

EL COSTE DEL DESPIDO INJUSTO EN ESPAÑA Y SU RECONFIGURACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

THE COST OF UNFAIR DISMISSAL IN SPAIN AND ITS RECONFIGURATION IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW

Vicente Pedro Lafuente Pastor¹

 <https://orcid.org/0000-0003-0091-450X>

Resumen

En el derecho del trabajo español, el despido improcedente es el no fundado en las causas que habilita al empresario para despedir, bien por motivos disciplinarios, bien por causa del funcionamiento de la empresa. También es el realizado sin respetar los requisitos formales establecidos. Cuando el despido es declarado improcedente, el empresario puede optar entre la readmisión del trabajador o, más frecuentemente, el abono de una indemnización topada en sus importes máximos en función de un baremo que tiene dos componentes automáticos: el salario y la antigüedad en la empresa. La norma laboral española sobre despido, pero también otras europeas como la francesa o la italiana están concitando una oposición creciente debido a su posible falta de encaje con normas internacionales, como la Carta Social Europea o el Convenio número 158 de la OIT, que exigen que la indemnización por despido sea adecuada, por lo que debe resarcir al trabajador de los perjuicios causados y ser disuasoria. La institución del control de convencionalidad cobra especial importancia como herramienta jurídica de inaplicación de la norma interna en favor de la internacional.

Palabras clave: despido; improcedencia; control de convencionalidad; indemnización adecuada.

Abstract

In Spanish Labour Law, unfair dismissal is one that is not based on the reasons that enable the employer to dismiss, either for disciplinary reasons, or because of the operation of the company. It is also the one carried out without respecting the established formal requirements. When the dismissal is declared unfair, the employer can choose between reinstating the worker or, more frequently, the payment of compensation capped at its maximum amounts according to a scale that has two automatic components: salary and seniority in the company. The Spanish labor law on dismissal, but also other European ones such as the French or the Italian are attracting a growing opposition due to their possible lack of fit with international standards, such as the European Social Charter or ILO Convention number 158, which require that compensation for dismissal be adequate, so it must compensate the worker for the damages caused and be dissuasive. The

¹ Universidad de Zaragoza
Zaragoza-España
Correo: vlafuent@unizar.es

Recibido: 25-04-2023
Aceptado: 21-06-2023

institution of the control of conventionality takes on special importance as a legal tool for the non-application of the internal norm in favor of the international one.

Keywords: dismissal; unfairness; conventionality control; adequate compensation.

Introducción

El despido injustificado se denomina en la legislación laboral española como improcedente. En el momento presente, de la mano de la ratificación en 2021 por España de la Carta Social Europea, en su revisión de 1996 (Márquez, 2017), este instrumento internacional está gozando de una notoriedad sobresaliente, abriéndose el debate sobre la conveniencia de reformar el derecho positivo interno, en este caso el Estatuto de los Trabajadores, o de aplicar directamente el artículo 24 de la Carta, de dicción similar al artículo 10 del Convenio núm. 158 OIT.

La Carta Social Europea (1961), en su revisión de 1995 y por consiguiente en su artículo 24, sólo es directamente aplicable desde la ratificación por el Gobierno Español, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 11 de junio de 2021. Esa aplicación directa por los jueces nacionales debería ser además preferente en caso de colisión o discrepancia con una norma interna (artículo 96 de la Constitución española).

El artículo 24 b) de la Carta Social Europea (revisada) reconoce *el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada*. El debate sobre su significado debe tener en cuenta la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales, como órgano del Consejo de Europa que interpreta y aplica la Carta. La adecuación implicaría resarcir íntegramente el daño producido, ello en referencia a despidos no fundados, y ser disuasorio de decisiones empresariales extintivas basadas en la rentabilidad del incumplimiento unilateral del contrato. El alcance de esta norma europea, así interpretada, casa mal con un despido baremado y con topes máximos, como el improcedente en España.

La línea evolutiva paralela de varios países europeos es constatable, contemplando la evolución de las reformas laborales de España, Finlandia, Francia o Italia, promulgadas a raíz de la crisis financiera de 2007, y su leitmotiv común de flexibilización y minoración de las garantías en caso de despido injusto. Frente a ello, la firma y ratificación de estos Estados europeos del Convenio citado núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, sobre todo, de la Carta Social Europea revisada (CSE-r), están produciendo una reacción inversa, garantista de los

derechos laborales, en forma de pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), de valor cuasi jurisdiccional, que vinculan a los Estados adheridos en su labor de interpretar las disposiciones de la Carta Social Europea, código de normas sociales imbricadas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, emitidos a instancia de organizaciones sociales, principalmente sindicatos, mediante el procedimiento de reclamaciones colectivas.

En concreto, el derecho interno español podría estar contraviniendo el ordenamiento jurídico internacional, suscrito y ratificado en la forma debida por el Estado español. Los preceptos que cuestionarían la aplicación del Estatuto de los Trabajadores (artículo 56 ET) enfatizan la exigencia causal del despido: así, los artículos 4 y 10 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, el artículo 24 de la Carta Social Europea, revisada en 1995, o el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Muy especialmente, son contundentes en su doctrina las Decisiones sobre el fondo planteadas por organizaciones sindicales europeas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, que ha concluido con la falta de acomodo de los derechos nacionales de Finlandia, Italia o Francia a lo prescrito en el artículo 24 CSE-r.

Desarrollo

El dilema aplicativo de la normativa laboral

El derecho a una indemnización suficiente debe responder adecuadamente a los daños que sufre el trabajador. Esa es la tesis contenida en el Derecho supranacional, como hemos visto. El artículo 24 de la Carta Social revisada, establece que:

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio.

Consagrando el apartado b), que es que suele invocarse mayoritariamente, *el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.*

Y el convenio número 158 de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo, establece en su artículo 10 que:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio [organismo neutral como tribunal, tribunal de trabajo, junta de arbitraje o árbitro] 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.

Por tanto, parece que hay argumentos suficientes, en forma de legislación común e instrumentos internacionales, para determinar la aplicabilidad directa y la concreción de esa *indemnización adecuada o reparación apropiada*. La *reparación apropiada* no es estrictamente la restitución íntegra del daño civilístico, pero debiera obligar a un esfuerzo de interpretación no cicatera, tanto al legislador nacional, como al órgano controlador de su constitucionalidad.

