

RAZONES PARA UN CAMBIO EN LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE

Juan Gorelli Hernández

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de
Huelva

A la memoria de mi querido amigo Félix Salvador Pérez, gran docente y mejor persona

Abstract

Tras más de una década de la reforma de 2012, que afectó al despido reduciendo notablemente la cuantía de las indemnizaciones por despido improcedente, ha llegado el momento de reflexionar sobre la eficacia protectora del trabajador de dicha regulación. La conclusión es la necesidad de incrementar la tutela del trabajador, pues dicha reforma supuso una alteración en el objetivo de la normativa sobre despido, que lejos de configurarse como un mecanismo de tutela del trabajador, se ha convertido en un mecanismo para facilitar la extinción al empresario.

After more than a decade of the 2012 reform, which affected dismissal by significantly reducing the amount of compensation for unfair dismissal, the time has come to reflect on the protective effectiveness of said regulation for workers. The conclusion is the need to increase the guardianship of the worker, since said reform implied an alteration in the objective of the regulations on dismissal, which, far from being configured as a mechanism of guardianship of the worker, has become a mechanism to facilitate the extinction of the employer.

Title: Reasons for a change in compensation for unfair dismissal.

Palabras clave: despido, despido improcedente, indemnización, daños y perjuicios.

Key words: dismissal, unfair dismissal, compensation, damages and prejudice

IUSLabor 1/2023, ISSN 1699-2938, p. 6-45

DOI. 10.31009/IUSLabor.2023.i01.01

Fecha envío: 4.1.2022 | Fecha aceptación: 11.1.2023 | Fecha publicación: 17.3.2023

Sumario

1. Introducción
2. Razones para un cambio (I): la ineficacia de la actual tutela resarcitoria del despido improcedente
3. Razones para un cambio (II): la actual indemnización legal no permite la *restitutio in integrum* del daño provocado por el despido improcedente
4. Razones para un cambio (III): el principio de adecuación de la indemnización (Convenio 158 OIT y la Carta Social Europea)
5. Razones para un cambio (IV): la ausencia de finalidad disuasoria de la actual indemnización por despido improcedente
6. Alternativas para una mejor tutela frente al despido improcedente
 - 6.1. Planteamiento general
 - 6.2. Una tímida reacción jurisprudencial: el reconocimiento de una indemnización complementaria por daños y perjuicios
 - 6.3. Un antecedente a la posibilidad de compatibilizar más de una indemnización: el despido nulo
7. La prueba del daño
8. Bibliografía

1. Introducción

El artículo 35.1 de la Constitución española consagra el derecho al trabajo, y dentro de cuyo contenido reside la necesidad de que el ordenamiento tutele al trabajador facilitándole unos mínimos de estabilidad en el empleo (recordemos al respecto la STC 22/1981)¹. Desde este punto de vista la regulación laboral ha confiado dicha tutela esencialmente al principio de causalidad: la exigencia de una justa causa para extinguir el contrato de trabajo.

Lo anterior supone que en materia de despido nos encontramos ante la técnica, bien conocida de la resolución contractual. Sin embargo, ello no es así; o mejor dicho, en materia de despido no siempre estaremos ante una resolución contractual. Es cierto que el despido procedente estamos ante una resolución contractual modélica: el contrato se extingue pues existe una justa causa, por ejemplo, un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador. Pero, ¿y en los despidos improcedentes? En estos casos el ordenamiento permite que el empresario pueda extinguir el contrato de trabajo sin justa causa, abonando al trabajador una indemnización.

El instrumento que ha diseñado el legislador en estos casos es el llamado “derecho de opción”. Como es bien sabido, la titularidad de este derecho de opción es empresarial, salvo excepciones (legalmente encontramos el caso de los representantes de los trabajadores y cabe la posibilidad de la inversión de la titularidad a través de la negociación colectiva, pero debemos reconocer que es una posibilidad realmente extraña). En la práctica este derecho de opción supone atribuir al empresario, no olvidemos que es quien ha despedido sin causa², la facultad de optar entre dos alternativas que van a determinar los efectos del despido improcedente: la readmisión o mantener el efecto extintivo del despido y abonar al trabajador una indemnización por despido improcedente. Lógicamente el empresario (al igual que el trabajador cuando es titular del derecho de opción), siempre elegirá aquella alternativa que le sea más ventajosa para sus concretos y particulares intereses.

La experiencia nos demuestra que la readmisión del trabajador es una alternativa casi teórica: existe, pero se utiliza realmente poco en los casos de despido improcedente. En la mayoría de los despidos improcedentes el empresario opta por la indemnización.

¹ En este sentido, vid., GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Civitas, Madrid, 1995, p. 35 y siguientes; también GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús, “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* n° 147, 2020, p. 325 y 326.

² En sentido crítico, vid. SEOANE GARCÍA, Antonio, “La nulidad del art. 56 del estatuto de los trabajadores”, *Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, n° 211, 2020, p. 12.

Nuestro ordenamiento admite, pues, 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, en estos casos 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 disciplinario³.

Estamos ante un sistema de estabilidad meramente obligatoria (por contraposición con los sistemas de estabilidad real, que implican que ante la falta de causa sea obligatoria la readmisión del trabajador⁴). La doctrina clásica italiana se refirió a estos sistemas de estabilidad obligatoria señalando que son una forma de ser de la libertad de rescisión del contrato⁵. Tal como ya he señalado con anterioridad⁶, tanto un sistema de estabilidad como otro son en sí mismos constitucionales, de manera que es constitucionalmente admisible tanto un sistema de estabilidad real como obligatoria como mecanismos de tutela de la estabilidad en el empleo que se integra en el derecho al trabajo. Ahora bien, desde mi punto de vista, la constitucionalidad del sistema de estabilidad obligatoria no admite dudas, en tanto y en cuanto aporte el necesario nivel de tutela de la estabilidad en el empleo: como afirmó la STC 20/1994, “*la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (artículo 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador*”. En definitiva, un sistema de causalidad extremadamente débil, consecuencia de una excesiva facilidad extintiva (por ejemplo, porque la tutela resarcitoria sea exigua), es dudosamente constitucional⁷.

³ Así lo advertía VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2001, p. 128.

⁴ O como señalaba Massimo D’ANTONA existen dos sistemas diferentes de tutela o protección del trabajador ante el despido, los indemnizatorios/restitutorios, que se centran en la necesidad de resarcir los daños por la extinción injusta; y los reintegratorios, que imponen la readmisión del trabajador como solución a la falta de causa. “La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori”, en Massimo D’Antona. *Opere. Volume Terzo. Scritti sul Diritto del Lavoro. Tomo I. Licenziamento Individuale*, Giuffrè Editore, Milán, 2000, p. 38.

⁵ NAPOLI, Mario, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Agnelli Editore, Milán, 1980.

⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, op. cit., p. 39.

⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2010, p. 53 y 54.

Pues bien, si analizamos la actual regulación en materia de tutela resarcitoria del despido improcedente, nos surgen serias dudas sobre su eficacia protectora de los intereses del trabajador. Ello justifica un análisis detallado de este tema, especialmente dado que hay nuevos argumentos a tener en cuenta.

2. Razones para un cambio (I): la ineficacia de la actual tutela resarcitoria del despido improcedente

Es bien sabido que el artículo 56.1 ET establece, para los casos de extinción del contrato por despido improcedente, la indemnización 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. Por lo tanto, las indemnizaciones por despido de diferentes trabajadores, pese a que la ausencia de causa sea en sí misma idéntica, pueden ser totalmente diferentes en su cuantía: a mayor número de años de servicio y a mayor salario, mayor será la indemnización. No obstante, el tope máximo es idéntico a todo supuesto de despido improcedente. En definitiva, estamos ante una indemnización predeterminada legalmente y sometida a un tope máximo en su cuantía.

Recordemos, además, pues se trata también de una cuestión relevante, como se produjo una importante reducción de los costes indemnizatorios con la reforma de 2012, pasando de 45 días de salario por año de servicio, a los actuales 33 días por año de servicio. En cuanto al límite máximo, era de 42 meses de salario, quedando en los actuales 24 meses de salario. Recordemos también como dicha reforma se justificó como un mecanismo incentivador de la contratación indefinida, pues se consideraba que la cuantía de 45 días de salario era excesivamente alta para un despido (improcedente, no lo olvidemos), lo que motivaba que los empresarios acudiesen a otras vías para evitar altos costes indemnizatorios. Esa otra vía era la contratación temporal, con costes indemnizatorios mucho más bajos a la hora de prescindir de los trabajadores. Dicho de otro modo, se consideraba que uno de los motivos que justificaba la anómala situación de nuestro mercado de trabajo, basado en la contratación temporal, era el alto coste indemnizatorio de la contratación indefinida. Dicho razonamiento se ha demostrado totalmente errado, pues pese a la drástica reducción de la indemnización por despido improcedente, 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 dicha reforma laboral tuviese una repercusión efectiva en la reducción del empleo temporal y el incremento del empleo fijo⁸.

