocen la indemnización adicional a la tasada. La Sala concluye manifestando que se trata de una materia que ha de ser resuelta por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina y que en todo caso no concurren las notas que exactamente dieron lugar a la indemnización: clara y evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho, que la indemnización sea exigua y que se concreten los daños y perjuicios.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia abona similares tesis. Así en su reciente sentencia 4886/2023 de 8 de noviembre parte de la tesis que nuestra legislación interna es conforme con el mandato internacional puesto que recoge la posibilidad de la readmisión o de la indemnización en caso de despido improcedente. Es por ello por lo que parte de la visión clásica que los daños a mayores de los ya tasados deben alegarse y probarse siendo reales, efectivos y justificados a lo que se le una la consideración consistente en que las resoluciones del CEDS tiene un valor “*apenas doctrinal*”⁶¹ al no ser sentencias vinculantes sino más bien conclusiones y recomendaciones.

⁶¹ STSJ Galicia, Sala de lo Social, nº 4886/2023 de 8 de noviembre (rec. nº 3644/2023).

Mención aparte merece la sentencia de la sección primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 307/2023 de 24 de marzo. En este caso el juzgador de instancia había aplicado el control de convencionalidad bien es verdad que en un sentido cuestionable puesto que impone la readmisión en un despido no válido. La sentencia de suplicación estima el recurso de la empresa que no cuestiona la improcedencia de la extinción sino las consecuencias impuestas por el juez de instancia. El Tribunal Superior de Justicia entiende que la sentencia recurrida no tenía la facultad de dictar la inaplicación de la ley y que para ello debería haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. Es cierto que la sentencia de instancia condenó a la readmisión a la trabajadora por despido no válido lo que es discutible con nuestro actual marco regulatorio puesto que más allá de los supuestos de nulidad el intérprete no tiene recursos efectivos para imponer la readmisión en supuestos de improcedencia. No obstante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia va en contra de la propia doctrina constitucional que en su STC 140/2018 impone al juzgador ordinario la obligación de seleccionar la norma aplicable como una cuestión de legalidad ordinaria y si es necesario ejercer el control de convencionalidad inaplicando la ley si es contraria al tratado por respeto a nuestro propio respeto del sistema de fuentes constitucional.

4.2.c) Tesis aperturistas con el control de convencionalidad

Luego vienen otra serie de resoluciones que tienen el carácter común de ser tildadas de aperturistas al control de convencionalidad pese a que no entran a ejercerlo en el caso concreto por entender que faltan los requisitos necesarios. La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 4707/2022 de 16 de septiembre fija la doctrina que prevalece en varias resoluciones posteriores de la misma Sala como las sentencias 3268/2023 de 23 de mayo, 5986/2022 de 11 de noviembre y la 2342/2023 de 13 de abril. Se trata de una resolución que no niega de plano la posibilidad de reconocer la indemnización adicional aunque no la otorga por las propias peculiaridades del caso. Esta doctrina entiende que cabe indemnización adicional por el art. 281.2 LRJS que permite aumentar los límites indemnizatorios del artículo 56 ET en 15 días más por año de servicio y un tope de 12 mensualidades lo que cabe por analogía con los supuestos de indemnizaciones adicionales. Tampoco se cierra a reconocer daños adicionales en base al lucro cesante en aplicación del artículo 1106 del Código Civil en conexión con el 1101 del mismo cuerpo legal lo que exige que se cuantifiquen los daños en demanda y se acrediten en juicio, requisitos que se omite en ese procedimiento y lleva al tribunal a desestimar en este sentido los intereses del actor. Esta sentencia tiene su valor independientemente de su resolución de su fallo que reconoce que con todo el marco legal de Estatuto de los Trabajadores y el Convenio 158 OIT y la CSER el propio legislador ha abierto fisura y tolera las ampliaciones más allá de la indemnización tasada. La referida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya 5986/2022 de 11 de noviembre

ha fijado dos criterios para la prevalencia de la norma internacional. Entiende que la indemnización por despido improcedente ha de ser manifiestamente insuficiente y la extinción se ha debido ejecutar en manifiesta ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 974/2022 de 23 de diciembre se sitúa en las mismas tesis aperturistas puesto que no niega el control de convencionalidad reseñando que se debe de examinar si el artículo 56.1 ET es suficiente caso a caso. Con carácter general asume que la regulación de ese precepto respeta el artículo 24 CSER y el C158 OIT posibilitándose la indemnización cuando se acredite una infracción de derechos fundamentales o la existencia de un perjuicio superior a la pérdida de empleo. Llama la atención esta manifestación puesto que como hemos mantenido al inicio de este estudio la pérdida de empleo tiene un impacto laboral y social indudable y hay criterios que se pueden objetivar como si se alcanza la prestación por desempleo o el tiempo necesario para reinsertarse en el mercado laboral. Otras Salas de lo Social se sitúan en la misma línea como el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León⁶² que aboga por el reconocimiento de la indemnización adicional cuando exista fraude de ley en el despido y que el recurso de suplicación contenga una argumentación clara y precisa sobre la infracción de la norma internacional y la cantidad indemnizatoria a reclamar. En los mismos términos la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra⁶³ lo ha enfocado como un recurso excepcional para su aplicación en casos puntuales.