La previsibilidad que es regla común en los ordenamientos jurídicos europeos al adoptar unos límites máximos para el despido puede no estar exenta de legitimidad. Consiste, para el empleador, en calcular previamente el monto de la indemnización a la que estaría expuesto en caso de despido sin causa real y grave. Se supone que debe evitar el pago de una compensación inesperada que probablemente cause dificultades económicas a la empresa. Es cierto que no puede haber una protección adecuada con un déficit en el desempeño económico de la empresa. Y, sin embargo, la fijación del límite de la indemnización por despido claramente se hace para eludir el derecho a una indemnización adecuada por el daño sufrido injustamente por el empleado despedido, impidiendo al mismo tiempo el arbitrio judicial y la aplicación del principio de proporcionalidad, y dando el visto bueno a que un acto contrario a derecho (el despido sin causa seria y fundada) sea objeto de previsión financiera.

En la tesis de esta exposición, la controversia está servida. Debe reflexionarse sobre si se puede mantener incólume la legislación positiva española que, desde el Estatuto de los Trabajadores de 1980, sanciona el despido improcedente con una indemnización económica baremada en función del salario del trabajador y de la antigüedad en la empresa. Y ello, ante el espejo de una normativa internacional, ratificada por el Estado español que exige, primero, la

adecuación de esa indemnización a los daños producidos por el despido injusto; segundo, su carácter apropiado, que no puede descartar la readmisión del trabajador como sanción, al menos en algunos supuestos; tercero, su carácter disuasorio, para que un despido sin causa real, fraudulento o abusivo no tenga un carácter beneficioso para el empleador.

El refuerzo más notable de la tesis internacionalista ha venido dado por la pretensión de aplicación directa del artículo 24 CSE-r, sumado a la beligerancia de las Decisiones del CEDS, muy favorables al descarte de las normativas internas que no despliegan los efectos directos y de alcance amplio pretendidos por la Carta.

Así las cosas, según Jimena (2022) “el valor jurídico de las Decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales está cada vez más consensuado por la doctrina”. Como manifestación primaria de la Carta Social Europea, la fuerza vinculante de sus resoluciones son consecuencia del carácter imperativo del Tratado. La Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) núm. 4 de Toledo de 18 de febrero de 2022, núm. 54/2022 considera, por ejemplo, que “la Carta Social Europea es una norma que forma parte de Derecho interno y que tiene el mismo valor vinculante que los Tratados de la Unión Europea”. Esta tesis se reafirmaría por la aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, pero también por la propia regulación citada en la Constitución española. La naturaleza preceptiva de la CSE como tratado internacional se extendería también a sus resoluciones que, en el plano nacional de vinculación a los poderes públicos, integraría el mecanismo del control de convencionalidad, y en el ámbito del propio tratado europeo, afectaría al Comité de ministros y organigrama del Consejo de Europea.

La normativa internacional iuslaboralista en materia de despido injustificado

Hay que reconocer que existe una contradicción manifiesta entre el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y los tratados internacionales afectantes, el Convenio OIT núm. 158 de 1982, y el artículo 24 CSE revisada de 1996. La primera consideración que merecen ambos instrumentos internacionales es su gran semejanza. Ello no es casual, dado que los propios informes previos a la revisión de la Carta reconocen como referencia lo dispuesto en el Convenio de la Organización Internacional de Trabajo. En relación con el artículo 10 del Convenio 158 OIT, ya se ha visto que 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 se pudiera anular la terminación y ordenar o proponer la readmisión del trabajador, rige la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada. Conceptos jurídicos indeterminados, el de indemnización adecuada y reparación apropiada, cuyo alcance deberá concretarse en las propias resoluciones judiciales.

Por su parte, el artículo 24 CSE, revisada en 1996, regula el derecho a la protección en caso de despido, estableciendo que “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las partes se comprometen a reconocer: “b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”.

La Carta Social Europea original (CSE) fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, mediante instrumento de 29 de abril (BOE 26 junio 1980) entrando en vigor en España el 5 de junio de ese mismo año. Su Parte II contiene un amplio rango de derechos laborales y sociales. Previamente a la regulación de esos derechos, se establece la regla siguiente: “Las partes contratantes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes”. Por tanto, parece claro la vinculación jurídica de sus preceptos, siguiendo las pautas fijadas en la Parte III.

De la aplicación conjunta del artículo 96 de la Constitución española y de lo dispuesto en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, se desprende que los tratados internacionales son de aplicación directa, a menos que de su texto se deduzca que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes, tal y como reza el artículo 30.1 de la Ley 25/2014.

El objeto de regulación en la CSE es el despido sin razón válida, similar a la extinción del contrato de trabajo injustificada que señala el Convenio OIT. Igualmente, que éste, reconoce el derecho a lo que serán constantes aplicativas en las Decisiones del CEDS y en los propios tribunales nacionales de los Estados firmantes. Por un lado, se requiere que la indemnización sea adecuada; por otro, se abre la posibilidad de otra reparación, siempre que sea apropiada. En principio, acudiendo al diccionario de la Real Academia de la Lengua española, adecuado es apropiado para alguien o algo. Serían términos sinónimos. Adecuar, además, es “adaptar algo a las necesidades o condiciones de una persona o de una cosa”, lo que indica que una indemnización

adecuada debe adaptarse a las necesidades o condiciones de la persona trabajadora, es decir, debe singularizarse en ciertos casos. Esa flexibilidad o ajuste no se corresponde con criterios automáticos en función, por ejemplo, de la antigüedad en la empresa, como ocurre en el caso de España y otros muchos países. Lo mismo ocurre cuando se habla de la *reparación apropiada*, que gramaticalmente lleva a la necesidad de que sea ajustado y conforme con las condiciones o necesidades de alguien, en este caso, la persona despedida y, por ello, requiere una cierta individualización, que tenga también en cuenta la onerosidad del despido y el perjuicio causado. Pues se hace referencia a la compensación que trae causa de un hecho injusto que pone fin infundadamente a una obligación jurídica personalísima y sinalagmática, como es el caso de la relación laboral.

Por último, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010), promulgada con ocasión del Tratado de Lisboa, adapta y sustituye a la proclamada el 7 de diciembre de 2000. Aunque no forma parte de los Tratados de la Unión Europea (UE), por remisión del artículo 6 del Tratado de la UE, es vinculante para todos los Estados miembro. Y así, se dice, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. En su Preámbulo, la CDFUE reafirma los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que integra en su acervo jurídico los compromisos internacionales de los Estados y las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa. En su artículo 30 dispone que “todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Por lo que, en la remisión que se hace en la Exposición de Motivos a integrar las Cartas Sociales adoptadas tanto por la Unión como por las Cartas sociales del Consejo de Europa, acoge las mismas disposiciones vistas del Convenio de la OIT y de la CSE-r

El Derecho comparado. El valor de la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)

El caso de Finlandia

Como primer hito, se trae a colación a la Queja 106/2014, en el caso de la Finnish Society of Social Rights (Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales) contra Finlandia, con decisión sobre su admisibilidad y fondo de la cuestión de 8 de septiembre de 2016. Finlandia había dado una nueva redacción a la Employment Contracts Act 55/2001 mediante la Act 398/2013. La Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales argumenta que la situación en Finlandia es contraria al artículo 24 de la Carta por dos motivos: la cuantía de la indemnización que pueden sancionar los jueces no puede superar el equivalente a 24 mensualidades de salario, y la ley finesa no prevé posibilidad alguna de reintegro en caso de despido improcedente.

