



European
Social
Charter

Charte
sociale
européenne

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX**

20 April 2022

Case Document No. 1

Unión General de Trabajadores (UGT) v. Spain
Complaint No. 207/2022

COMPLAINT

Registered at the Secretariat on 24 March 2022

**RECLAMACIÓN COLECTIVA
(COMPLAINT)**

**Executive Secretary of The European Committee of social Rights
Department of the European Social Charter
Directorate General of Human Rights and Rule of Law
Council of Europe
F-67075 Strasbourg Cedex
social.charter@coe.int**

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES (UGT)

Avenida América, 25 28002 Madrid

España

Dirección electrónica: flujan@cec.ugt.org ; sindical@cec.ugt.org

OBJETO

Reclamación colectiva de la UGT (España) por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada

ÍNDICE:

- 1. Objeto de la reclamación colectiva**
- 2. El marco regulador del Estado español sobre el despido sin causa o con causa irreal o ficticia**
 - 2.1. La legislación aplicable al despido improcedente antes de las reformas de 2012 en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 56 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (artículo 110 Ley 36/2011, de 10 de octubre)**
 - 2.1.1. El derecho a la readmisión: una solución de limitado alcance en España tras las sucesivas reformas legales, salvo nulidad (solución excepcional).**
 - 2.1.2. El Derecho a la indemnización: modelo automático de indemnización, salvo los despidos con violación de derechos fundamentales.**
 - 2.2. La legislación vigente para el despido improcedente (despido sin causa o con causa ficticia o irreal) tras la reforma de 2012**
 - 2.2.1. Objeto y razón de ser de la reforma: la reducción de la indemnización del despido sin causa o con causa real (improcedencia) como pieza esencial de un modelo de devaluación de los costes del trabajo para favorecer la competitividad empresarial**
 - 2.2.2. Indemnización por despido injustificado: la normalización en la práctica de una indemnización predeterminada por la ley y de baja cuantía real**
 - 2.2.3. La reciente reforma (2021) no ha modificado la regulación del despido ante la negativa del gobierno a afrontar la regulación del despido .**
 - 2.3. La inexistencia de vías legales alternativas factibles o efectivas**
 - 2.4. El carácter marginal del derecho a la readmisión: los despidos nulos por violación de derechos fundamentales o por previsión legal (ej. Despidos colectivos al margen del procedimiento legal o fraudulento)**

- 2.5. El modelo de garantía de renta social en caso de despido improcedente: el derecho a una prestación por desempleo si se reúne el periodo cotizado previsto
3. Sobre la admisibilidad de la reclamación colectiva
 - 3.1. El Estado contra el que se dirige la denuncia colectiva: España tiene aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas
 - 2.1.
 - 3.2. La reclamación es asimismo admisible *ratione temporis* y *ratione materiae*.
 - 3.3. La organización sindical que presenta la denuncia colectiva: Unión General de Trabajadores (y trabajadoras) (UGT)
 - 3.4. La legitimidad activa de la UGT para presentar reclamaciones colectivas ante el CEDS como sindicato más representativo en España
4. Sobre el fondo de la reclamación colectiva: razones de la disconformidad de la normativa española al derecho a una indemnización adecuada ex art. 24 CSER
 - 4.1. El art. 24 de la CSER y la jurisprudencia pertinente del CEDS
 - 4.1.1. Principios fundamentales de la doctrina jurisprudencial consolidada del CEDS en relación con el art. 24 CSER
 - 4.1.2. Valoración específica de la CEDS con respecto a las legislaciones nacionales: la Decisión de Fondo de 11 de septiembre de 2019, reclamación 158/2017 (Confederazione Generale Italiana del Lavoro -CGIL- c. Italia)
 - 4.1.3.
 - 4.2. Análisis de la legislación nacional con referencia a las disposiciones y propósitos establecidos en el art. 24 del CSER
 - 4.2.1. Sobre la naturaleza cierta de la indemnización, predeterminada por la ley en razón únicamente del salario y la antigüedad
 - 4.2.2. La insuficiencia de la indemnización con respecto a los criterios para una sanción suficientemente reparadora y disuasoria
 - 4.2.3. La insuficiencia de la indemnización con respecto al daño sufrido por la persona trabajadora antes y después de constatar la ilegalidad del despido en los tribunales.
 - 4.3. El efecto restrictivo adicional de las reformas en 2012 de la prestación por desempleo
 - 4.4. El carácter marginal de la tutela real: límites ex lege al poder del juez de declarar la readmisión frente a despidos abusivos, irreales o fraudulentos

4.5. Inexistencia de razones de orden público que puedan justificar las restricciones al derecho consagrado en el art. 24 de conformidad con el artículo G de la CSER

4.6. Constatación de una creciente corriente judicial abierta a este juicio de insuficiencia, pero excepcional y de escasa viabilidad ante el TS.