En definitiva en lo que se refiere al análisis jurisprudencial se puede señalar una serie de rasgos o tendencias. Pese a la timidez en el ejercicio del control de convencionalidad no se niega la aplicación de este. Es más parece que se puede abrir paso su reconocimiento en casos donde se haya actuado en claro fraude de ley, los daños producidos no se reparen por la indemnización tasada y se precisen en demanda los criterios cuantificadores de lo rogado. Por último, es evidente que es una perspectiva desde el control de convencionalidad que ha de ser unificada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo para asegurar la seguridad jurídica de los operadores jurídicos.

5. Conclusiones

Se ha comprobado que las garantías de protección ante el despido improcedente se han ido adelgazando a lo largo de los años. Es por ello por lo que la institución de despido merece ser reformada. La pérdida de los salarios de tramitación con carácter general, el abaratamiento del despido y la opción de extinción o readmisión a favor del empresario

⁶² STSJ Castilla y León (Sede en Valladolid), Sala de lo Social, de 1.3.2021 (rec. nº 103/2021).

⁶³ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, nº 206/2021, de 24.6.2021 (rec. nº 198/2021).

ha generado un desequilibrio en perjuicio de las personas trabajadoras. Todo ello se acentúa en situaciones de fraude de ley, arbitrariedad o abuso de derecho. Aquí el legislador debe ponderar si estas actuaciones merecen el mismo reproche que la actuación empresarial marcada por un despido donde existen causas reales pero el mismo es calificado como improcedente por cuestiones de forma o de fondo. Será en definitiva el legislador el que deba acometer dicha tarea si se pretende profundizar en la estabilidad del empleo conforme al espíritu de la reforma laboral de 2021.

Efectivamente es una cuestión compleja. Como se ha planteado a la hora de comprobar si España cumple con el estándar de protección marcado por la Carta Social Europea y el Convenio 158 de la OIT habrá que ponderar no solo las condiciones de reparación y disuasión derivadas del despido sino otros derechos como la prestación por desempleo y las garantías sociales que pueda recoger nuestra legislación. No se trata por ello de situar a nuestro ordenamiento fuera del canon internacional en todo el marco regulatorio del despido pero si preocupan todos aquellos supuestos donde se producen extinciones con escaso rigor en la causa alegada en la carta de despido por la empresa. En cualquier caso la regulación legal actual falla cuando el empresario reconoce el montante indemnizatorio máximo puesto que se disuade a la persona trabajadora para mantener su acción en la recuperación del puesto de trabajo por la falta de mecanismos restaurativos en los casos de los despidos manifiestamente sin causa, en fraude de ley, arbitrario o en claro abuso de derecho. También parece difícil sostener que nuestro modelo acata el estándar internacional en aquellos supuestos con escasa antigüedad donde difícilmente se puede mantener que la indemnización es integral y reparadora.

De las sentencias estudiadas de los distintos Tribunales Superiores de Justicia no parece que se vaya a abrir paso el criterio de desmontar la indemnización tasada, lo que por otra parte es entendible mientras no opere una reforma legal, sino la de la comprobación de aquellos casos que tras la aportación de elementos minuciosos por la defensa de las personas trabajadoras en los procedimientos van a permitir el reconocimiento de la indemnización adicional. En consecuencia el papel de la defensa de las personas trabajadoras se vuelve crucial para determinar criterios objetivos y razonables para convencer al órgano judicial de la necesidad de reconocer la indemnización adicional. De nuevo el Tribunal Supremo tiene la tarea de unificar los distintos criterios y matices que ya exponen las distintas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Como se ha dicho es tarea del legislador el recuperar las garantías en un Estado Social y Democrático de Derecho que tenga como uno de sus pilares el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo. En este sentido llama la atención que se estén abriendo garantías y avances significativos en materia de conciliación de la vida personal y familiar, en la apuesta por la contratación indefinida y sin embargo la regulación por despido quede

anclada en la época de la reforma por la crisis financiera. Es en definitiva, un buen momento para que el Gobierno del país aborde esta reforma legislativa en clave más armónica con los estándares internacionales como tarea prioritaria que está en la agenda social.

6. Bibliografía

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La “indemnización adecuada” como reparación subsidiaria al despido injusto en el art. 10 del Convenio 158 de la OIT”, *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº diciembre, 2021, p. 6-30.

BALLESTER PASTOR, Inmaculada, “El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio nº 158 de la OIT y del art 24º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2, 2023, p. 1-11.