El CEDS resuelve sobre la admisibilidad y el fondo en decisión citada de fecha 8 de septiembre de 2016, y determina que la limitación legal máxima de 24 meses de retribución prevista en la Ley finlandesa es una compensación insuficiente y está en contra del artículo 24 de la Carta, por ser inadecuada “to make good the loss and damage suffered” (para compensar la pérdida y el daño sufridos). Este límite máximo no satisface el resarcimiento del daño sufrido por la pérdida del empleo, por lo que no es suficientemente disuasivo, se dice. Para garantizar que las indemnizaciones sean adecuadas o apropiadas, el juzgador debe poder valorar todas las circunstancias presentes en cada caso, sin sujeción a márgenes. En la Ley española, el vigente Estatuto de los Trabajadores, establece un tope idéntico de 24 mensualidades para el despido improcedente, por lo que las semejanzas con el caso finés son evidentes.

En cuanto al segundo motivo, referente a que la normativa contemple como posible consecuencia jurídica en caso de despido improcedente el reintegro del trabajador, el CEDS declara que, si bien es cierto que el artículo 24 de la Carta no se refiere expresamente al reintegro, sí se refiere a una indemnización u otro remedio adecuado. El Comité considera que otra reparación adecuada debería incluir la restitución como uno de los recursos disponibles para los tribunales nacionales. Corresponde a los tribunales decidir si la recolocación es adecuada, en función del caso particular.

El precedente de Italia

La decisión sobre el fondo del asunto de 11 de septiembre de 2019, en la Reclamación 158/2017, Asunto CGIL contra Italia, aborda la adecuación de las indemnizaciones previstas por despidos improcedentes en el sector privado, a raíz de la publicación del Decreto Legislativo número 23/2015 “*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (plafond progressivo)*”, norma integrada en la reforma laboral, promovida por el Gobierno de Renzi, a través de varias disposiciones legislativas que pretendían flexibilizar el mercado de trabajo.

El Comité Europeo de Derechos Sociales, en su Decisión de 11 de septiembre de 2019, ampara la pretensión del sindicato italiano Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), determinando que la asignación global por despido injusto sobre la base exclusiva de la antigüedad de los años de servicio, para los trabajadores contratados después del 7 de marzo de 2015, por aplicación del citado Decreto Legislativo núm. 23/2015, es contraria a la CSE, en tanto que el juzgador no podía evaluar el daño realmente infringido al trabajador, por lo que debía poder complementar esa cantidad, si lo estimaba necesario.

Aunque hay que decir que esta naturaleza automática del cálculo del importe de las indemnizaciones ya no es absoluta en Italia, tras la sentencia del Tribunal Constitucional italiano número 194/2018, autorizando al juez a sopesar otros criterios, amén de la antigüedad en la empresa, como el número de trabajadores, tamaño de la empresa, conducta de las partes, etc. Pero subsiste íntegramente otros motivos de queja como los topes máximos de la indemnización en los despidos ilegales, o las restricciones para proceder a la readmisión del trabajador en la empresa, unido a la pobre protección social de los trabajadores despedidos, y el uso abusivo de los mecanismos de conciliación, como herramienta que favorece principalmente al empresario. Y ello en un marco jurídico-laboral, como el italiano, que modula de forma extraordinaria las tipologías de despidos y sus consecuencias jurídicas.

El Comité recuerda que la CSE establece que los despidos ilegales deben obtener una compensación apropiada, y la posibilidad de readmisión o, al menos, una indemnización que permita disuadir al empleador de utilizar indebidamente el despido, así como compensar el daño sufrido al trabajador. El CEDS considera, por todo ello, que los límites máximos o techos indemnizatorios que desvinculan la indemnización fijada del daño sufrido, no es disuasoria y, por

tanto, sería contraria al artículo 24 de la Carta, como de alguna manera ya viene a decir también la sentencia del Tribunal Constitucional 194/2018.

La otra cuestión que se opondría a la Carta es el sistema de conciliación extrajudicial. La evitación del proceso judicial para descargar de trabajo a los tribunales, buscando una solución autónoma del conflicto, es legítima, pero el CEDS cuestiona que ello se haga a expensas de los derechos subjetivos que ampara la Carta. Por esos dos motivos, el CEDS considera admisible la queja del sindicato italiano, confirmando la tesis de la no conformidad con el artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada).

El Comité va a reprochar que no sólo no se permita la reincorporación del trabajador, salvo supuestos excepcionales, en una vuelta de tuerca regresiva al famoso artículo 18 del *Código di Lavoro* italiano, sino que las indemnizaciones previstas, distintas según los supuestos, no cubran las pérdidas económicas sufridas por el trabajador, y tampoco puedan complementarse con el resarcimiento por daños y perjuicios previsto para la responsabilidad civil en el artículo 1418 del Código Civil italiano.

En este contexto, la decantación hacia los cánones económicos empresariales en lo debería ser un ejercicio de justicia conmutativa en los despidos, impide ahorrar los intereses en juego de forma equilibrada. Al juzgador italiano (mediante la promulgación de la «Jobs Act») y al español (mediante la reforma laboral de la Ley 3/2012), se les quiere poner trabas para elegir el modo de restitución y modular la cuantificación del daño al trabajador despedido. Se trata, por el legislador, de apostar por un resarcimiento predeterminado y con techos legales, por lo que no podemos decir que estemos ni ante una tutela específica, ni ante una tutela «per equivalente» (Perulli, 2019).

La reclamación de los sindicatos franceses

Posteriormente a la Reclamación colectiva del CGIL italiano, tuvieron lugar las Reclamaciones 160/2018 (CGT-FO c. Francia) y 171/2018 158/2017 (CGT c. Francia), de los sindicatos franceses Confédération Générale du Travail (Confederación General del Trabajo), y Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (Fuerza Obrera) en un doble escenario, la OIT y el CEDS.