5. Conclusiones y petitum

Archivos adjuntos

1. Objeto de la reclamación colectiva.

Mediante el presente escrito contra el Reino de España, la Unión General de Trabajadores (UGT), representada por su secretario general Don José María Álvarez Suárez y por su vicesecretario general de política sindical, Don Mariano Hoya Callosa, asistida jurídicamente bajo la dirección del letrado Fernando Luján de Frías, colegiado núm. 43.294 del Colegio de Abogados de Madrid (España), secretario Confederal de UG, solicita al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que declare que, **la normativa contenida en los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social**, así como de otros preceptos de su bloque normativo, relativa a los despidos declarados ilegítimos (despidos improcedentes) por ausencia de causa justificada o por inexistencia de causa o causa irreal o ficticia, por motivos disciplinarios o por motivos objetivos (el art. 53.5 del ET remite al art. 56), **contradice abiertamente el art. 24** (derecho a la protección en caso de despido) **de la Carta Social Europea Revisada (CSER)**.

Más concretamente, el objeto de la reclamación colectiva es el mecanismo previsto para el cálculo de la indemnización establecido por la referida regulación en caso de un despido injustificado (improcedente en la normativa nacional): **la persona trabajadora tiene derecho a una indemnización predeterminada de forma puramente automática por la ley**, únicamente fijada en atención al tiempo de antigüedad con un límite máximo establecido por aquélla (techo máximo legal). **La indemnización resultante es global, excluyente y no tiene conexión con la reparación del daño causado**, conforme con la jurisprudencia consolidada desde hace décadas, de modo que no existe una posibilidad efectiva de que un órgano jurisdiccional valore y reconozca un daño mayor sufrido por la persona trabajadora como consecuencia del despido sin causa justificada o con causa ficticia. Asimismo, **en la práctica supone la normalización de una indemnización reducida**, claramente **insuficiente para reparar de forma íntegra los daños** derivados del despido antijurídico, fraudulento o abusivo **y absolutamente ajena a la más mínima función disuasoria** de la indemnización respecto de despidos antijurídicos.

2. El marco regulador del Estado español sobre el despido sin causa o con causa irreal o ficticia

2.1. **La legislación aplicable al despido improcedente antes de las reformas de 2012 en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 56 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto**

refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (artículo 110 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social)

2.1.1. El derecho a la readmisión: una solución de limitado alcance en España tras las sucesivas reformas legales, salvo nulidad (solución excepcional).

En el Derecho del Trabajo español para las relaciones de empleo privado, el derecho a la readmisión obligatoria de la persona trabajadora despedida sin justa causa (despido improcedente) o con causa ficticia o irreal (despido fraudulento o abusivo) depende, en la mayor parte de los casos, de la decisión de la empresa. Conforme al artículo 55 del ET, ya antes de la reforma laboral del año 2012, el despido sin causa justificada o causa artificial o irreal se califica como “**despido improcedente**” (art. 55.4 ET). En este caso, la empresa podrá optar por la readmisión o por la indemnización. Según el art. 56 del ET (y el art. 110 LRJS) **la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo**. En caso de no optar expresamente por una u otra vía, se entiende hecha por la readmisión de la persona trabajadora improcedentemente despedida.

En la versión de estos preceptos anterior a la reforma de 2012, ya se opte por la readmisión ya se decidiese la empresa por la indemnización, la persona trabajadora tenía “derecho a los salarios de tramitación”. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Esta solución operaba tanto para los despidos por causa disciplinaria cuanto para los despidos por causas objetivas (económicas, organizativas, por ineptitud sobrevenida, por absentismo laboral -esta última causa fue derogada el año 2020-). El artículo 53 ET (y la normativa procesal concordante con esta normativa sustantiva) viene remitiendo al art. 56 ET. Por lo tanto, la readmisión de la persona trabajadora ha venido operando en España como una solución excepcional, de eficacia reducida, de modo que, en lo sustancial, y pese a que España tiene ratificado el Convenio 158 OIT (cuyo art. 10 contempla la readmisión como respuesta más adecuada, aunque no la imponga), solo contemplaba tres excepciones:

- a) **El despido nulo**. La nulidad del despido determina la readmisión obligatoria. La nulidad es **una solución excepcional en España**, solo prevista para el despido con violación de derechos fundamentales o discriminatorios (art. 55.5 ET), o cuando una ley así lo establece expresamente (ej. despido sin autorización para despidos colectivos -en la versión anterior a la reforma de 2012-).