BAYLOS GRAU, Antonio, “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la Ley 3/2012”, en BAYLOS GRAU, Antonio (coordinador), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Albacete, Bomarzo, 2012, p. 11-26.

BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ REY, Joaquín, *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, “Decisiones judiciales y “ruido”: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”, *Temas Laborales*, nº 166, 2023, 2023, p. 39-64.

DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, “Artículo 31. Prevalencia de los tratados”, en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz, DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, (directores), *Comentarios a la ley de tratados y otros acuerdos internacionales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, p. 575-589.

FALGUERA I BARÓ, Miguel Ángel, “La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral”, *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, nº 1, 2016, p. 33-71.

FÉRNANDEZ PONS, Xavier, “El régimen jurídico internacional del trabajo y el ordenamiento jurídico español”, en BONET PÉREZ, Jordi y OLESTI RAYO, Andreu

(directores), *Nociones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Barcelona, Huygens, 2010, p. 103-119.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social europea y reforma laboral española”, *Trabajo y Derecho*, nº 15, 2016, p. 18-44.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 28, julio-diciembre, 2011, p. 123-159.

GARRIDO PALACIOS, Miguel Ángel, *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

GARRIDO PALACIOS, Miguel Ángel, “El marco internacional de las indemnizaciones adicionales en el caso de los despidos injustificados”, *Tripalium*, vol. 5, nº 1, p. 85-98.

GOERLICH PESET, José María, “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús (directores), *Reforma laboral 2012, análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 291-322.

GOERLICH PESET, José María, “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”, *El Foro de Labos*, 2022 (disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/>; consulta: 2.11.2023).

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *Constitucionalismo multinivel: derechos fundamentales*, Madrid, Sanz y Torres, 2018.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor*, nº 1, 2023, 2022, p. 6-45.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, *El despido disciplinario*, Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A., 2008.

JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013.

LAHERA FORTEZA, Jesús, “La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: adecuación de la norma española”, *Brief AEDTSS*, 32, 2023 (disponible en: <https://www.aedtss.com/la-indemnizacion-y-reparacion-del-despido-injustificado-en-las-normas-internacionales-adecuacion-de-la-norma-espanola/>; consulta: 27.10.2023).

LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, “El principio de estabilidad en el empleo”, en DE LA VILLA GIL, Luis Enrique y LÓPEZ CUMBRE, Lourdes (directores), *los principios del derecho del trabajo*, CEF, Madrid, 2003, p. 287-337.

LLOBERA VILA, Mireia, *Derecho sindical y gobernanza europea. Reformas estructurales en la zona euro: la respuesta del Derecho laboral internacional*, Albacete, Bomarzo, 2017.

LLOMPART BENNÀSSAR, Magdalena, “Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente”, *Temas Laborales*, nº 134, 2016, p. 167-192.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo: Evolución y reforma del ordenamiento laboral*, Madrid, Tecnos, 2021.

MARTÍNEZ MORENO, Carolina, “El marco internacional para la tutela de los derechos laborales”, *Lex Social: Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, nº 1, 2016, p. 94-119.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 469, 2022, p. 241-252.

MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

PRECIADO DOMÉNECH, Carlos Hugo, *Interpretación de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016.

REMIRO BROTONS, Antonio, RIQUELME CORTADO, Rosa, DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza y PÉREZ-PRAT DURBAN, Luis, *Derecho internacional. Curso General*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel, “Antecedentes, génesis y significado de la Carta Social Europea”, *Revista de Política Social*, nº 53, 1962, p. 133-235.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, “La Sala Social del TS establece límites al control de convencionalidad por los juzgados y tribunales sociales. Notas a la sentencia de 29 de marzo de 2022 y amplio recordatorio de la dictada por el TSJ de Cataluña el 17 de febrero de 2020”, *el blog de Eduardo Rojo*, 2022 (disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/06/la-sala-social-del-ts-establece-limites.html>; consulta: 2.11.2023).

SALCEDO BELTRÁN, Carmen, “Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea revisada: *los árboles no deben impedir ver el bosque*”, *Brief AEDTSS*, 33, 2023 (disponible en: <https://www.aedtss.com/indemnizacion-adeuada-reparacion-apropiada-y-funcion-disuasoria-del-despido-injustificado-segun-la-carta-social-europea-revisada-los-arboles-no-deben-impedir-ver-el-bosque/>; consulta: 27.10. 2023).

VIVERO SERRANO, Juan Bautista, “Anatomía de una valoración crítica. La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido injustificado”, *Brief AEDTSS*, 48, 2023 (disponible en: <https://www.aedtss.com/anatomia-de-una-valoracion-critica-la-doctrina-del-comite-europeo-de-derechos-sociales-sobre-el-despido-injustificado/>; consulta: 27.10.2023).