Respecto del primero, la Organización Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración de la OIT, mediante informe del director general, adoptó, con fecha 16 de febrero de 2022, el que daba respuesta a la reclamación interpuesta el 31 de enero de 2017 por ambos sindicatos franceses. Los agentes sociales denunciaban la vulneración por parte del Estado francés del Convenio número 158 OIT, con motivo de la promulgación de la orden número 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, relativa a la previsibilidad y la protección de las relaciones de trabajo (Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail), que modificó el artículo L1235-3 del Código del Trabajo francés (plafonnement des indemnités pour licenciement abusif).

Con la modificación, los jueces pierden su capacidad de arbitrio para determinar la indemnización del trabajador en caso de despido injusto, atendiendo al perjuicio causado, estableciéndose unos rangos u horquillas como método de valoración. El Comité de la OIT afirma que dicho método no garantiza siempre que el perjuicio causado sea reparado, atendiendo a parámetros como la antigüedad del trabajador, la posibilidad de encontrar nuevo empleo, o la situación familiar, entre otros factores. También el carácter limitativo de la horquilla, que impide superar los 20 meses de indemnización, refuerza el impedimento para que el juez pueda tener en cuenta situaciones individuales.

Con todo, el Comité de la OIT no es taxativo en cuanto a la no conformidad de la norma francesa con el artículo 10 del Convenio 158 OIT, indicando de forma ambigua que «la conformidad de una escala y, por tanto, de un tope máximo, con el artículo 10 del Convenio depende de que se garantice una protección suficiente a las personas injustamente despedidas y de que se abone, en todos los casos, una indemnización adecuada, recomendando al Gobierno francés que supervise conjuntamente con los agentes sociales, a intervalos regulares, la aplicación de la norma para comprobar que los despidos se indemnizan teniendo en cuenta la reparación adecuada que prescribe el artículo 10 OIT. Para entender este informe, no debe perderse de vista el carácter tripartito de la Organización (representaciones gubernamentales, sindicales y empresariales) y su derivada de compondor de intereses contrapuestos. Los Convenios a menudo adolecen de un carácter programático, abierto y proclive al consenso, y sus órganos de control deben consensuar opiniones enfrentadas y ofrecer textos asumibles por todos.

En cuanto al segundo de los escenarios, el del Comité Europeo de Derechos Sociales, el pronunciamiento es menos transaccional y más concluyente. Mediante la Decisión de fondo de 23 de marzo de 2022 se concluye la vulneración del artículo 24b de la CSE. Los sindicatos franceses denunciaban las reformas en la ordenación del despido llevada a cabo por la citada Ordenanza núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, relativa a la previsibilidad y protección de las relaciones de trabajo, modificando al artículo L.1235-3 del Código del Trabajo. (plafonnement des indemnités pour licenciement abusif).

Con anterioridad a esta norma, los jueces, en la estimación de las indemnizaciones atendían al perjuicio causado. Había importes mínimos indemnizatorios (6 meses de salario) pero no máximos en los despidos sin causa real y grave. El nuevo Artículo L.1235-3 (y sus párrafos) del Código del Trabajo modificado por el artículo 2 de la Ordenanza núm. 2017-1387 y el artículo 11 de la Ley núm. 2018-217 va a disponer la posibilidad de readmisión del trabajador, aunque cualquiera de las partes puede oponerse, con lo que el juez determinará entonces una indemnización con unas horquillas mínimas y máximas establecidas, según la antigüedad del trabajador y el número de trabajadores de la empresa.

El Comité, siguiendo su propia doctrina que trae causa de la Decisión del caso Sociedad finlandesa de derechos sociales vs. Finlandia, Queja núm. 106/2014, en la que ya expresaba que el límite máximo de 24 meses previsto por la legislación finlandesa era insuficiente porque no permitía otorgar una compensación adecuada, tal y como prescribe el artículo 24 de la Carta, reitera que, siendo que en la legislación francesa el límite máximo no supera los 20 meses y sólo se aplica a partir de los 29 años de antigüedad, debe predicarse la misma insuficiencia. La escala es menor para los empleados con poca antigüedad y para los que trabajan en empresas de menos de 11 empleados.

Además, la propia previsibilidad de la indemnización la convierte en una rémora para evitar los despidos frente a otras medidas menos traumáticas. Se convierte en un incentivo para que los empleadores despidan injustificadamente, realizando un estudio apriorístico de coste-beneficio, analizando la carga financiera que representa. Finalmente, el tope máximo de la escala de indemnizaciones impide al juzgador conceder indemnizaciones superiores que tengan en cuenta la situación personal del trabajador. Estos límites máximos previstos en el artículo L.1235-3 del código del Trabajo no serían suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima

y, por ello, no son disuasorios para evitar un despido injustificado. Además, el juez tiene sólo un estrecho margen de maniobra en el examen de las circunstancias individuales de los despidos injustificados.

La reforma francesa intenta incentivar la certidumbre empresarial y facilitar la contratación. Pero ligar la indemnización por despido injustificado o incluso ilícito a las previsiones económicas de cálculo sobre la rentabilidad de realizar un acto contrario a derecho, parece criticable. Lo que ocurre cuando el empresario sabe la indemnización máxima que, en todo caso, debe sufragar. Se trata con la reforma de reducir el poder discrecional de los jueces (Jeammaud, 2017).

Debe recordarse que la Carta Social Europea se constituye en instrumento complementario del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la esfera de los derechos sociales y económicos. Como texto internacional, es jurídicamente vinculante para los Estados que la firman y ratifican. Francia firmó la Carta revisada en 1996 y la ratificó en 1999. En todo caso, la voluntad de legislador francés, bendecida por el interés general al que apela el Consejo Constitucional, es evitar indemnizaciones imprevisibles, dispares o que constituyan una losa para la viabilidad de la empresa. Pero es evidente que ese objetivo puede obtenerse cabalmente, confiando en una jurisprudencia que tiende a asentar su criterio judicial en razones ponderadas. No es, por ello, extraño que se haya generado cierta rebeldía en los tribunales laborales franceses, mediante sentencias contrarias a estos planteamientos uniformizadores y tasados que cercenan la restitución íntegra de los perjuicios causados al trabajador (Dagbedji, 2020).

Estas resoluciones judiciales pugnan por volver a la situación anterior a la reforma, en las que los jueces tenían el poder de controlar la adecuación de la indemnización a los perjuicios causados al trabajador. Para ello, algunos tribunales invocan el control de convencionalidad: Conseil des Prudhommes de Lyon, 21 de diciembre de 2018, n° 18/01238 y Conseil de Prud'hommes des Sables d'Olonne de 28 de junio de 2021, n° 19/00053. Se trata de no favorecer a los incumplidores de los contratos laborales frente a las víctimas, lo que resulta inequitativo (Tribunal laboral (Conseil des Prudhommes) de Troyes, núm. 18/00036, de 18 de diciembre de 2018).