⁸ CABEZA PEREIRO, Jaime, “La devaluación de las garantías del empleo: el reducido control de la decisión unilateral del empresario”, *Cuaderno de Relaciones Laborales* n° 40, 2022, p. 58; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”, *Labos*, vol. 2, n° 2, 2021, p. 61.

En realidad, la reducción de costes indemnizatorios fue más drástica, pues también se suprimieron los salarios de tramitación en caso de extinción del contrato por despidos improcedentes. Lo cierto es que estos salarios de tramitación tenían una importante relevancia, especialmente en los casos de despidos de trabajadores con escasa antigüedad o trabajadores temporales: debido al efecto multiplicador que sobre la indemnización tienen los años de servicio, al carecer estos trabajadores de antigüedad en la empresa, recibían una indemnización principal muy escasa; no obstante, su situación se compensaba a través de los salarios de tramitación. El efecto conjunto de la reducción de la indemnización 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 reducida⁹. Como vemos, en estos casos la tutela resarcitoria carece de un mínimo de eficacia y su efecto es que el despido, que debe ser causal, muta en una extinción por simple voluntad del empresario, un verdadero desistimiento¹⁰.

En cuanto al sistema indemnizatorio actualmente vigente, es evidente que tiene un carácter tasado. Ello supone tanto ventajas como inconvenientes. Así, el trabajador va a beneficiarse de un sistema que no requiere prueba sobre 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 daños¹¹.

De igual manera los operadores jurídicos (jueces y abogados) ven simplificada enormemente su actuación a la hora de calcular la indemnización por un despido improcedente, pues es el legislador quien impone 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.

Pero, desde mi punto de vista, es evidente que las principales ventajas las disfruta el empresario, que es el principal beneficiario de este sistema indemnizatorio. De entrada,

⁹ SELMA PENALVA, Alejandra y MIRAS MARÍN, Norberto, “La nueva teoría de la indemnización creciente ¿Cómo tributan las cantidades percibidas? Aspectos laborales y tributarios derivados del incremento jurisprudencial de la indemnización por despido improcedente”, *Revista Española de Derecho Financiero* nº 192, 2021, (versión digital).

¹⁰ En este sentido, AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La «indemnización adecuada» como reparación subsidiaria al despido injusto en el art. 10 del Convenio 150 de la OIT”, *Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, nº 228, 2021, p. 18.

¹¹ En este sentido, SJS 34 Madrid, de 21.2.2020.

resulta esencial para el empresario el carácter predeterminado de la indemnización. Ello supone que conoce anticipadamente cuál es el coste del despido sin justa causa, dotándole de total seguridad en el cálculo económico. 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 despedir¹². Por el contrario, el desconocimiento de cuál podría ser la cuantía de la indemnización implicaría una actitud mucho más cautelosa por parte del empresario a la hora de plantearse un despido improcedente; de manera que la indemnización adquiriría así un matiz preventivo del que carece en la actualidad. Por lo tanto, el carácter predecible de la indemnización facilita, aún más, la mutación del despido en un mecanismo de desistimiento¹³, 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 alguna¹⁴. Podemos concluir, por tanto, que este carácter predecible elimina de la indemnización por despido disciplinario la función disuasoria o preventiva que puede tener una indemnización, pues el empresario no asume riesgo económico alguno; o dicho de otra manera: la indemnización no es un instrumento que pueda desaconsejar al empresario realizar un despido improcedente¹⁵. La cuestión es especialmente importante, pues entiendo que un planteamiento de tutela indemnizatoria del trabajador requiere, necesariamente, dotar a la indemnización de un matiz disuasorio, que resulta imprescindible si se quiere evitar que el empresario goce de una verdadera libertad extintiva¹⁶.

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 los trabajadores con poca antigüedad en la empresa van a tener derecho a indemnizaciones realmente bajas, prácticamente insignificantes, por lo que se abarata enormemente los costes indemnizatorios en estos casos. Debemos subrayar la situación de esos trabajadores con poca antigüedad, como los trabajadores temporales,

¹² BAYLOS GRAU, Antonio, “Despido injustificado e indemnización: marco regulador deficiente y reforma necesaria”, *Revista de Derecho Social* nº 93, 2021, p. 9; CABEZA PEREIRO, Jaime, “La devaluación de las garantías del empleo”, *op. cit.*, p. 66; MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “La función disuasoria de la indemnización por despido arbitrario: contenido esencial «olvidado» del Derecho al Trabajo”, *Revista de Derecho Social* nº 93, 2021, p. 199.

¹³ AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La «indemnización adecuada» como reparación subsidiaria al despido injusto”, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración”, *op. cit.*, p. 68.

¹⁵ En similares términos, BAYLOS GRAU, Antonio, “Despido injustificado e indemnización”, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶ En este sentido MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “La función disuasoria de las garantías del empleo”, *op. cit.*, p. 202 y 203.

pues sufren una especial desprotección, dado que la cuantía final de sus indemnizaciones suele ser del todo insuficiente¹⁷.

Otra gran ventaja que otorga este sistema al empresario es su carácter limitado, dado que la indemnización no puede superar la cuantía máxima equivalente a 24 mensualidades de salario del trabajador. 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 cuantía económica, pese a que haya cometido la mayor de las arbitrariedades, o el daño sufrido por el trabajador pueda ser enorme. Con carácter general, el perjudicado por la regla es el trabajador, especialmente el trabajador 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.

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, si existen, 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, el efecto es que el nivel de tutela es menor a medida que el salario sea más pequeño: 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.

Como vemos, una regulación que debería aportar tutela al trabajador se ha convertido en una regulación que ofrece casi todas sus ventajas al empresario.

Para hacernos una idea de cuál es la real protección que ofrece este sistema indemnizatorio a los trabajadores, podemos dirigirnos a las estadísticas sobre despido y su coste que publica el Ministerio de Trabajo desde 2015¹⁸. A tenor de tales estadísticas

¹⁷ En este sentido BAYLOS GRAU, Antonio: “La reforma del despido”, *Revista de Derecho Social*, nº 95, 2021, p. 33 y 34.

¹⁸ Disponible en:

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

se puede constatar cómo hay importantes diferencias entre los diferentes sectores económicos. Por ejemplo, en 2021 (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 45.844,9; así como el sector financiero y de seguros, con una indemnización media de 40.377,2 euros. Ahora bien, junto a éstos supuestos encontramos sectores productivos que agrupan muchos más trabajadores (y muchos más despidos), como la hostelería, en el que la indemnización media era de 3.833,9 euros; o en el caso de la construcción, donde la indemnización media era de 4.218,8 euros¹⁹. 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 de las diferentes Comunidades Autónomas también puede llegar a ser variada (las Comunidades con mayor actividad económica tienden a unas indemnizaciones más altas, mientras que las Comunidades con menor actividad y más dependientes de la hostelería, tienden a indemnizaciones más bajas), oscilando entre los 15.940,6 euros de Madrid o los 14.904,1 de Cataluña, frente a los 4.437,1 de Ceuta y Melilla, los 5.547,9 euros de Extremadura, o los 6.912,5 de Castilla-La Mancha. Por ejemplo, en una Comunidad Autónoma con importantes cifras económicas, pero muy dependiente del turismo y la hostelería, como es el caso de Baleares, la cifra media en 2021 es de 7.934,1 euros. La media entre las diferentes Comunidades es de 9.728,3 euros. Con estas cifras cabe dudar seriamente de la eficacia protectora del despido en nuestro país²⁰.

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, lo que repercute en los años de servicio). Si a ello le unimos el factor edad, aparecen diferencias en los costes de despido que pueden llegar a ser notables. Así las indemnizaciones medias por edad y sexo son las siguientes en 2021: en trabajadores de 16 a 19 años era de 292 euros (301,2 en los hombres, 276,6 en caso de mujeres). De 20 a 24 años era de 1.052,7 (1.158,7 hombres, 907,8 euros en mujeres). De 25 a 34 años la indemnización media era de 3.593,4 euros (3.638,2 en hombres, 3.540,7 en mujeres). De 35 a 44 años era de 9.647,8 euros (9.154,8 en hombres y 10.244,1 en mujeres –único caso en ser superior-). De 44 a 54 años era de 15.114,3 (15.472,9 en hombres y 14.621,6 en mujeres). De 55 y más años, la indemnización media era de 21.705,1 (23.884,9 en caso de hombres y

¹⁹ De hecho, en 2021 constan 554 despidos en el sector de suministro de energía frente a 46.099 despidos en la hostelería, o 43.818 despidos en la construcción.

²⁰ BAYLOS GRAU, Antonio: “Despido injustificado e indemnización”, *op. cit.*, p. 13.

17.687,6 en mujeres). Se comprueba el efecto de la antigüedad en la indemnización y la menor actividad laboral de las mujeres.