Es interesante anotar que, desde la reforma de 1994, la ley y la jurisprudencia social rechazan calificar el despido sin causa real o causa fingida, irreal como despido nulo. El estado de situación jurisprudencial era diferente antes de 1994, pues se reconocía como despido nulo, por tanto, readmisión obligatoria, el despido fraudulento o abusivo (esto es, sin causa real o con causa artificial o fingida por la empresa). Asimismo, en aquella reforma legal se eliminó la nulidad del despido por vicios de forma, por lo que también por esta vía se redujo extraordinariamente la posibilidad de readmisión obligatoria.

- b) El despido improcedente de personas con cargos de representación laboral y/o sindical. En este caso la opción por la readmisión o la indemnización corresponde a la persona trabajadora delegada sindical (art. 56.4).
- c) El despido improcedente en caso de que una norma convencional otorgue la opción por la readmisión o la indemnización a la persona trabajadora. Esta vía apenas ha sido transitada en la práctica, salvo un número muy reducido de convenios en el empleo público laboral.

2.1.2. El derecho a la indemnización: modelo automático de indemnización, pero de mayor cuantía más salarios de trámite, salvo los despidos con violación de derechos fundamentales

Fuera de los excepcionales casos en que procedía la readmisión obligatoria (nulidad del despido), o de los escasos supuestos en los que la empresa optaba por la readmisión, por su libre decisión, la reacción normativa frente al despido improcedente (sin causa justificada, con causa irreal o ficticia o causa fraudulenta o abusiva) era el derecho a una indemnización legalmente tasada, al margen de los daños realmente causados por esta decisión y de su función disuasoria o no, actuando como la regla general. Este derecho venía integrado por dos cantidades:

- a) El derecho a una indemnización compensatoria de los hipotéticos daños a causa del despido injustificado (sin causa o sin forma adecuada), legalmente fijada o predeterminada.

La indemnización se calculaba (antes de la reforma de 2012) en **atención a 45 días de salario por año de servicio (antigüedad de la persona trabajadora en la relación), con un límite de 42 mensualidades**. La indemnización se fija en función de la antigüedad (que se determina por el inicio de la relación laboral teniendo en cuenta todos los tipos de contratos de trabajo, incluso el tiempo que se haya trabajado mediante empresa de trabajo temporal -conocidas como ETT-) y el salario -a mayor salario y mayor antigüedad, mayor indemnización-. Por tanto, el quantum indemnizatorio se fijaba únicamente sobre este doble criterio, antigüedad y salario, sin atender a ningún otro parámetro o criterio que permitiera identificar ni un efecto reparador integral ni un efecto disuasorio

- b) Los salarios de tramitación.** Se trata de una cuantía equivalente al importe de los salarios dejados de percibir por la persona trabajadora desde el momento de la extinción, dado el efecto inmediatamente ejecutivo del despido empresarial. Antes de la reforma laboral de 2012 se reconocía no solo en los casos de nulidad del despido, y readmisión obligatoria, sino también para los despidos declarados judicialmente como improcedentes, ya se produjera la readmisión ya se opte por la indemnización, salvo en ciertos supuestos de liberación de estas cantidades, también dependientes de la decisión empresarial (ej. reconocimiento inmediato de la improcedencia del despido y consignación judicial de su cuantía)

De este modo, los salarios de tramitación formaban parte de la indemnización como forma concreta del "*lucrum cessans*" (lucro cesante). En buena medida, esta regla suponía un intento de la ley española de respetar el derecho a la indemnización adecuada a los daños y perjuicios sufridos prevista en el art. 10 del Convenio 158 OIT.

2.2. La legislación vigente para el despido improcedente (despido sin causa o con causa ficticia o irreal) tras la reforma de 2012

2.2.1. Objeto y razón de ser de la reforma: la reducción de la indemnización del despido sin causa o con causa real (improcedencia) como pieza esencial de un modelo de devaluación de los costes del trabajo para favorecer la competitividad empresarial

En este estado de cosas, la reforma laboral de 2012 supuso una vuelta de tuerca más en sentido restrictivo del derecho a una indemnización adecuada. Las razones fueron de índole puramente económica o de mercado, de modo que **la devaluación del coste del despido injustificado se asumió legalmente como adecuada para crear empleo**, pese a que redujera notablemente la protección frente al despido arbitrario.

A tal fin, primero el Real Decreto-ley 3/2012 y luego la ley 3/2012 dieron la redacción que actualmente tienen los referidos artículos 56 ET y 110 LRJS, según los cuales:

- a) La indemnización por despido improcedente (sin causa justificada, arbitrario o fraudulento) **se rebaja** (para las relaciones de trabajo contraídas desde la fecha de entrada en vigor de la reforma) **de 45 días a 33 días** (en torno a un 30 por cien menos), y el techo máximo establecido, **pasa de 42 mensualidades a 24** (casi un 50 por cien menos).
- b) **Se eliminan los salarios de tramitación** (cuantía equivalente al lucro cesante para el periodo de cese del despido hasta la sentencia que declara la ilegalidad), salvo que la empresa opte por la readmisión (despido improcedente) o esta resulte obligatoria (despido nulo).