Doctrina judicial de resistencia, apoyada incluso por tribunales de apelación galos, que hace prevalecer las normas internacionales. Así, el Tribunal de Apelación de París, en su sentencia número 19-08.721, de 16 de marzo de 2021, rechaza la escala impuesta por el artículo L.1235-3,

amparándose en el artículo 10 del Convenio número 158 OIT, y teniendo en cuenta la situación «concreta y particular» del trabajador despedido injustamente. Considera que el baremo previsto en el Código de Trabajo representa, en el supuesto examinado, «apenas la mitad del perjuicio sufrido en términos de reducción de recursos financieros desde el despido». Esta sentencia arbitra el llamado control de convencionalidad *concreto* para inaplicar el baremo (Rojo T, 2022).

Así las cosas, se está ante una doctrina judicial menor que choca con la supremacía de las tesis favorables a estos baremos máximos, apoyada en la doctrina constitucional francesa, que defiende la tesis de la previsibilidad absoluta del coste del despido injusto. En efecto, estas tesis de aplicación del control de convencionalidad han sido abortadas en el Alto Tribunal Francés. La Cour de Cassation ha publicado dos sentencias, en el mismo sentido, de 11 de mayo de 2022 (núm. 21-14.490 y 21-15.247), en las que, aun admitiendo el efecto directo del Convenio núm. 158 OIT entre particulares (empresario y trabajador) sin necesidad de actos complementarios del ordenamiento jurídico interno, considera que la legislación laboral francesa es respetuosa con este Tratado (ya se ha citado la poca contundencia del Informe de la OIT sobre Francia).

En este orden de ideas, lo más negativo para los partidarios de la tesis internacionalista, es que, desviándose de la doctrina de los tribunales inferiores, no considera que los jueces deban realizar un control de convencionalidad, para evitar incertidumbre y situaciones desiguales entre trabajadores, y afirma que la CSEr tiene carácter programático, por lo que no puede ser invocada entre particulares; finalmente, tilda de no vinculantes las Decisiones sobre el fondo del CEDS, por lo que no tendrían fuerza de obligar. Es sintomático el criterio diferente que se sigue respecto al Convenio 158 OIT, que sí sería vinculante y de efecto directo, aunque la moderación de los postulados interpretativos de su Comité los haga compatibles con la ordenación jurídica francesa, y la más expeditiva doctrina del CEDS aplicando la CSEr, que simplemente rechaza o, al menos, devalúa. Lo que debe considerarse criticable desde el momento en que la redacción de los artículos concernidos del Convenio 158 OIT y de la CSEr son prácticamente iguales, valorándose, no obstante, de forma muy distinta.

Así pues, la desjudicialización promovida por el derecho laboral galo estaría encontrando así serias resistencias, sustentadas en los principios del derecho civil de restitución íntegra de los daños, y en la primacía y efecto directo de las normas internacionales ratificadas por Francia. Mediante la aplicabilidad de la norma, matizada por las circunstancias concretas de los casos, los

tribunales laborales regionales no se están conformando con la eliminación de la libertad de apreciación del juzgador ni con la prohibición de una compensación adecuada por el daño infringido al trabajador (Malfettes, 2018). Se estaría operando, en este segundo nivel judicial de los *Conseil des Prud'hommes* una rejudicialización, reivindicando esta facultad inherente de juzgar, más allá de los automatismos de aplicación literal de la norma y del intento legislativo de embridar la libertad de apreciación de los jueces y de prohibir evaluar una indemnización adecuada a los perjuicios causados a los asalariados por un despido injusto.

Las quejas formuladas desde España

El Comité Europeo de Derechos Sociales, el 3 de octubre de 2022, ha admitido la reclamación formulada por el sindicato español Unión General de Trabajadores (UGT) con fecha 24 de marzo de 2022 contra la actual regulación del despido en España. Una vez que el Gobierno español y las organizaciones empresariales han alegado, oponiéndose a dicha reclamación, corresponde al CEDS fijar una Decisión, que es previsible que se decante hacia la tesis sindical, teniendo en cuenta los precedentes italiano y francés.

Así las cosas, la Unión General de Trabajadores (2022) pone el acento en la insuficiente reparación económica que supone el despido improcedente y su falta de proporcionalidad con los daños ocasionados, sobre todo para los trabajadores con una antigüedad pequeña en la empresa. Además, constata la devaluación progresiva del coste del despido en las últimas décadas, sobre todo a raíz de la última gran reforma laboral, llevada a cabo mediante Ley 3/2012, como reacción a la crisis económica de 2007-2008.

Continuando con la idea anterior, la reforma laboral de 2012 devaluó el coste del salario, mermando la indemnización económica por despido improcedente, que pasó de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades, a 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades. Pero también suprimió en la mayoría de los supuestos los salarios de tramitación, flexibilizó las causas de los despidos objetivos, basados en motivos de funcionamiento de la empresa, automatizó los supuestos aliviando la causalidad exigida e intentó suprimir el canon de razonabilidad de los jueces para ponderar la legitimidad del despido objetivo. En definitiva, creó un marco favorable al empresario con el objetivo de generarle confianza y promover la

contratación, aunque lo cierto es que facilitó la flexibilidad externa frente a la interna, más respetuosa con la protección del trabajo.

La desvaloración de la causa en el despido, e incluso la propia existencia del despido fraudulento o prescindiendo de los trámites formales, aboca a la improcedencia, por lo que la arbitrariedad en la decisión de despedir no se sanciona adecuadamente, en el contexto de una regulación con indemnizaciones menguantes, como consecuencia de las reformas habidas. Por su parte, el sindicato Comisiones Obreras ha seguido idéntico camino, formulando, asimismo, con fecha 17 de noviembre de 2022, Reclamación colectiva por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada.

Así mismo, se pide que se dicte una Decisión de fondo en el que se dicte, entre otros extremos, una Declaración de no conformidad de la legislación española con artículo 24 b. CSE, al no permitir al órgano judicial valorar la readmisión como vía de reparación adecuada ante el despido injusto, al margen de las circunstancias y la conducta de las partes, especialmente cuando se constate que el despido es una actuación fraudulenta para conseguir la expulsión de la persona trabajadora de su actividad laboral. Se pide asimismo una Declaración de no conformidad por no garantizar en el despido improcedente con opción por la extinción, el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano judicial que declare el despido injusto, incluyendo los costes derivados de la cotización a la Seguridad Social (lo que en España se llaman salarios de tramitación).