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 2021 ofrece como resultado que los trabajadores con contrato temporal a jornada completa recibieron una indemnización media de 1.476,9 euros. Los trabajadores temporales a tiempo parcial percibieron indemnización de 617,7 euros de media en dicho período. En idéntico período los fijos discontinuos percibieron un promedio de 4.493,2 euros de indemnización por despido. Los trabajadores indefinidos a tiempo parcial percibieron una indemnización media en 2021 de 4.642,7 euros. Por último, los trabajadores indefinidos a jornada completa alcanzaron los 18.112,4 euros.

Podemos acudir también al Derecho Comparado para constatar que un sistema indemnizatorio tasado y limitado supone una protección inadecuada de los intereses laborales, lo cual resulta contrario incluso al propio Derecho al trabajo constitucionalmente consagrado. Me refiero a dos relevantes Sentencias de la Corte Costituzionale italiana, las nº 194/2018 y 150/2020²¹, que analizaron la constitucionalidad de la regulación sobre despido, concretamente el Decreto Legislativo 23/2015. Se cuestiona la constitucionalidad de la solución legal ante un despido ilegítimo o ilegal. Pues bien, ante este planteamiento, se responde (Sentencia nº 194 de 2018²²) 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 indemnizatoria²³.

Desde el anterior punto de vista, si bien se rechaza que la restitución integral, principio básico del derecho de daños, tenga cobertura constitucional, si se estima que es necesario establecer una indemnización que “*aunque no necessariamente repara la*

²¹ Un breve análisis de estas sentencias puede verse en Baylos Grau, Antonio : “Despido injustificado e indemnización”, *op. cit.*, p. 10 y 11.

²² Disponible en:

https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2018:194.

²³ Tal como señala la sentencia indicada, “*Non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia. Tale discrezionalità si esercita, comunque, entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima (...). All'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza. (...) La previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse*”.

totalidad del daño sufrido por el perjudicado, debe ser necesariamente equilibrada". En definitiva, surge la necesidad 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 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 empresa²⁴. Considera la sentencia comentada que la regulación no respeta el necesario equilibrio de intereses jurídicos en juego, por lo que, y cito literalmente, *"Con il prevedere una tutela economica che può non costituire un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente, la disposizione censurata comprime l'interesse del lavoratore in misura eccessiva, al punto da risultare incompatibile con il principio di ragionevolezza. (...) Il legislatore finisce così per tradire la finalità primaria della tutela risarcitoria, che consiste nel prevedere una compensazione adeguata del pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato"*²⁵.

En idéntica dirección la Sentencia nº 150/2020²⁶, que utiliza los mismos argumentos, pero aplicados en este caso a los despidos carentes de exigencias formales, situación en la que también se afirma que *"In un prudente bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente rilevanti, l'esigenza di uniformità di trattamento e di prevedibilità dei costi di un atto, che l'ordinamento qualifica pur sempre come illecito, non può sacrificare in maniera sproporzionata l'apprezzamento delle particolarità del caso concreto, peraltro accompagnato da vincoli e garanzie dirette ad assicurarne la trasparenza e il fondamento razionale"*.

²⁴ *"Non contrasta con tale nozione di adeguatezza il limite di ventiquattro (ora trentasei) mensilità, fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento. (...) Si deve infine osservare che la rigida dipendenza dell'aumento dell'indennità dalla sola crescita dell'anzianità di servizio mostra la sua incongruenza soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata, come nel giudizio a quo. In tali casi, appare ancor più inadeguato il ristoro del pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo, senza che a ciò possa sempre ovviare la previsione della misura minima dell'indennità di quattro (e, ora, di sei) mensilità"*.

²⁵ Traducido al español: *"(a)l 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."*

²⁶ Disponible en:

https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2020:150.

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 causa²⁷. Se trata de un planteamiento que la propia doctrina laboral española ha señalado y cuyas conclusiones estima perfectamente aplicable a nuestro ordenamiento²⁸.

3. Razones para un cambio (II): la actual indemnización legal no permite la *restitutio in integrum* del daño provocado por el despido improcedente

Si del sistema indemnizatorio actual se deduce una consecuencia clara, es que la indemnización regulada en el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 56.1 no es un mecanismo dirigido a facilitar una restitución integral de los daños sufridos por el trabajador a consecuencia del despido improcedente. En tanto y en cuanto no se satisfacen la totalidad de dichos daños, sino que se establece una cantidad en función exclusivamente de ciertos parámetros, es evidente que no se alcanza la restitución integral de los daños sufridos. Por lo tanto, debemos admitir que la función de dicha indemnización legal no es la satisfacción de todos los posibles perjuicios causados al trabajador despedido injustamente y ello resulta patente como consecuencia de que una indemnización de las características señaladas no tiene en cuenta a la hora de la cuantificación cómo la pérdida del puesto de trabajo afecta a las circunstancias personales e individuales del trabajador afectado por el despido improcedente²⁹.

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: ese carácter tasado implica, por definición, que no está destinada a satisfacer la totalidad de los posibles daños sufridos por el trabajador, dado que la indemnización se fija en función de determinados parámetros (estamos ante una indemnización basada en el salario del trabajador y el tiempo de servicios, criterios que en sí mismo tienen poco que ver con los perjuicios que puede sufrir el trabajador, especialmente la antigüedad en la empresa) y no tiene en cuenta los posibles daños y perjuicios. De otro

²⁷ Sobre la cuestión, vid. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Valor social del trabajo y el despido injustificado «agravado»: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de «disuasión marginal»”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, nº 1, 2022, p. 46.

²⁸ En este sentido BAYLOS GRAU, Antonio: “La reforma del despido”, *op. cit.* p. 34; este mismo autor en “Despido injustificado (...)”, *op. cit.*, p. 10.

²⁹ En este mismo sentido crítico SELMA PENALVA, Alejandra y MIRAS MARÍN, Norberto, “La nueva teoría de la indemnización creciente” *op. cit.*, (versión digital).

lado, es evidente que una indemnización sometida a un límite máximo es totalmente contraria al objetivo de satisfacer los daños en su totalidad.

En realidad, la indemnización no obedece sino a un puro y simple criterio de decisión política del legislador y es, por tanto, simplemente arbitraria. ¿Cuál es la lógica de fijar una indemnización en 33, en 45 o en 20 días? Tras esa decisión no hay realmente una lógica concreta para determinar dicha cifra. Simplemente hay una decisión del legislador; decisión que como tal es aleatoria y, por lo tanto, irracional desde el punto de vista de tutelar la integridad de los daños sufridos³⁰. Desde este punto de vista, en lugar de 33 días podrían haber sido 30; o en lugar de 45, podría haberse fijado en 40; o en lugar de 20 podría haberse establecido 25 días. Todo ello es evidente por la propia reforma que se produjo en 2012 y que supuso la reducción del coste del despido improcedente: no se sostiene, desde el punto de vista de la existencia de una justificación no arbitraria, 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. Debe concluirse, por tanto, que 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.

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; es decir, es respuesta a 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 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 juicio³¹. En definitiva, es un sistema que favorece claramente que el despido se convierta en una

³⁰ BAYLOS GRAU, Antonio: “La reforma del despido”, *op. cit.*, p. 33.

³¹ Tal como señala Jaime CABEZA PEREIRO la evolución de la regulación española ha permitido que el despido disciplinario se utilice no sólo para sus funciones propias, sino también para prescindir de trabajadores libremente. CABEZA PEREIRO, Jaime, “La devaluación de las garantías del empleo”, *op. cit.*, p. 60 y 61. Vid. también, AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La «indemnización adecuada» como reparación subsidiaria al despido injusto”, *op. cit.*, p. 18.

libre extinción por voluntad del empresario, que se limita simplemente a abonar la indemnización. Puede, pues, afirmarse que este sistema carece de efecto disuasorio³².

Cabe preguntarse 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 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 de la extinción³³. La indemnización no es más que el precio, fijado por el legislador, que debe pagar el empresario para poder extinguir un contrato sin una justa 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.

Una prueba de lo anterior lo encontramos en el artículo 96.2 del EBEP, cuando señala que en caso de despidos improcedentes de trabajadores de la Administración Pública, se procederá a la readmisión del personal laboral fijo. Esta norma se explica, justamente, por el hecho de que está totalmente vedada a la Administración una actuación arbitraria (artículo 9.3 de la Constitución).

En todo caso, la indemnización legal pretende 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.

4. Razones para un cambio (III): el principio de adecuación de la indemnización (Convenio 158 OIT y la Carta Social Europea)

Ciertamente doctrina mayoritaria y jurisprudencia han sido poco o nada receptivas a admitir que el Convenio 158 OIT tenga un valor aplicativo directo en esta materia. No obstante, no podemos olvidarnos de su existencia y de su significado. Esta regulación

³² BAYLOS GRAU, Antonio, “La reforma del despido”, *op. cit.*, p. 33.