De este modo, la ley española no solo mantiene una estricta automaticidad (mera predeterminación legal) del método de cálculo de la indemnización por despidos sin causa justificada o con causa irreal o ficticia (despidos arbitrarios), sino que los criterios para su fijación se reducen para que la cuantía resultante sea menor. Además, criterios orientados a tener en cuenta daños reales (lucro cesante), como los salarios de trámite, pasan a depender, en el caso del despido improcedente, de la empresa, por lo que la regla general será prescindir por completo de ellos.

La reducción del estándar de protección frente al despido por causa no justificadas en España fue explicada por el legislador en la exposición de motivos de la siguiente manera:

«Así, se considera necesario para mejorar la eficiencia del mercado de trabajo.... La tradicional indemnización por despido improcedente, de 45 días de salario por año de servicio...constituye un elemento...distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para la más pequeñas en un momento como el actual de dificultad de acceso a fuentes de financiación»

Por lo que concierne a la segunda medida restrictiva de la indemnización, privándola de elementos compensatorios de los daños reales, así como de efectos disuasorios, la eliminación de los salarios de tramitación, la exposición de motivos explica lo siguiente:

«...el no abono de los salarios de tramitación se justifica en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo.... Por lo demás, los salarios de tramitación actúan en ocasiones como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.»

Las dudas de constitucionalidad que estas reformas crearon en un importante sector de la jurisdicción social española fueron resueltas a favor de su legitimidad en este plano del sistema multinivel de protección de los derechos sociales, si bien contó con diversos votos particulares discrepantes u opiniones disidentes. (vid. Auto del TC 43/2014, de 12 de febrero y STC 8/2015, 22 enero). El Tribunal Constitucional español, para justificar las razones de este sistema indemnizatorio, objetivado por la ley y de reducida cuantía, asume expresamente que esta decisión legislativa se enmarca en un balance puramente económico de su impacto en los mercados, tanto económicos (favorece la competitividad) como de trabajo (puede crear empleo). El TC es consciente de que esta visión puramente económico-mercantil “no resulta una tesis pacífica entre los expertos”. Pero:

“...lo cierto es que esta idea ha estado presente en buena parte de las reformas de nuestra legislación laboral desde 1994, en las que, por unos u otros mecanismos, se ha

incidido tanto en la reducción de la indemnización de determinados despidos (reforma de 1997), como en la limitación de los salarios de tramitación (reformas de 1994 y 2002). Pues bien, ante la actual crisis económica y el alto índice de desempleo...también el Real Decreto-ley 3/2012 ha optado de nuevo por esta fórmula como vía de incentivación del empleo y la eficiencia del mercado laboral...”

Para el TC español, la ley española tiene plena libertad de configuración a tal efecto, porque se trataría de:

“...una opción de política legislativa que...entronca con otros precedentes...y sin que en sede constitucional corresponda enjuiciar...la oportunidad, idoneidad o eficacia de las medidas introducidas (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; 332/2005, de 15 de diciembre, FJ 7, y 64/2013, de 14 de marzo, FJ 2).

Para el TC y para el TS españoles este sistema no entra en contradicción con el art. 10 del Convenio 158 OIT, pese a que su art. 12, letra a) prevé el derecho social a una indemnización por fin de servicios “cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario...”, esto es, pese a contemplar que haya otros criterios para su cálculo, no solo el quantum salarial y la mera antigüedad. Hasta hoy no se ha contrastado con el art. 24 CSER -como se verá-, por cuanto España no tenía ratificada esta versión ni aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas, lo que sí sucede ahora (por la vía de la declaración prevista en el art. D de la CSER). Y, en ese mismo sentido, las altas jurisdicciones nacionales españolas tampoco han tomado en consideración hasta el presente ese estándar internacional reflejado por el art. 24 CSER.

2.2.2. Indemnización por despido injustificado: la normalización en la práctica de una indemnización predeterminada por la ley y de baja cuantía real.

A la luz de la regulación normativa sumaria, pero precisamente, descrita y de su interpretación jurisprudencial y constitucional consolidada (al margen de la minoría crítica que representan los votos particulares a las decisiones constitucionales en tal sentido), queda claro que, en el Derecho español, **la indemnización por despido ilícito (sin causa justificada, sin causa o con causa irreal o ficticia) basada en el puro cálculo de índole económica y sobre parámetros predeterminados de forma automatizada por la ley, sin margen valorativo de daños reales (patrimoniales, personales; lucro cesante, lucro emergente, *pretium doloris*, etc.), es la regla general.** Ciertamente, este sistema es el seguido en España desde hace décadas.