Se reclama también por la insuficiente cuantía de la indemnización para reparar los perjuicios sufridos por el despido injusto, ante la imposibilidad de reclamar una indemnización adicional vinculados a los daños efectivos (daño emergente y lucro cesante, así como los daños morales), lo que igualmente ha de aplicarse al caso en que la persona es la que promueve la extinción del contrato, ante los incumplimientos graves del empresario, por la falta de pago de salarios, o la lesión de los derechos básicos de la persona trabajadora que legitiman la resolución contractual por culpa grave de la empresa.

Control de convencionalidad y constitución social

La institución del control de convencionalidad cobra forma jurídica en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caramillo, L, y Rosas, E., 2016). Fue su sentencia de 26 de septiembre de 2006, en el asunto *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la que introdujo la consideración de que la ratificación de un Tratado por un Estado conlleva el que sus juzgadores y tribunales se vinculen a dicho Instrumento, y sometidas sus disposiciones, exigiéndoles velar y supervisar para que sus efectos jurídicos “no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”, que desde su inicio carecerían de efectos jurídicos.

Lo que aclara la sentencia es que el poder judicial debe ejercer lo que denomina una especie de *control de convencionalidad* entre las normas internas que se aplican en los casos concretos y el tratado en cuestión, que en aquel pronunciamiento era la Convención Interamericana de Derechos Humanos. No sólo eso, sino que el poder judicial debía asimismo someterse a la interpretación privilegiada del Tratado por parte del órgano judicial internacional, la Corte Interamericana, como interprete máximo de la Convención Interamericana (párrafo 124 de la Sentencia).

Esta sentencia será citada como pionera en otras posteriores, como la del Caso *Fontvecchia y D’Amico vs. Argentina*, en sentencia de 29 de noviembre de 2011, repitiendo en su párrafo 93 que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias, a las que se privaría de efectos jurídicos.

Así las cosas, en el área del derecho del trabajo, la inaplicación por los tribunales ordinarios de la norma nacional en materia de despidos y la aplicación directa de los Convenios Internacionales se acogería también a ese control de convencionalidad, y la traslación de la prevalencia aplicativa de los Tratados Internacionales se sustanciaría, en el caso que nos ocupa, en los Convenios de la OIT, en la CSE o en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En la consideración de que los intérpretes «privilegiados» de esas normas internacionales serán también los organismos judiciales internacionales competentes, con preferencia a los nacionales.

Con carácter general, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 140/2018, de 20 de diciembre reconoció en España por primera vez la admisibilidad del control de convencionalidad difuso por los jueces ordinarios, no solo el concreto que se atribuiría al órgano interprete de la Constitución, el propio Tribunal Constitucional (TC). La aplicación directa del instrumento internacional llevaría aparejada la inaplicación de la norma interna.

Esta admisión tardía por el Tribunal Constitucional del control de convencionalidad difuso tiene varias explicaciones: el recelo judicial a la admisión de fuentes externas, en cuanto alteración del sistema tradicional de fuentes, y la desconfianza hacia jurisdicciones no tan consolidadas o conocidas como otras que sí lo están en España, (v.g. la de la Unión Europea, a través de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del mecanismo de la cuestión prejudicial), o la imputación de un déficit de legitimación democrática hacia la instancia judicial interna que inaplique una norma emanada de la soberanía popular.

Pero estos argumentos son claramente rebatibles. El propio artículo 10.2 de la Constitución española establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Esta previsión no es aislada en el Derecho comparado. En la Constitución de Venezuela en su artículo 23y en las de otros muchos países latinoamericanos, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno y se constituyen en fuente de derecho constitucional, integrándose en ese bloque constitucional de derechos fundamentales (Belaunde, 2015).

Además, no es defendible privar a los derechos sociales de su consideración como parte de los derechos y libertades que la propia Constitución reconoce, en base a la legitimidad de una constitución social, frente o junto a una constitución económica (Lafuente, 2021). Las restricciones al control judicial chocan con límites infranqueables, como son los constitucionales y los derivados de los instrumentos internacionales ratificados por España. En efecto, hay que subrayar que hay un fundamento normativo programático clave en nuestra bóveda constitucional: España se constituye en su artículo 1 en un Estado *social* y democrático de Derecho, pasando, por cierto, dicha mención en los años noventa del siglo pasado a las nuevas Constituciones de la América hispana: Colombia en 1991 (artículo 1), Paraguay en 1992 (artículo 1) o Venezuela en 1999

(artículo 2). Y en su artículo 35, la Constitución española (CE) contempla el derecho al trabajo, al menos con el mismo estatuto de cobertura y protección que el artículo 38, que reconoce la libertad de empresa y la defensa de la productividad, en su Título I.

A este respecto, no es baladí insistir en el flujo de la doctrina constitucionalista que se manifiesta en este sentido, precisamente para establecer límites legales al despido. En primer lugar, el artículo 35 CE tiene una perspectiva bifronte, como derecho al trabajo, pero también como limitación legal del despido y como sujeción para su licitud a condiciones de fondo y forma, como razona la STC 192/2003, de 27 de octubre. En segundo lugar, un modelo definido de constitución social significa que no cabe relegar absolutamente a la normatividad ordinaria el alcance del hecho laboral, o su supeditación a la constitución económica, con prioridades excluyentes enmarcadas en el estímulo a la contratación, la productividad, la confianza empresarial o la certidumbre del coste de los despidos. El riesgo de dilución de los derechos sociales, sin el amparo del armazón constitucional y de los instrumentos internacionales, sería máximo.

El coste del despido injusto en España y su reconfiguración a la luz del Derecho Internacional

En la correlación que suele darse en España entre crisis económicas y reformas laborales, como instrumentaciones jurídicas que palién los efectos de mortandad empresarial y paro masivo de la población asalariada, la crisis financiera de 2007 tuvo su traslación en una reforma laboral de 2010, que pronto se descartó por poco ambiciosa, dejando paso, primero, al Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y, posteriormente, a su tramitación parlamentaria, que se plasmó en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En su artículo 18 modifica el apartado 1 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, rebajando la indemnización a la que podía optar el empresario en caso de despido improcedente, como alternativa a la readmisión, a la equivalente a treinta y tres días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de 24 mensualidades. En el régimen anterior, la indemnización de este despido no ajustado a derecho se cifraba en cuarenta y cinco días por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

En este orden, la reforma laboral de 2012 incide especialmente en la flexibilidad externa, abaratando el coste del despido para incrementar la confianza empresarial, como condición de

eficiencia que considera necesaria para la creación de empleo. La devaluación de los costes salariales encuentra un mecanismo facilitador en esta merma del quantum del despido, pretendiéndose la mejora de la competitividad de la empresa. Pero no sólo se produce esa laminación de las indemnizaciones por despido improcedente, sino que también desaparecen los salarios de tramitación, excepto en tres supuestos, de aplicación muy reducida: nulidad, despido improcedente si la empresa opta por la readmisión, y cuando se trata de representantes de los trabajadores.