³³ En este sentido BAYLOS GRAU, Antonio, “Despido injustificado e indemnización”, *op. cit.*, p. 9; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, *op. cit.*, p. 23.

internacional, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), recoge los elementos fundamentales de la regulación del despido: la causalidad, el derecho del trabajador a recurrir la decisión extintiva, los efectos extintivos o no de la decisión empresarial, o las soluciones ante el incumplimiento empresarial del principio de causalidad. Sobre esta última cuestión, el artículo 10 de este Convenio, establece que *“(s)i 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; es decir, admite la estabilidad meramente obligatoria del trabajador. Ahora bien, esta norma no se refiere a cualquier indemnización sustitutoria de la readmisión, 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 sobre la adecuación del régimen jurídico indemnizatorio y, tal como hemos visto *supra*, la conclusión a la que llegamos es totalmente negativa, pues tenemos un sistema indemnizatorio ineficiente, inadecuado, con niveles de tutela prácticamente inexistentes respecto de amplios colectivos de trabajadores, que no tiene eficacia alguna desde el punto de vista preventivo o punitivo; que se configura simplemente como el precio para extinguir un contrato careciendo de justa causa. En definitiva, un sistema tremendamente 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 nº 158 OIT.

La cuestión es todavía más evidente si tenemos en cuenta lo establecido por el artículo 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.

Junto con el Convenio 158 OIT, debemos tener en cuenta lo previsto por la Carta Social Europea (revisada)³⁴, concretamente en su artículo 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*”.

Nuevamente se plantea la cuestión de la adecuación de la indemnización, y debemos reiterar que, desde nuestra perspectiva, la actual regulación española ofrece una tutela tremendamente débil al trabajador; por lo tanto, no es posible aceptar que dicha regulación pueda considerarse “adecuada”. Pero, además, la Carta Social Europea cuenta con un mecanismo de interpretación de su contenido: el 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. Pues bien, entendemos que la actual regulación española no soportaría un test de adecuación de la indemnización para satisfacer la tutela del trabajador injustamente despedido.

La cuestión es relevante, pues tras la ratificación por España en 2021 de la misma, las Decisiones del Comité tienen aplicación en nuestro país. Al respecto debemos tener en cuenta dos Decisiones³⁵. La primera de ellas, de 6 de septiembre de 2016 (Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, queja nº 106/2014)³⁶, resolvía una queja relativa al límite de la indemnización por despido injusto, fijado en 24 mensualidades de

³⁴ Ratificada por España mediante instrumento de 8 de junio de 2021 (BOE de 11 de junio de 2021).

³⁵ Sobre ambas puede verse a RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración”, *op. cit.*, p. 70; también SEOANE GARCÍA, Antonio, “La nulidad del art. 56 del estatuto de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 22-24.

³⁶ Disponible en:

[https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22ESCPublicationDate%20Descending%22\],\[%22ESCDcType%22:\[%22DEC%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22ESCPublicationDate%20Descending%22],[%22ESCDcType%22:[%22DEC%22]}).

salario³⁷. 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 “*(c)ualquier 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 limitada³⁸. Por lo tanto, se considera con carácter general que “*en algunos casos de*

³⁷ A tenor de lo dispuesto por el artículo 2 del capítulo 12 de la Ley n° 55/200, modificada por la Ley n° 398/2013, la indemnización por despido se regulaba de la siguiente manera: “*(l)a indemnización por sí sola debe ser equivalente a la remuneración debida por un período comprendido entre un mínimo de tres meses y un máximo de 24 meses de trabajo. No obstante, el importe máximo adeudado a los delegados sindicales elegidos en virtud de un convenio colectivo o los representantes electos a que se refiere el artículo 3 del capítulo 13 siguiente debe corresponder a la remuneración debida por 30 meses de trabajo. (...) En función del motivo invocado para la extinción de la relación laboral, el cálculo de la cuantía de la indemnización deberá tener en cuenta los siguientes factores: duración estimada de la inactividad profesional y del lucro cesante, duración residual de un contrato de trabajo de duración determinada, duración de la relación laboral parentesco, edad del trabajador y perspectivas de encontrar un puesto de trabajo correspondiente a sus diplomas o a sus cualificaciones y formación profesional, procedimiento seguido por el empleador para rescindir el contrato, motivos de cualquier incumplimiento del contrato imputable al trabajador, situación general del trabajador y la empleador, otros factores comparables*”.

³⁸ En este sentido el CEDS rechaza este planteamiento señalando que “*(s)in embargo, el Comité observa que sólo las personas que han sido despedidas por motivos discriminatorios pueden reclamar una indemnización en virtud de estas leyes. Si el despido injustificado no contiene un elemento discriminatorio, no es posible reclamar una indemnización en virtud de estas leyes*” (apartado n° 48 de la Decisión). De igual manera, el CEDS constata que la posibilidad de acudir a la vía de la responsabilidad civil era tremendamente limitada (vid. apartado n° 51), señalando que “*(e)l Comité considera que la Ley*

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, “*(e)l 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: “*(e)n consecuencia, el Comité considera que existe una violación del artículo 24”* (apartado nº 54).

La segunda de las Decisiones es la de 11 de septiembre de 2019³⁹, siendo consecuencia de la queja 158/2017, presentada por la CGIL contra Italia en relación al Decreto Legislativo 23/2015 y la presunta violación del mismo del artículo 24 de la Carta Social Europea por regular una indemnización de despido ilegal tasada y sometida a un límite máximo (sustancialmente idéntica a la regulación española –salvo en la cuantía, que en el caso español es incluso inferior-)⁴⁰. 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 máximo⁴¹.

La Decisión reitera la de 6 de septiembre de 2016 y señala expresamente 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 nº 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 nº 96). Dicho de otro modo, se está

de Responsabilidad Civil no constituye un recurso legal alternativo disponible para las víctimas de despido improcedente no relacionado con discriminación”.

³⁹ Disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22ESCPublicationDate%20Descending%22%5D,%22ESCArticle%22:%5B%2224-00-163%22%5D,%22ESCDcType%22:%5B%22DEC%22%5D,%22ESCDcIdentifier%22:%5B%22cc-158-2017-dmerits-fr%22%5D%7D>.

⁴⁰ Señalaba el apartado primero del artículo 3 del Decreto Legislativo 23/2015 lo siguiente: “*(s)in perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, cuando se establezca que faltan las condiciones para el despido por causa objetiva justificada o por causa subjetiva justificada o por justa causa, el juez declara la extinción de la relación laboral en la fecha de la despido y condena al empleador al pago de una indemnización, exenta de cotización social, en una proporción, en todo caso, no inferior a seis ni superior a treinta y seis mensualidades”.*

⁴¹ Vid. artículo 6 del Decreto Legislativo 23/2015.

admitiendo claramente la posibilidad de una indemnización añadida a la indemnización legal de despido, cuando ésta, 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 artículo 1418 del Código Civil, si bien no fue capaz de aportar ejemplo alguno de utilización de esta vía)⁴².

Centrándose sobre 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 nº 101). El apartado nº 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 nº 104); por todo lo cual, concluye que esta regulación supone una violación del artículo 24 de la Carta Social Europea.

Considero que esta doctrina del CEDS es perfectamente aplicable a la regulación española en materia de indemnizaciones por despido⁴³; de hecho, debemos reseñar que la UGT ha presentado ya una reclamación al CEDS sobre la inadecuación de la

⁴² De ahí que en el apartado nº 103 afirma la Decisión que *“el Comité observa la ausencia de pruebas concluyentes de que efectivamente permitan obtener una indemnización adicional de manera general”*.

⁴³ En este mismo sentido MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 451, 2020, p. 195 y 196; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración”, *op. cit.*, p. 70.

regulación española al artículo 24 de la Carta Social Europea, la nº 207/2022⁴⁴. Ello debe conducirnos a afirmar la inadecuación de esta regulación con normas internacionales que están integradas y forman parte del ordenamiento interno. Por lo tanto, la indemnización legal, tasada y topada, no resulta apropiada para satisfacer la totalidad de los perjuicios que puede haber sufrido el trabajador. En definitiva, la regulación española no respeta el canon de adecuación que se exige por dicha regulación internacional.

El principal obstáculo para extender la interpretación del CEDS a nuestro país es la tradicional postura conservadora de doctrina y jurisprudencia para admitir la eficacia interna de normas internacionales. Esto se ha traducido en estimar el carácter “non self-executing” de dicha regulación, rechazando la aplicación directa de la Carta y su interpretación⁴⁵. En idénticos términos respecto del Convenio nº 158 OIT⁴⁶. La eficacia de esta regulación pasa necesariamente por la actuación del legislador nacional, que debe incorporar lo establecido por la norma internacional mediante su trasposición a nuestro ordenamiento.

Sin embargo, creo es importante defender el valor cuasi jurisprudencial de las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Sociales. No estamos ante el habitual

⁴⁴ Vid. la resolución sobre la admisibilidad de dicha reclamación en [https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22ESCPublicationDate%20Descending%22\],\[%22ESCDcType%22:\[%22DEC%22\],\[%22ESCDcIdentifier%22:\[%22cc-207-2022-dadmiss-fr%22\]\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22ESCPublicationDate%20Descending%22],[%22ESCDcType%22:[%22DEC%22],[%22ESCDcIdentifier%22:[%22cc-207-2022-dadmiss-fr%22]]}).