Pero no menos cierto es que cada reforma legal laboral se ha dirigido a rebajar estos parámetros. Así, de forma sintética:

- a) La indemnización de un despido improcedente (injusto o sin causa suficiente o real) paso, para las relaciones contraídas después de 12 de febrero de 2012, de 45 días a solo 33 por año (o lo que es lo mismo, **pasó de valer 3,75 días por mes trabajado a solo 2,75 días/mes**). De este modo, se va aproximando de manera progresiva a la cuantía de la indemnización prevista para despidos objetivos

precedentes, esto es, con causa probada ajena a la voluntad de las personas empleadas, por lo común obedientes a necesidades de la empresa (20 días de salario por año de servicio con un límite de 12 mensualidades).

- b) **La indemnización prevista tiene un techo máximo predeterminado legalmente**, que también se redujo notablemente, pasando de 42 a 24 mensualidades. Lo que significa que, a partir de determinada antigüedad, la valoración de los daños y perjuicios eventualmente producidos de forma real por la decisión injustificada de cese queda congelada.

La aplicación de los parámetros anteriores (a y b) permite ofrecer la siguiente tabla que recoge las indemnizaciones que corresponderían a las personas trabajadoras ante despidos sin causa:

Antigüedad en años	Mensualidades de indemnización	Salario Mínimo Interprofesional 2022 (1.166,66€*)	Sueldo Mediano (1.695,92 €*)	Salario más frecuente (1.540,81€*)
1 año	1,1	1.282,60 €	1.865,51 €	1.694,89 €
2 años	2,2	2.565,20 €	3.731,02 €	3.389,79 €
3 años	3,3	3.847,80 €	5.596,53 €	5.084,68 €
4 años	4,4	5.130,40 €	7.462,04 €	6.779,57 €
5 años	5,5	6.413,00 €	9.327,55 €	8.474,46 €
6 años	6,6	7.695,60 €	11.193,06 €	10.169,36 €
7 años	7,7	8.978,20 €	13.058,57 €	11.864,25 €
8 años	8,8	10.260,80 €	14.924,08 €	13.559,14 €
9 años	9,9	11.543,40 €	16.789,59 €	15.254,04 €
10 años	11	12.826,00 €	18.655,10 €	16.948,93 €
11 años	12,1	14.108,60 €	20.520,61 €	18.643,82 €
12 años	13,2	15.391,20 €	22.386,12 €	20.338,71 €
13 años	14,3	16.673,80 €	24.251,63 €	22.033,61 €
14 años	15,4	17.956,40 €	26.117,14 €	23.728,50 €
15 años	16,5	19.239,00 €	27.982,65 €	25.423,39 €
16 años	17,6	20.521,60 €	29.848,16 €	27.118,29 €
17 años	18,7	21.804,20 €	31.713,67 €	28.813,18 €
18 años	19,8	23.086,80 €	33.579,18 €	30.508,07 €
19 años	20,9	24.369,40 €	35.444,69 €	32.202,96 €
20 años	22	25.652,00 €	37.310,20 €	33.897,86 €
21 años	23,1	26.934,60 €	39.175,71 €	35.592,75 €
22 años o más de antigüedad	24	27.984,00 €	40.702,04 €	36.979,48 €

Fuente: Encuestas de Estructura Salarial, INE (2019, último año de la estadística).

*Los salarios incluyen la prorrata de las pagas extraordinarias.

Por tanto, de nuevo, es fácil concluir la **desconexión absoluta entre el daño producido por el despido y la indemnización reconocida por la legislación española**. Una trabajadora de 52 años (edad a partir de la cual el ordenamiento español prevé un subsidio debido a su muy difícil empleabilidad), con 2 años de antigüedad en la empresa, con responsabilidades familiares a su cargo y habiendo percibido el salario más habitual, según el Instituto Nacional de Estadística, percibiría en caso de despido injustificado 3.389,79 € de indemnización. La misma cantidad que un joven de 25 años, sin hijos, al que se le extinga su contrato sin alegar una justa causa.

En ambos casos es fácil apreciar que la indemnización por un despido injustificado, arbitrario e ilícito no es resarcitoria ni disuasoria

- c) **Para reforzar el cálculo sobre una base solo económica y predeterminada por ley se han eliminado los salarios de tramitación, esto es, la indemnización correspondiente al lucro cesante desde que se produce el despido** (en España es inmediatamente ejecutivo desde que toma la decisión el empleador) hasta la sentencia declarativa de la ilicitud, salvo que el empleador decida readmitir, lo que, evidentemente, sucede en muy pocas ocasiones. En todo caso, la inclusión de esta componente del daño por despido queda al albur de la empresa, a la que basta con asumir la indemnización -cada vez más reducida- para librarse de pagar esta indemnización por lucro cesante.