Esta modificación es especialmente dañosa para el personal asalariado porque, debido a la precariedad de las relaciones laborales modernas y a su ligazón con la antigüedad en la empresa, las indemnizaciones por despido improcedente con frecuencia alcanzan importes muy bajos, por lo que la eliminación de los salarios de trámite, a menudo superiores a la propia indemnización, favorece el recurso al despido y no fomenta el recurso a instancias de mediación extrajudiciales. Dicha reforma laboral, surgida de la lógica económica, quebranta, sin embargo, el principio tuitivo del Derecho del Trabajo, y se aleja del equilibrio deseado por los iuslaboralistas entre los intereses contrapuestos de capital y trabajo. Principios como la inalienable dignidad del trabajador, la estabilidad del empleo como principio capital de la ciencia laboral, o el justo equilibrio de las prestaciones, tienen sus raíces en la Constitución española o en el propio Código Civil de 1889. Principios que son inherentes a una ética democrática que debería apuntalarse con el refuerzo del consenso de los agentes sociales.

Por consiguiente, esa política de incentivación de una baremación menguante de las indemnizaciones por despido injusto, consolidadas en España tras la crisis económica de 2007 y consiguiente reforma laboral de 2012, no cuestionan si el resarcimiento del trabajador despedido de forma injusta ha producido una compensación adecuada del daño infringido o contribuido a subvenir adecuadamente las necesidades personales y familiares de la persona trabajadora, como cuantificación del perjuicio ocasionado por una rescisión unilateral sin justa causa. Sustentar que el juzgador pueda evaluar la entidad de la reacción empresarial en orden a corregir la crisis padecida por la extinción injustificada y unilateral del contrato de trabajo, acudiendo al juicio de razonabilidad, como mecanismo de protección del bloque constitucional social, del derecho internacional y hasta del derecho común, debe arbitrarse como propuesta de sumo interés. Los principios generales de derecho, algunos positivizados, impiden la existencia de esferas inmunes

al control judicial (artículo 24 CE) o que el ejercicio de los derechos se ejerza allende de la buena fe, de forma abusiva o antisocial.

La inaplicación del derecho interno por los tribunales ordinarios

La doctrina reiterada y constante del Tribunal Supremo Español ha dejado claro la interdicción de las doctrinas civilísticas, que sustentan la íntegra reparación de los daños y perjuicios causados, en especial si en la obligación contravenida ha mediado culpa, negligencia o morosidad de la contraparte. El ordenamiento jurídico laboral, en esta tesis, debe apartarse, por su carácter de derecho especial, de lo dispuesto en el Código Civil y establecer un régimen atípico de resarcimiento, objetivo y tasado (STS 31 mayo 2006, RCU 5310/2004, que trae causa de otras como las SSTs de 23 de octubre de 1990 y de 3 de abril de 1997, no permitiéndose otros métodos de cálculo más ajustados a la realidad del caso concreto.

Así pues, ha habido algún precedente jurisprudencial sobre la posibilidad del control de convencionalidad. La STSJ Castilla y León (Valladolid) de 1 de marzo de 2021, Rec. 103/2021, ya establecía que una indemnización adicional a la legal en los despidos improcedentes era posible, y para ello invocaba las sentencias de los Juzgados de lo Social núm. 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020 o del Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid de 21 de febrero de 2020 (autos 843/19).

Por su parte, las SSTSJ Cataluña 23 de abril (Rec. 5233/2020) y 14 de julio de 2021 (Rec. 3812/2021), que ya admitieron la posibilidad de reconocimiento de una indemnización complementaria a la legal tasada, con base en el marco regulatorio del Convenio 158 de la OIT y el artículo 24 de la Carta Social Europea, en aquellos supuestos en que la indemnización correspondiente por despido improcedente fuera exigua y no tuviera un efecto disuasorio para la empresa, ni compensara suficientemente a la persona trabajadora por la pérdida de ocupación, concurriendo asimismo una clara y evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato. Por tanto, se requerían ciertas condiciones de abuso empresarial y de injusticia flagrante en la correlación del «quantum» de la indemnización con los supuestos de hecho.

Pero la sentencia pionera, más importante, que simboliza esta brecha es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 30 enero 2023, Rec. 6219/2022, en el asunto BRS Relocation Services, S.L. Los hechos son los siguientes: esta empresa prestaba servicios relacionados con la movilidad y traslado internacional de trabajadores y familiares de empresas que contratan sus servicios. A raíz de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus y, especialmente, desde la declaración del estado de alarma en el Estado español y el cierre de fronteras y restricción de movilidad de las personas, se cancelaron y pospusieron los servicios contratados a BRS de asesoramiento y recolocación de trabajadores que se trasladaban a España. Se despide a una trabajadora alegando causas productivas, debido a las circunstancias pandémicas de falta de movilidad. Estamos, por ello, ante un despido objetivo por causa de funcionamiento de la empresa.

El Tribunal, en primer lugar, establece que las causas alegadas para despedir son temporales o coyunturales, no probándose por la mercantil su carácter estructural ni que las causas de despedir fueran diferentes de las que motivaron la formalización de un Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE) pocos días después. Ello hacer merecedor de la calificación de improcedente de ese despido objetivo, por lo que la inicial indemnización tasada para dichos despidos de 20 días por año trabajado se convierta, por mor de su improcedencia, en 33 días por año de servicio.

La propia resolución judicial reconoce que «en el ámbito del contrato de trabajo, a diferencia del derecho civil, rige legal y tradicionalmente la indemnización tasada, calculada en función de unos criterios objetivos como el salario o los años de prestación de servicios y sujeta a unos topes máximos, prescindiendo para su determinación de otros parámetros como el daño emergente, el lucro cesante o los daños morales causados».

La novedad de esta sentencia, y su carácter rompedor, estriba en el reconocimiento de una indemnización superior a la trabajadora, a pesar de que el despido es improcedente y no nulo, amparándose directamente en lo establecido en el Convenio 158 de la OIT y en el artículo 24 de la Carta Social Europea, frente al criterio muy mayoritario que entiende el control de convencionalidad como institución que haya que analizar con gran cautela, no viendo conveniente la incertidumbre a la que puede someterse a los operadores jurídicos, o alertando sobre la posibilidad de una apertura hacia cierta arbitrariedad en los criterios.