⁴⁵ Sobre esta cuestión vid. CRISTOBAL RONCERO, Rosario, “La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española”, *Documentación Laboral*, nº 125, 2022, p. 105 a 107.

⁴⁶ STSJ Castilla-La Mancha nº 1831/2021, de 1 diciembre (rec. nº 1807/2020), “(e)l Convenio OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) adoptado con fecha 22 de junio de 1982, establece en su artículo 1 que «Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional», lo que indica que las disposiciones del Convenio no son directamente ejecutables sino a través de la legislación nacional, siendo indudable que nuestra legislación ha dado respuesta a las previsiones del Convenio; como ha dicho al respecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 1 de marzo 2021, recurso 596/2020, «el Convenio no es una norma de directa aplicación (self executing) sino que ha de ser incorporado al ordenamiento por cada Estado mediante la legislación nacional», salvo, claro está, que se incorpore por Convenios colectivos, laudos arbitrales o decisiones judiciales, o incluso contrato individual, y siempre en consonancia con «la práctica nacional», lo que ha declarado el Tribunal Supremo respecto de este Convenio 158 en sentencias de 31 de enero de 1990 ROJ: STS 17047/1990 y 4 de noviembre de 1987 ROJ: STS 16626/1987, confirmando que las normas del Convenio nº 158 de la OIT no son de directa aplicación en España al precisar su efectividad de un desarrollo normativo interno. Y en la legislación española no hay una norma que permita la doble indemnización ni la Jurisprudencia, interpretando esa legislación, lo ha admitido siendo imposible que cada juez o tribunal pueda imponer la indemnización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente”.

procedimiento de valorar, a través de unas conclusiones, los informes que los Estados signatarios remiten periódicamente sobre el cumplimiento del contenido de la Carta; procedimiento cuyos efectos son totalmente limitados⁴⁷. Muy 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. Es decir, estamos ante una interpretación “auténtica” de la propia Carta, que lógicamente ha de afectar a los Estados que la han ratificado, especialmente cuando su ordenamiento coincide sustancialmente con el que es objeto de la reclamación colectiva⁴⁸.

Posteriormente nos referiremos a cómo ciertas instancias judiciales defienden mejoras indemnizatorias más allá de la regulación legal del despido improcedente en base a lo dispuesto por estas normas internacionales; pero ahora debemos subrayar cómo el Tribunal Supremo ha comenzado ya a encarar situaciones en las que se plantea la

⁴⁷ En este sentido, la STSJ de Madrid nº 277/2021, de 17 marzo (rec. nº. 85/2021), 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*”.

⁴⁸ Así, CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, “La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española”, *op. cit.*, p. 109 y 110. En este sentido, la anteriormente señalada STSJ de Madrid nº 277/2021 constata cómo, si bien en el momento de los hechos no se había ratificado aun la Carta Social Europea (revisada), obligando tan sólo su versión original, una vez que se produjo la ratificación “*(l)a 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.*”

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. Existen ya manifestaciones jurisprudenciales que señalan la incidencia de la Carta sobre el ordenamiento laboral, llegando incluso a utilizar tal regulación como argumento para aplicar a los trabajadores derechos que no tienen un reconocimiento expreso en la regulación nacional. Así ha ocurrido con la STS de 28 de marzo de 2022⁴⁹, que declara el derecho de los trabajadores al preaviso por extinción de contrato en los contratos de emprendedores; cuya regulación no contemplaba ese derecho al preaviso. Entre otros argumentos se acudió al artículo 4.4 de la Carta Social Europea para estimar 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 interno⁵⁰.

De otro lado, la también reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2022⁵¹, al analizar si la regulación española del artículo 52 d) ET que regulaba el despido por excesivas faltas de asistencia al trabajo debido a enfermedad común (hoy día derogado), si bien considera que esta regulación no sería contraria a la Carta Social Europea (se refiere a la Carta previa a su revisión); considera de manera expresa que *“(e)l 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. Pues bien, respecto del artículo 24 de la Carta, 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 artículo 24 de la Carta Social Europea⁵².

⁴⁹ STS nº 268/2022, de 16 de marzo (rec. nº 471/2020).

⁵⁰ Señala esta Sentencia que *“(p)uesto 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”*.

⁵¹ STS nº 270/2022, de 29 de marzo (rec. nº 2142/2020).

⁵² En idéntico sentido 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 (julio-agosto 2022), p. 250.

5. Razones para un cambio (IV): la ausencia de finalidad disuasoria de la actual indemnización por despido improcedente

Con anterioridad hemos señalado la necesidad de que la indemnización por despido cumpla, no sólo con un objetivo restitutorio, sino también con una finalidad disuasoria o preventiva del despido improcedente. Desde mi punto de vista, la regulación actual, tal como hemos señalado, carece de esa finalidad disuasoria, por lo que se requiere un replanteamiento del sistema indemnizatorio vigente.

Debemos tener en cuenta que la indemnización, como sistema de estabilidad obligatoria, está destinada a proteger al trabajador frente a la falta de causa del despido. Es decir, el principio general del que debería partir cualquier regulación del despido es la causalidad; la exigencia de una justa causa para poder despedir. Ciertamente la estabilidad obligatoria supone que, a pesar del principio de causalidad, el empresario pueda extinguir el contrato pese a no contar con una justa causa. No obstante, desde la perspectiva de la protección de la estabilidad en el empleo, la indemnización debe ser un instrumento de tutela del trabajador, no un medio para facilitar la extinción del contrato por el empresario. Dicho de otra manera, para que la indemnización de despido pueda actuar como mecanismo de tutela del trabajador, debe ser lo suficientemente relevante como para que el empresario se cuestione seriamente la decisión de proceder a un despido sin justa causa; y tal como hemos señalado, las cuantías medias de las indemnizaciones que se abonan en nuestro país no parecen suponer un obstáculo real, ni serio para el empresario; especialmente respecto de ciertos colectivos de trabajadores.

La relevancia de una finalidad disuasoria o preventiva de la indemnización por despido improcedente ya fue puesta de manifiesto tanto por la Decisión del CEDS de 6 de septiembre de 2016 (Finnish Society of Social Rights contra Finlandia), así como por la Decisión de 11 de septiembre de 2019 (CGIL contra Italia), y ha sido también destacada ampliamente por las Sentencias de la Corte Constitucional italiana (sentencias 194/2018 y 150/2020). Desde mi punto de vista la finalidad disuasoria es una necesidad, absolutamente irrenunciable, en un modelo de tutela como el elegido por el legislador español; es decir, en un modelo de estabilidad meramente obligatoria. Ello supone la posibilidad de sustituir la readmisión por una indemnización; es decir, se trata de un sistema en el que el empresario puede, por su sola voluntad y sin necesidad de una justa causa, proceder a la extinción del contrato de trabajo. Pues bien, si este modelo debe proyectar una tutela realmente efectiva sobre el trabajador, debe hacerlo desde dos puntos de vista: en primer lugar, debe tener un efecto sobre el trabajador, garantizando una verdadera restitución de los daños sufridos; en segundo lugar, debe tener un efecto sobre el empresario, pues ha de actuar como instrumento de disuasión para no facilitar el despido. Una indemnización que no tenga una efectiva finalidad disuasoria no cumple

con la finalidad tuteladora del trabajador y como hemos visto, la indemnización media en nuestro país está bien lejos de cumplir con ese objetivo.

La ausencia del efecto disuasorio del sistema indemnizatorio en nuestro ordenamiento se manifiesta fundamentalmente en, al menos, cuatro cuestiones bastante evidentes. En primer lugar, en la regulación del “derecho de opción”. Es el empresario el titular (salvo excepciones) de este derecho de opción; por lo tanto, es quien incumple las exigencias de una justa causa extintiva quien, en última instancia, va a decidir sobre la extinción o no del contrato de trabajo, siendo la indemnización el medio para conseguir dicha extinción. Uno de los principales déficits de tutela de la regulación del despido improcedente reside en la propia configuración del derecho de opción, que como tal debería basarse sobre una exquisita situación de equilibrio entre las dos alternativas de la opción⁵³. Sin embargo, dicho equilibrio no existe como consecuencia de la propia configuración de la indemnización (cuantía reducida, predeterminada legalmente y limitada) que hace que esta alternativa sea especialmente interesante para el empresario. Dicho de otra forma, el derecho de opción facilita la extinción del contrato de trabajo, no sólo por el hecho de estar en manos del empresario; además, la opción indemnizatoria no es suficientemente disuasoria como para impedir una utilización generalizada y desmedida por parte del empresario.