Conviene advertir para completar el panorama normativo (y jurisprudencial) español en materia de indemnización por despido injusto o sin causa, o con causa irreal que:

- a) **Incluso cuando el empleador opta por la readmisión**, debiendo asumir el pago de salarios de tramitación, **se omite/excluye cualquier posibilidad de reclamar eventuales daños producidos realmente por el despido** (daño emergente y daños morales o a la salud -siempre que no constituyan violación del derecho a la integridad personal ex art. 15 Constitución Española-) en el ámbito personal, familiar y patrimonial de la persona trabajadora injustamente despedida, aún readmitida. Por lo tanto, quedan al margen de toda acción compensación alguna.
- b) El mismo mecanismo indemnizatorio, automático y objetivado, procede en los llamados **“despidos indirectos”** ex art. 50 ET, esto es, **aquellas extinciones contractuales que son realizadas por las personas empleadas, pero a causa de un incumplimiento contractual grave** (por lo general culpable, aunque no necesariamente) **por parte de la empresa**.

Más aún. Incluso cuando la rescisión se produce basada en un incumplimiento por parte de la empresa “que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador”, como sería una modificación sustancial de condiciones de trabajo al margen del procedimiento que se establece (art. 50.1 a) ET), la indemnización correspondiente será solo la

predeterminada de manera automática por la ley para el despido improcedente (art. 50.2 ET). Por tanto, ni se contemplan ni en la práctica se valoran daños personales como los relativos a la dignidad (art. 10 Constitución española) o a la salud de la persona (arts. 40 y 43 Constitución Española), salvo que quede probado que son constitutivos, a su vez, de violación de un derecho fundamental, como el derecho a la integridad personal ex art. 15 CE

- c) También para los casos de despidos colectivos sin causa justificada, esto es, “no ajustados a derecho”, la indemnización por la decisión arbitraria o sin causa eficaz será la propia del despido improcedente (arts. 51 ET y 124 LRJS).** En consecuencia, una cuantía también ajena a toda valoración de daños reales, aplicándose el mecanismo de resarcimiento predeterminado legalmente y automático según salario y periodo de antigüedad. Una vez más hay que poner de relieve que, incluso si el despido, colectivo en sí o los individuales derivados de la impugnación por cada persona trabajadora de su despido a causa del cese colectivo (art. 124. 11 LRJS), es declarado nulo, tampoco procederá en tales casos indemnización por daños reales eventuales, por cuando solo procede readmisión y salarios de tramitación.

2.2.3. La reciente reforma (2021) no ha modificado la regulación del despido

El reciente Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo perseguía reducir la contratación temporal en España, muy por encima de la media europea, y reforzar el nivel sectorial, para evitar que la competencia desleal a la baja entre empresas perjudicara los derechos laborales de las personas trabajadoras. Así, la modificación de régimen de despido no se abordó por los agentes sociales. De forma expresa la institución relativa al derecho indemnizatorio en caso de despidos improcedente, aquellos sin causa o con causa ficticia (disciplinaria, objetiva o colectiva), ha quedado fuera de la reforma, pese a que la UGT es consciente de la urgencia y necesidad de reformar esta materia.

Pero, para esta reforma, ha primado el mecanismo del consenso y, ante la radical oposición de la patronal a tocar este aspecto especialmente “lesivo” de la reforma de 2012, incluso para aquellos despidos injustificados de las personas trabajadoras con unas peores condiciones salariales y con poco tiempo de prestación de servicios, se ha asumido que esta cuestión deberá esperar o seguir otro camino jurídico. Este es el que, justamente, ahora emprende la UGT en la primera oportunidad que tiene de hacerlo, esto es, el de impugnar esta situación ante los niveles internacionales, como es prioritariamente el Consejo de Europa, una vez que España ha ratificado tanto la Carta Social Europea revisada como el procedimiento sobre reclamaciones colectivas. Una vía jurídico-social que, obviamente, no pudo utilizar hasta ahora al no estar aceptada.

Ante las razones de mera oportunidad política-social esgrimida por el Gobierno, y el rechazo patronal a tocar esta medida, por puro cálculo económico de ahorro de costes (ni siquiera de competitividad, porque la competitividad depende más de la inversión, también en mano de obra, que de la devaluación de costes laborales), UGT, como sindicato más representativo a nivel estatal, considera que deben primar las razones jurídicas y sociales del derecho a una indemnización adecuada ex art. 24 CSER.

2.3. La inexistencia de vías legales alternativas factibles o efectivas

No existen en la legislación española alternativas reales y efectivas para lograr una valoración de los daños que concretamente se hayan podido producir a causa del despido improcedente, tampoco del despido nulo (salvo -excepcional- violación de derechos fundamentales en sentido estricto -arts. 14 a 30 ET-, que no incluyen ni el derecho a la salud ni el derecho a la dignidad de la persona propiamente). Cierto, teórica y formalmente sería posible abrir alguna vía a tal fin, pero o bien han venido siendo cerradas en su aplicación práctica por la jurisprudencia, que las descarta de forma general -también para casos particulares- por ser la norma laboral especial y excluyente respecto de otras civiles, o bien, aunque se aceptan de forma particular, para casos muy excepcionales, hasta ahora no se conoce ni un solo caso en el que haya sido aplicada por sentencia firme.