La meritada STSJ Cataluña de 30 enero 2023, considera que hay basamento jurídico para una compensación «adecuada» amparada en las normas internacionales que supere la legal establecida de forma baremada en el Estatuto de los Trabajadores, pero no siempre, sino, primero, cuando dicha indemnización estatutaria resulte claramente insuficiente para compensar los daños y perjuicios expuestos; segundo, se integraría en esa indemnización resarcitoria el daño emergente, el lucro cesante o los daños morales; tercero, a fin de garantizar la defensa de las partes y el equilibrio procesal, ese quantum adicional debe venir concretado en la demanda del trabajador, y exponerlo a la contradicción de la defensa del empleador. Para ello, se citan otras sentencias, todas de su jurisdicción regional de Cataluña, así las SSTSJ Cataluña 4 julio 2022 (Rec. 3909/22), 13 mayo 2022 (Rec.500/22) o 14 julio 2021 (Rec. 1811/21).

La contraparte empresarial tiene un argumento sólido para oponerse a esta deriva incipiente, proveniente del Derecho Internacional, y es la incertidumbre y la inseguridad jurídica. Falto de criterios objetivos, puede convertirse en un despido «a la carta», en el que la discrecionalidad del juez, basada en los hechos singulares de cada pleito y en la teoría del caso, determinen una horquilla indemnizatoria de un rango excesivamente amplio. Para ello, parece razonable estimar que la jurisprudencia deberá acotar estos criterios, y dotar de seguridad jurídica a actor y demandado.

En cualquier caso, debemos convenir en la constatación de que la doctrina del Tribunal Supremo español sigue siendo renuente a aplicar el control de convencionalidad en materia social (SSTS 28 de marzo 2022 (Rec. 471/2020) y 29 de marzo de 2022 (Rec. 2142/2020), con excepción de lo concerniente al derecho comunitario (de la UE) y a la aplicación que se hace sobre la acomodación de las normas nacionales a este derecho supranacional comunitario por parte del TJUE. En especial, es visible el recelo hacia posibilidad de aplicabilidad automática de la Carta Social Europea, y a la asunción pacífica de la doctrina del CEDS (Goerlich, 2022).

El Tribunal Supremo español (TS) entiende que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, y no todo él posee la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Apuesta por la teoría del caso y por singularizar ese posible acomodo al control de convencionalidad: «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» (STS 28 marzo 2022, RCU 471/2020), lo que nos hace estar expectantes a lo que determine en cuanto a su aplicabilidad directa y desplazamiento del artículo 56.1 LET en futuras sentencias que lleguen a su jurisdicción

Conclusiones

Desde la asunción generalizada del control de convencionalidad, como instrumento idóneo para aplicar el principio de prevalencia de la norma internacional sobre la nacional o doméstica, se ha debatido si dichos planteamientos de desplazamiento de la norma interna en favor de la internacional son trasladables a la ciencia laboral. Las reformas laborales instituidas en Italia, Francia o España, como consecuencia de la crisis financiera de 2007, han flexibilizado el mercado de trabajo para generar confianza empresarial, incluyendo la devaluación de las garantías y derechos de trabajador frente al despido injusto o improcedente, con disminución de su cuantificación, y automatizando su cálculo.

Pero estos países, desde el momento en que han ratificado instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, en su revisión de 1995, o el Convenio número 158 de la OIT de 1982, sobre terminación de la relación de trabajo, quedan sujetos a sus prescripciones, y sus órganos judiciales sometidos a la interpretación privilegiada de los organismos competentes de esas instituciones. En ese sentido, sobre todo el Comité Europeo de Derechos Sociales, como intérprete de la Carta Social Europea, ha establecido la no conformidad de la Carta con lo dispuesto en los Códigos laborales nacionales, exigiendo que el despido injustificado tenga un resarcimiento integral que responda realmente a los perjuicios ocasionados a la persona despedida.

La apuesta por esta primacía de la convencionalidad internacional, como instrumento eficaz de la dignificación transnacional de las condiciones laborales, está produciendo ya una doctrina judicial, aun minoritaria, y radicada en las instancias inferiores, que están desplazando la aplicación de la norma interna a favor de la norma internacional, favoreciendo, así, una indemnización adecuada del despido injusto, u otra reparación apropiada. Refiriéndonos a España, aun asumiendo un principio de prudencia, hay que considerar, de cara al futuro inmediato, que la regulación interna laboral española, y su jurisprudencia, ya no podrá estancarse en un criterio indemnizatorio universal y neutro basado exclusivamente en la antigüedad de la prestación del

trabajador y en su base salarial, sino que deberá aplicar la doctrina de los intérpretes internacionales de la CSE y del Convenio 158 OIT.

En general, esta convulsión en el orden legislativo y judicial europeo, y la apuesta por tratados internacionales de defensa de los derechos laborales que prevalezcan sobre las normas internas, podría estudiarse en su traslación a la realidad socioeconómica de América Latina, en los ámbitos regionales que acuerden y, en todo caso, por aplicación de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Referencias

- Caramillo, L. y Rosas, E. (2016). El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Sociales (IIDS)*. San José (Costa Rica). Volumen 64, pp. 127-161.
- Dagbedji, CH. (2020). Le Plafonnement des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, vers une application flexible, *Lextenso, Actu-Juridique*.
- García Belaunde, D. (2015). El control de convencionalidad y sus problemas. *Pensamiento constitucional*. Pontificia Universidad Católica de Perú. Volumen 20, número 20, pp. 135-160.
- Goerlich, J. M^a, (2022). El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022. Blog El Foro de Labos. <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/>
- Jeamnaud, A. (2017). La reforma Macron del Código del Trabajo francés, *Temas Laborales*, núm. 139, p. 13.
- Jimena, L., (2022). El Comité Europeo de Derechos Sociales. Valor Jurídico de sus resoluciones. *Documentación Laboral*, núm. 125, pp. 75-90.
- Lafuente, V.P. (2021). El control judicial de los despidos. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Malfettes, L. (2018). Indemnités de licenciement: un conseil de prud'hommes s'affranchit du plafond, *Dalloz actualité*,
- Márquez, A. (2017). Obligaciones y vínculos. Artículos A y B de la Carta Social Europea, en Monereo, C. (Dir.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de*

Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, p. 972.

Perulli, A., (2019). Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo, *Il Libro dell'anno del diritto*, Treccani, pp. 341-352.

Rojo, E. (2022). Y ahora, Francia. Nueva decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales. La indemnización tasada por despido injustificado vulnera el art. 24 de la Carta Social Europea revisada. *Blog de E. Rojo Torrecilla*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/y-ahora-francia-nueva-decision-del.html>.