Una segunda evidencia de la carencia del efecto disuasorio de la actual regulación sobre indemnización de despido lo vamos a encontrar en la figura del denominado “despido fraudulento”. Como ya he señalado *supra*, estamos ante un despido carente por completo de causa, sino que se alega una causa inexistente con el único objetivo de proceder a la extinción del contrato de trabajo mediante el abono de la indemnización. Como es bien sabido la doctrina jurisprudencial ha rechazado que estos despidos deban ser calificados como nulos, imponiéndose la readmisión, sino que dichos despidos deben ser calificados simplemente como improcedentes. Salvo algún intento para resucitar la consideración de nulidad, tal como ha ocurrido con la “prohibición” de despido durante la pandemia del COVID-19⁵⁴, lo cierto es que el despido fraudulento o abusivo se sanciona como un despido improcedente, sin que se haya producido alteración alguna en la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁵.

⁵³ CABEZA PEREIRO, Jaime, “La devaluación de las garantías del empleo”, *op. cit.*, p. 62.

⁵⁴ Vid. esta cuestión en GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19”, *Trabajo y Derecho*, nº 81, 2021, versión digital.

⁵⁵ Puede verse en este sentido la STSJ de Cataluña nº 1851/2021 de 31 marzo (rec. nº 3825/2020), que incorpora un interesante resumen de cuál es la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. Además, cabe señalar cómo esa misma sentencia evidencia los núcleos de resistencia a dicha jurisprudencia del alto Tribunal, pues incorpora dos votos particulares contrarios a la misma.

El razonamiento para llegar a esta conclusión es que la única calificación posible para un despido carente de justa causa es la improcedencia. Ahora bien, ya hemos señalado que no es lo mismo un despido cuya causa no es suficientemente grave para justificar la extinción del contrato de trabajo, o no existe culpabilidad en el trabajador, que un despido en el que el empresario inventa la causa con el único objetivo de proceder a la extinción del contrato. Con este planteamiento jurisprudencial se ha conseguido que el ordenamiento otorgue la misma calificación y los mismos efectos a despidos que implican grados totalmente diferentes de incumplimiento del principio de causalidad. Expresado en otros términos, se ha conseguido que dentro de la calificación de improcedencia se incluyan extinciones que violan de manera radical el principio de causalidad. Pues bien, si en nuestro ordenamiento es perfectamente posible que la extinción del contrato sin ningún tipo de causa o mediante una causa totalmente inexistente, es evidente que la indemnización no es sino el medio que emplea el empresario para alcanzar ese objetivo de extinguir el contrato; por lo tanto, la indemnización carece por completo de finalidad disuasoria en estos casos.

En tercer lugar, la carencia de efecto disuasorio de la indemnización de despido es tanto una consecuencia de la estructura indemnizatoria elegida por el legislador, como de la opción legislativa de aplicar una fuerte reducción a las cuantías indemnizatorias. De un lado tenemos un despido tasado y sometido a una limitación máxima, que, tal como hemos señalado, sólo utiliza como criterios para el cálculo de la indemnización, el salario y la antigüedad del trabajador. Se obvia así todo un conjunto de elementos que facilitan la individualización de la situación del trabajador afectado por el despido imponiendo la uniformidad de tratamiento con independencia del desvalor jurídico que supone el comportamiento empresarial. Tales criterios de cálculo de la indemnización son perfectamente conocidos por el empresario, de manera que la indemnización es totalmente predecible, lo que facilita la decisión extintiva del empresario. Si a todo ello le unimos la notable reducción del coste del despido que supuso la reforma de 2012, se hace evidente cómo el legislador eliminó toda pretensión disuasoria de la indemnización por despido, con el único objetivo de facilitar al empresario una mayor capacidad extintiva. No debemos extendernos sobre esta cuestión, pues se trata de argumentos ya señalados, simplemente debemos ahora subrayar cómo este planteamiento ataca directamente a la posibilidad de que la indemnización pueda tener un verdadero y eficaz valor disuasorio.

Para terminar, debemos volver a esos trabajadores especialmente perjudicados por la ausencia de antigüedad en la empresa. Hemos comprobado la cuantía indemnizatoria media de estos trabajadores, y ello no hace sino evidenciar que estas indemnizaciones no tienen en estos casos ningún efecto disuasorio en el empresario. Parafraseando a la mencionada Sentencia nº 150/2020 de la Corte Costituzionale italiana, “*nei casi di*

anzianità di servizio modesta, non rappresenterebbe «una adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente»».

En definitiva, el paradigma normativo del despido improcedente debería ser el de la tutela del trabajador afectado. Sin embargo, nuestro ordenamiento carece de efectividad en este sentido y es, hoy, un ordenamiento protector de la capacidad extintiva del empresario. Existe un desequilibrio entre la tutela de los intereses laborales y empresariales que favorece claramente estos últimos. Debemos, en consecuencia, estimar que la indemnización debe configurarse como un obstáculo a esa facultad empresarial y no como un medio para que se ejerza dicha facultad⁵⁶.

6. Alternativas para una mejor tutela frente al despido improcedente

6.1. Planteamiento general

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 causa⁵⁷. 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 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 esta posibilidad, 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 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 posibilidades de actuación. Por ejemplo, se puede actuar sobre la titularidad del derecho de opción, que

⁵⁶ Sobre la necesidad de esta última finalidad, vid. BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Valor social del trabajo y el despido injustificado «agravado»”, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁷ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Valor social del trabajo y el despido injustificado «agravado»”, *op. cit.*, p. 2.

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 ante todo; pero también 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 tiene 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; lo que supondría eliminar buena parte de los defectos propios de nuestro sistema indemnizatorio tasado y limitado. También podría plantearse mantener la indemnización tasada a la que sumar una indemnización por daños y perjuicios cuando el trabajador los pudiera individualizar y probar.

Como vemos, existen diferentes alternativas a la hora de plantear una mejora sustancial en la tutela⁵⁸. Todas estas posibilidades dependen, como es lógico, del legislador y de su voluntad de incorporar estas cuestiones al ordenamiento laboral. Al respecto 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 hemos visto, incide directamente en la exigencia de una mejora de las condiciones de

⁵⁸ Desde una perspectiva diferente, vid. las propuestas de RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración”, *op. cit.*, p. 74 y 75.

tutela de los trabajadores despedidos. En todo caso, la regulación no se ha alterado, al menos, de momento⁵⁹.

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 que tiene una presencia residual y normalmente centrada en los representantes de los trabajadores.

La segunda alternativa que cabría, sería la de una tutela de carácter jurisprudencial. Al respecto debemos señalar cómo en momentos recientes encontramos resoluciones judiciales favorables a una mayor indemnización, añadiendo 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. A esta cuestión nos referimos a continuación.

6.2. Una tímida reacción jurisprudencial: el reconocimiento de una indemnización complementaria por daños y perjuicios

La posibilidad de otorgar al trabajador despedido una indemnización ha sido rechazada mayoritariamente por doctrina y jurisprudencia⁶⁰. Se considera por la doctrina laboral que la regulación en materia de indemnizaciones por despido supone una norma especial, que no deja lugar a la aplicación del ordenamiento común o de Derecho Civil, en materia de daños y perjuicios⁶¹; de otro lado, también se ha rechazado esta posibilidad por parte de la jurisprudencia⁶².

⁵⁹ No obstante, se ha señalado por la doctrina laboral algunas declaraciones procedentes del Ministerio de Trabajo sobre la necesidad de reformar la regulación del despido; así, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Despido y control de convencionalidad”, p. 244.

⁶⁰ Puede verse el análisis en GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad*, *op. cit.*, p. 118 y siguientes.

⁶¹ En este sentido podemos remitirnos a SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 48; de similar opinión, GARCÍA VIÑA, Jordi, “Las reclamaciones de daños y perjuicios por actos del empresario. Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 10 de abril de 1999”, *Actualidad Laboral*, nº 18, 2001, p. 446.

⁶² Vid. en este sentido la STS 11 de marzo de 2004 (rec. nº 3994/2002), que viene a reiterar la doctrina ya afirmada tiempo atrás por las SSTS 7 de febrero de 1991 (rec. nº 917/1990) y 23 de octubre de 1990 (rec. nº 527/1990) que, a su vez se remiten a jurisprudencia anterior de los años 80 del pasado siglo.

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 como la figura del despido fraudulento o abusivo, que si bien ha sido rechazada por el Tribunal Supremo, resurge, de tanto en tanto, entre Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia, y ante la más mínima oportunidad; tal como ha ocurrido con la “prohibición” de despido consecuencia del COVID-19⁶³.

Otro buen ejemplo de la insatisfacción que provoca la actual regulación en materia de indemnizaciones por despido lo encontramos en unas pocas sentencias (al menos por ahora), tanto de Juzgados de lo Social, como en algún Tribunal Superior de Justicia, que han puesto de manifiesto la posibilidad de abonar una indemnización complementaria en caso de ciertos despidos improcedentes. Voy a referirme, concretamente, a tres sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁶⁴, las de 23 de abril de 2021, nº 2273/2021 (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)⁶⁵. En ellas se admite de manera expresa que el sistema indemnizatorio español no es adecuado y que es posible una indemnización por daños y perjuicios, además de la indemnización legal; si bien, por diferentes circunstancias, no proceden en estos casos a imponer dicha indemnización complementaria (por ejemplo, por falta de prueba de tales daños y perjuicios). Estas sentencias recogen diferentes argumentos que favorecerían la posibilidad de la indemnización complementaria por daños y perjuicios:

- En primer lugar, que nuestro ordenamiento consagra una excepción, al admitir la indemnización por daños y perjuicios en caso 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 resultante de aplicar las reglas

⁶³ Nulidad que también ha sido rechazada recientemente por la STS nº 841/2022 de 19 de octubre (rec. nº 841/2022).

⁶⁴ Previamente a las mismas, puede acudirse a las SSJS nº 34 de Madrid nº 71/2020 de 21 de febrero (proc. nº 843/2019) y nº 26 de Barcelona nº 170/2020 de 31 de julio (proc. nº 384/2020).

⁶⁵ Vid. sobre las mismas y sobre otras sentencias que han comenzado a cuestionar la posibilidad de una indemnización complementaria por daños y perjuicios, AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La «indemnización adecuada» como reparación subsidiaria al despido injusto”, *op. cit.*, p. 6 y ss., LACOMBA PÉREZ, Ramón, “Nueva sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que admite la posibilidad de una indemnización adicional a la legal por despido improcedente”, *IUSLabor*, nº 3/2021, p. 174; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Despido y control de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 244.

legales, no tendría ningún efecto disuasorio y no sería adecuada. En este sentido se llega a afirmar que la indemnización resultante de la aplicación de los límites legales resulta, “prácticamente residual”.

- Lo anterior implica que la indemnización sería contraria a lo dispuesto por el artículo 10 del Convenio 158 OIT y al artículo 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. La respuesta es que debe acudirse a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, sobre Tratados y otros Acuerdos Internacionales, cuyo artículo 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 Trabajadores⁶⁶.
- Cuestión trascendental es determinar 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 (STC nº 140/2018, de 20 de diciembre de 2018), tal como resaltan estas sentencias: 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 Trabajadores⁶⁷.
- 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 una auténtica 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

⁶⁶ AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La «indemnización adecuada» como reparación subsidiaria al despido injusto”, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁷ Sobre la cuestión puede verse a. CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, “La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española”, *op. cit.*, p. 108; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: “La indemnización disuasoria por despido arbitrario”, *op. cit.*, p. 202; también p. 13 y 14.

ocurre lo mismo con el artículo 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 concluir 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 ciertos casos particulares, sería de aplicación una indemnización complementaria. Por tanto, no estaríamos ante 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”*.

Como vemos, las escasas manifestaciones existentes sobre la cuestión parecen haber apostado por una interpretación limitada, aplicando la solución de la indemnización complementaria sólo a casos excepcionales y más concretamente al supuesto del despido fraudulento⁶⁸. El hecho de que estos supuestos sean sancionados con la indemnización legal de 33 días de salario por año de servicio, evidencia la debilidad de la tutela del trabajador. Estaríamos 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; sirviendo también como mecanismo disuasorio o desincentivador de tan inapropiados comportamientos empresariales que suponen 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, desde mi punto de vista es evidente que existe un supuesto mucho más relevante que el despido fraudulento (al menos en términos cuantitativos) al que también debería aplicarse esta doctrina. Me refiero, como no, al despido de trabajadores con contrato temporal o con contrato indefinido, pero que haya tenido un corto período de prestación de servicios. Como hemos visto, los años de

⁶⁸ Vid. sobre este supuesto los comentarios de Joan AGUSTÍ MARAGALL a la SJS 26 de Barcelona nº 170/2020 de 31 de julio (proc. 384/2020), en AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La «indemnización adecuada» como reparación subsidiaria al despido injusto”, *op. cit.*, p. 15 y siguientes.

servicio tienen un efecto multiplicador de la indemnización, de manera que ante la ausencia de los mismos la indemnización será reducida o incluso muy reducida; por lo que difícilmente tendrá un efecto protector del trabajador, mucho menos desincentivador del despido sin justa causa. Es evidente que estos trabajadores sufren un grave problema de desprotección frente al despido, siendo sumamente fácil y barato el despido por la sola voluntad del empresario y sin causa alguna que lo justifique.

Como vemos el efecto de esta línea jurisprudencial es bastante limitado y, probablemente, ello se deba a que se es consciente de que la doctrina del TS es especialmente conservadora a la hora de admitir la incidencia de las normas internacionales en el ordenamiento interno, lo cual también es aplicable a la doctrina laboral en esta materia⁶⁹. Desde mi punto de vista esta interpretación “nacionalista”⁷⁰ de la regulación aplicable no es acertada respecto de la Carta Social Europea, tal como ya he señalado supra, por lo que debe ser criticada⁷¹.

6.3. Un antecedente a la posibilidad de compatibilizar más de una indemnización: el despido nulo

Pudiera parecer que al existir una indemnización legalmente regulada, ello veda por completo la posibilidad de compatibilizarla con indemnizaciones complementarias. Sin embargo, contamos con ejemplos de que ello no es así. De entrada, la regulación del despido improcedente 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 pese a su denominación, tienen atribuidos por la jurisprudencia su naturaleza indemnizatoria. Ciertamente hoy están prácticamente eliminados de nuestro ordenamiento, pero podemos encontrar más ejemplos: así, dentro del “*incidente de no readmisión*”, el artículo 281.2 LRJS señala que cuando en este incidente, el juez acuerde la extinción del contrato, además, deberá imponer el abono de la indemnización por despido improcedente, 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 adicional de hasta quince días*

⁶⁹ En este sentido DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel, “La interpretación y aplicación de la Carta Social Europea. En particular, en materia de extinción del contrato de trabajo”, *Documentación Laboral*, n° 125, 2022, p. 71 y 72.

⁷⁰ Como señala Cristóbal MOLINA NAVARRETE una especie de “patriotismo normativo” en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La función disuasoria de las garantías del empleo”, *op. cit.*, p. 211.

⁷¹ En este mismo sentido crítico, AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La «indemnización adecuada» como reparación subsidiaria al despido injusto”, *op. cit.*, p. 10; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La función disuasoria de las garantías del empleo”, *op. cit.*, p. 211 y 212; también SEOANE GARCÍA, Antonio, “La nulidad del art. 56 del estatuto de los trabajadores”, *op. cit.*, p. 17 y 18.

de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades”. Es decir, se añade la posibilidad de una indemnización complementaria. Desde mi punto de vista, estamos ante una indemnización por daños y perjuicios; no en vano, el propio precepto lo establece al señalar que la misma se genera en atención a las circunstancias concurrentes “*y a los perjuicios ocasionados*” (serían daños generados por la no readmisión o readmisión irregular, no los propios del despido sin causa).

No obstante, en los dos casos mencionados estamos ante indemnizaciones establecidas por el legislador, no han sido creadas jurisprudencialmente. Sin embargo, podemos encontrar un claro ejemplo en el que así ha ocurrido; me refiero a los despidos nulos por violación de derechos fundamentales o discriminación. En este caso el legislador no había previsto inicialmente más indemnización que los salarios de tramitación. Sin embargo, la jurisprudencia de comienzos del siglo XX comenzó a plantearse la necesidad de satisfacer los daños irrogados al trabajador como consecuencia de la violación de los derechos generados por el despido⁷². 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), pero es innegable el origen jurisprudencial de esta indemnización.

A tenor de la regulación señalada, 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 discriminatoria o en violación de un derecho fundamental. Pero, además, expresamente el legislador señala en el artículo 183.3 de la LRJS, 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. 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

⁷² Podemos retrotraernos a la STS de 12 de junio de 2001 (rec. nº 3827/2000), que señalaba expresamente que “*(t)ampoco 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*”.

interesante pues pretende resolver el principal problema que se plantea en las indemnizaciones por daños y perjuicios: la prueba de los mismos. El apartado 2º del artículo 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 lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño*”⁷³. Por lo tanto, se atribuye al juez la potestad de fijar la cuantía indemnizatoria. Se simplifica la posición del trabajador demandante en estos casos, de manera que no será necesaria una total precisión en la cuantificación y prueba de los daños, pues el juez deberá fijar la cuantía de manera prudencial, pero con el objetivo de obtener una plena satisfacción del trabajador⁷⁴. 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 LISOS⁷⁵.

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 daño⁷⁶. La cuestión, como hemos visto también es enormemente relevante, pues desde nuestro punto de vista, la

⁷³ Sobre la evolución de la doctrina jurisprudencial respecto de la necesidad de prueba de los daños morales, o el criterio de la automaticidad en la indemnización una vez demostrada la existencia de la violación del derecho fundamental (en la actualidad y según lo dispuesto por el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se impone el criterio de la automaticidad), vid. LÓPEZ TERRADA, Eva, “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, *Lex Social*, vol. 11, nº 1, 2021, p. 11 y siguientes. Vid. también MORALES VALLEZ, Concepción Esther, “Sobre la indemnización adicional derivada de la vulneración de derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 214/2022, de fecha 09/03/2022, recaída en el Recurso nº 2269/2019”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2022 (versión digital).

⁷⁴ MONEREO PÉREZ, José Luis, “Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo «prudencial» de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3, 2022, p. 5 a 11.

⁷⁵ Vid. LÓPEZ TERRADA, Eva, “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 18 y siguientes.; MORALES VALLEZ, Concepción Esther, “Sobre la indemnización adicional derivada de la vulneración de derechos fundamentales”, *op. cit.* (versión digital); también SÁEZ LARA, Carmen, “Despido, vulneración de la garantía de indemnidad del art. 24 CE e indemnización del daño moral. Comentario a la STSJ de Galicia, de 17 de noviembre 2020 (JUR 2021, 4187)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 244, 2021, p. 285. En la jurisprudencia española puede verse la STS nº 768/2017 de 5 de octubre (rec. nº 2497/2015).

⁷⁶ LÓPEZ TERRADA, Eva, “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 27.

indemnización debe servir también para disuadir de un uso incorrecto de la capacidad extintiva⁷⁷.

7. La prueba del daño

Si el legislador opta por incorporar una indemnización por daños y perjuicios (única o complementaria de la indemnización tasada), o la jurisprudencia la facilita; una cuestión que va a resultar esencial es la prueba de los mismos, pues no es factible condenar al pago de daños que no hayan sido probados⁷⁸.

Ello puede suponer cierta 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. Desde este punto de vista no resulta difícil defender que, dadas estas dificultades, el sistema tasado sea más favorable también para el trabajador. Sin embargo, basta comprobar la cuantía media de las indemnizaciones por despido improcedente (ya señaladas *supra*) 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 actual⁷⁹.

Será necesario, ciertamente, un reciclaje o adaptación de los actores jurídicos, habituados a un sistema indemnizatorio de carácter exclusivamente tasado, para comenzar a utilizar los instrumentos civiles de cuantificación de daños⁸⁰. Es necesario, por tanto, olvidar la automaticidad en el cálculo de las indemnizaciones y analizar las concretas circunstancias de cada extinción sin justa causa.

Desde mi punto de vista, aceptado que es necesaria la prueba del daño sufrido para que este sea indemnizado, debemos señalar qué elementos podemos utilizar a la hora de calcular una indemnización por daños y perjuicios⁸¹. De entrada, hay un parámetro esencial que debe ser tenido en cuenta necesariamente: la situación del mercado de

⁷⁷ Vid. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La indemnización disuasoria por despido arbitrario”, *op. cit.*, p. 188. Este mismo autor en “La función disuasoria de la indemnización”, *op. cit.*, p. 199 y ss. De igual manera RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Jesús, “La indemnización por daños y perjuicios morales en el despido de la trabajadora embarazada. Una polémica muy viva”, *La Ley Digital*, nº 13761, 2021, p. 4 (versión digital).

⁷⁸ LACOMBA PÉREZ, Ramón, “Nueva sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña”, *op. cit.*, p. 174.

⁷⁹ En este mismo sentido MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La función disuasoria de la indemnización”, *op. cit.*, p. 210.

⁸⁰ SELMA PENALVA, Alejandra y MIRAS MARÍN, Norberto, “La nueva teoría de la indemnización creciente”, *op. cit.*, (versión digital).

⁸¹ Sobre esta cuestión puede verse SELMA PENALVA, Alejandra y MIRAS MARÍN, Norberto, “La nueva teoría de la indemnización creciente”, *op. cit.* (versión digital).

trabajo, que genera una determinada expectativa del trabajador de encontrar un nuevo puesto de trabajo. A efectos indemnizatorios, dicha expectativa puede cuantificarse en términos de salario medio del sector, a percibir durante la duración media del período de transición a un nuevo empleo; es decir, utilizar 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.

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 puede ser las circunstancias personales (especialmente económicas) y las familiares (las cargas familiares que recaen sobre el trabajador injustamente despedido).

Otro elemento 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.

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 domicilio⁸².

Otra posible cuestión a barajar en el cálculo de la indemnización sería la necesidad de tener que realizar ciertas inversiones para poder desarrollar el trabajo (compra de un vehículo, por ejemplo).

Por supuesto, también sería posible indemnizar por daños morales, especialmente en aquellos casos en los que no exista causa alguna para despedir, tal como ocurre en el caso de los despidos fraudulentos. Más aún, en estos casos tiene especial sentido que la indemnización no sólo tenga en cuenta tales daños morales, sino también la finalidad preventiva o disuasoria, que supone erradicar el comportamiento fraudulento del empresario.

⁸² Así ocurrió con la mencionada SJS nº 26 de Barcelona nº 170/2020 de 31 de julio (proc. 384/2020).

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.

8. Bibliografía

AGUSTÍ MARAGALL, Joan, “La «indemnización adecuada» como reparación subsidiaria al despido injusto en el artículo 10 del Convenio 150 de la OIT”, *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 228, 2021, p. 6-30.

BAYLOS GRAU, Antonio, “Despido injustificado e indemnización: marco regulador deficiente y reforma necesaria”, *Revista de Derecho Social*, nº 93, 2021, p. 7-16.

BAYLOS GRAU, Antonio, “La reforma del despido”, *Revista de Derecho Social*, nº 95, 2021, p. 13-36.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, Ignacio, “Valor social del trabajo y el despido injustificado «agravado»: la indemnización complementaria a la legal tasada como instrumento de «disuasión marginal»”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 10, nº 1, 2022, p. 39-68.

CABEZA PEREIRO, Jaime, “La devaluación de las garantías del empleo: el reducido control de la decisión unilateral del empresario”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, nº 40, 2022, p. 57-76.

CRISTÓBAL RONCERO, Rosario, “La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española”, *Documentación Laboral* nº 125, 2022, p. 103-116.

D’ANTONA, Massimo, “La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori”, en *Massimo D’Antona. Opere. Volume Terzo. Scritti sul Diritto del Lavoro. Tomo I. Licenziamento Individuale*, Giuffrè Editore, Milán, 2000.

DÍAZ RODRÍGUEZ, Juan Miguel, “La interpretación y aplicación de la Carta Social Europea. En particular, en materia de extinción del contrato de trabajo”, *Documentación Laboral* nº 125, 2022, p. 57-74.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús, “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 147, 2020, p. 325-351.

GARCÍA VIÑA, Jordi, “Las reclamaciones de daños y perjuicios por actos del empresario. Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 10 de abril de 1999”, *Actualidad Laboral*, nº 18, 2001, p. 425-453.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*, Civitas, Madrid, 1995.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad. Un estudio sobre la eficacia del despido disciplinario ilícito*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “Extinciones pandémicas: el despido en la era COVID-19”, *Trabajo y Derecho* nº 81, 2021, p. 1-40.

LACOMBA PÉREZ, Ramón, “Nueva sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que admite la posibilidad de una indemnización adicional a la legal por despido improcedente”, *IUSLabor* nº 3, 2021, p. 173-175.

LÓPEZ TERRADA, Eva, “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”, *Lex Social*, vol. 11, nº 1, 2021, p. 2-39.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La función disuasoria de la indemnización por despido arbitrario: contenido esencial «olvidado» del Derecho al Trabajo”, *Revista de Derecho Social* nº 93, 2021, p. 199-218.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 451, 2020, p. 185-208.

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.

MONEREO PÉREZ, José Luis, “Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo «prudencial» de cuantificación de la indemnización”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 3, 2022, p. 1-15.

MORALES VALLEZ, Concepción Esther, “Sobre la indemnización adicional derivada de la vulneración de derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo nº 214/2022, de fecha 09/03/2022, recaída en el Recurso nº 2269/2019”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2022, p. 1-5.

NAPOLI, Mario, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Agnelli Editore, Milán, 1980.

RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Jesús, “La indemnización por daños y perjuicios morales en el despido de la trabajadora embarazada. Una polémica muy viva”, *La Ley Digital*, nº 13761, 2021, p. 1-5.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”, *Labos*, vol. 2, nº 3, 2021, p. 60-76.

SÁEZ LARA, Carmen, “Despido, vulneración de la garantía de indemnidad del art. 24 CE e indemnización del daño moral. Comentario a la STSJ de Galicia, de 17 de noviembre 2020 (JUR 2021, 4187)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 244, 2021, p. 279-286.

SELMA PENALVA, Alejandra y MIRAS MARÍN, Norberto, “La nueva teoría de la indemnización creciente ¿Cómo tributan las cantidades percibidas? Aspectos laborales y tributarios derivados del incremento jurisprudencial de la indemnización por despido improcedente”, *Revista Española de Derecho Financiero CEF*, nº 192, 2021, p. 179-216.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

SEOANE GARCÍA, Antonio, “La nulidad del art. 56 del estatuto de los trabajadores”, *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, nº 211, 2020, p. 6-33.

VALDÉS DAL-RE, Fernando, “Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2001, p. 127-134.