En efecto, en primer lugar, cabría entender que, en supuestos de flagrante actuación ilegal, que inciden no solo en la relación contractual sino en la dignidad misma de la persona trabajadora, como el despido arbitrario o sin causa real, donde la empresa ni tan siquiera hace el más mínimo esfuerzo por probar la causa que dice existir para justificar el despido, hasta reconocer incluso de inmediato que la causa que da en la carta de despido es injustificada, se abriría la vía resarcitoria integral del **art. 1101 y ss. del Código Civil**. Por tanto, en abstracto, formalmente, podría tenerse como compatible el artículo 56 ET con el 1.101 CC, que proclama el resarcimiento total de todos los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual. Sin embargo, como reconoce recientemente la STSJ Asturias 2094/2021, 19 de octubre, ratificando el criterio jurisprudencial -y constitucional- consolidado, el artículo 1.101 CC, referente a la culpa contractual civil, no sería aplicable al cese arbitrario de un contrato de trabajo, porque ese precepto tiene una conexión intrínseca con la naturaleza jurídica del contrato cuya infracción se aduce. El contrato de trabajo sería un contrato específico que se regula por normativa propia y sólo en su defecto entra en juego la subsidiaria ordinaria civil. Pero el ordenamiento laboral, aquí, se integra con una regulación completa, especial y excluyente de cualquier otra.

“...bajo la normativa propia del despido improcedente en cuyo instituto jurídico se condensan, con sus normas procesales, sus plazos de caducidad y sus preceptos sustantivos, las consecuencias jurídicas indemnizatorias de la improcedencia de la

ruptura contractual indebida. No cabe...postular resultados indemnizatorios de un despido de forma diversa a la que la ley tasa y, en consecuencia, no le resulta de aplicación a la extinción contractual improcedente un precepto genérico al existir uno específico – el artículo 56 ET – que pospone la aplicabilidad del invocado. Al no apreciarse la vulneración de derecho fundamental, no puede tener éxito la pretensión de indemnización que no puede anudarse a la declaración de improcedencia efectuada en la resolución de instancia...”.

No cabe, pues, realmente ni acumular la indemnización extintiva del art. 1101 CC a la del art. 56 ET (art. 26 LRJS) ni introducir parámetro valorativo concreto de daños reales, porque:

“La ley establece por la pérdida del puesto de trabajo por causa ilegal una reparación del daño, con carácter objetivo, sin conexión real directa con el efectivo perjuicio producido, con independencia de la cuantía real de los perjuicios, pero también sin necesidad de probar su existencia, presumiéndose que el daño siempre se produce, tanto en el campo laboral o profesional, como de orden afectivo-inmaterial o de orden moral (STS 29-1-97). La finalidad de la indemnización es sustituir la readmisión truncada, mutando la obligación de readmitir por una indemnización de daños y perjuicios legalmente tasada (SSTC 61/1992 de 23 de abril de 1992) y ello porque toda extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario siempre da lugar a unos perjuicios (STC 103/1990 de 4 de junio de 1990)»

De este modo, el tribunal superior de justicia de la Comunidad de Asturias - cuyas resoluciones actúan como una “pequeña casación”, por cuanto es excepcional que se admita un recurso de unificación de doctrina contra ella, operando cuando haya otra decisión de suplicación con doctrina contraria, o una decisión del TC o del TJUE que pueda oponérsele- **revoca la sentencia del juzgado de instancia que sí había aceptado la vía del art. 1101 Código Civil** para cubrir la insuficiencia protectora del art. 56 ET. De este modo, la doctrina fijada se mantiene en la tradición del Derecho de precedentes español, del TS y del Tribunal Constitucional.

Que esta es la posición jurisprudencial y de doctrina judicial mayoritarias lo confirman otras recientes sentencias de Tribunales regionales o autonómicos, que actúan como “cuasi casación”, como la STSJ País Vasco 916/2021, 1 de junio. En ella se ratifica el inveterado criterio jurisprudencial del TS, aceptado, con mayor o menor resignación, por la gran mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia regionales o autonómicos. Así:

«Lo cierto esta Sala tiene un criterio contrario a fijar otra indemnización distinta a la ya prevista en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (...) para el caso de despido improcedente y ello porque, partiendo de que el artículo 10 del Convenio 158 OIT...y también el derecho «a la protección en caso de despido» fijado en el artículo 24 de la Carta Social europea revisada... se consideraron cumplidos por el legislador al operar las sucesivas reformas del artículo 55 y 56 ET... y en concreto,

así se considera en nuestra actual legislación vigente – producto de la reforma laboral producida en el año 2012-, de suerte **que la jurisprudencia tradicional ha considerado que esa indemnización legalmente prevista en aquellos artículos para el despido improcedente tiene condición de indemnización previamente tasada legalmente... asumiéndose que ese sistema no responde a la idea de «restitutio ad integrum» de los perjuicios causados, sino a lo que el legislador considera que es la indemnización «adecuada»...** En tal sentido, puede ser mencionada la **sentencia de Pleno de dicha Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 (sentencia 1450) y la allí citadas».**

La doctrina jurisprudencial tradicional ha venido manteniéndose inalterada. Se afirma, así, por ejemplo, en la STS de 31 de mayo de 2006, recurso de unificación de doctrina 5310/2004. No cabe, pues, una doble indemnización, una en la esfera del derecho civil y otra en la particular y especial del derecho del trabajo. La cita de sentencias que resuelven recursos de suplicación reafirmando una y otra vez el carácter excluyente de la indemnización tasada ex art. 56 ET respecto de cualquier otra en el sistema jurídico español, incluso por aplicación de normas del orden internacional, sea de la OIT sea del Consejo de Europa, es casi infinita. Por ejemplo, siempre limitándonos a las últimas, esta incompatibilidad es reafirmada por la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (ej. STSJ Madrid 1 de marzo de 2021, rec. 596/2020 y STSJ Madrid 18 de marzo de 2021, rec. 360/2021) o del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (ej. STSJ Galicia 23 de marzo 2021, rec. 360/2021).

No faltan, sin embargo, otras doctrinas de suplicación también muy recientes que, en aplicación del juicio de convencionalidad ex art. 96 Constitución Española (CE) en relación con el citado art. 10 del Convenio 158 OIT, consideran que sería posible abrirse a una indemnización complementaria. A su juicio

“...nuestra legislación positiva regula un concreto supuesto de disponibilidad sobre las indemnizaciones tasadas; en concreto, el artículo 281.2 b) LRJS permite el incremento de los límites del artículo 56 ET en hasta quince días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades. Ciertamente...a nuestro juicio es este un precepto aplicable por analogía en los singulares supuestos analizados, al poner en evidencia la voluntad legislativa de permitir superar los umbrales ordinarios, imponiendo otro límite superior...” (STSJ Cataluña 3812/2021, 14 de julio -reitera otras varias dictadas a lo largo de 2021-). En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Navarra (STSJ Navarra 24 de junio 2021, rec. 198/2021) y Castilla y León (STSJ Castilla-León/Valladolid 1 de marzo 2021, rec. 103/2021).

Ahora bien, conviene hacer algunas puntualizaciones para evidenciar lo confusa y lo irreal que resulta esta eventual vía, teórica o formal de apertura indemnizatoria. A saber:

- a) En primer lugar, no deja de tratarse de otra vía también automática, objetiva, que no permite una valoración real de daños, sino solo un suplemento o plus en función de la valoración realizada por el órgano jurisdiccional según su criterio,

más vinculado al incumplimiento de la obligación asumida judicialmente que al incumplimiento contractual mismo. Se apela a ella para evitar “subjetivismos en la valoración de daños” que pueda causar incertidumbre en los operadores

- b) En segundo lugar, en efecto, la medida indemnizatoria suplementaria se diseña más como una “sanción disuasoria” de incumplimientos de sentencias, porque presupone una ejecución defectuosa o irregular de la sentencia recaída en el pleito por despido. La indemnización presupone, pues, añadir un nuevo daño a los que pueden derivar del despido injusto o arbitrario, como es la readmisión irregular de la persona trabajadora una vez la empresa ya optó, tras la condena judicial, por la readmisión, que ahora incumpliría.

Literalmente, el precepto de referencia prevé:

“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 de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades. En ambos casos, se prorratearán los periodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto” (de incidente de no readmisión)

En suma, la indemnización sigue siendo tasada -dentro de una cierta horquilla de valoración judicial- y con techo máximo, vinculándose el plus no tanto a los daños típicos del despido injusto o arbitrario sino asociados a la “no readmisión o por la readmisión irregular”. En última instancia, lo que se “sanciona” es la falta de respeto a la sentencia y a la palabra dada por la empresa de cumplimiento de aquélla, pese a que la decisión de readmitir era libre para la empresa, incumpléndola o cumpliéndola de una manera defectuosa, irregular. Esto es, a la arbitrariedad del despido sumaría la de la readmisión

- c) En todo caso, de forma expresa, esta doctrina judicial más aperturista señala que tal indemnización complementaria **procedería como “regla excepcional”**, nunca como regla general, ni tan siquiera como una situación probable o frecuente. Y ello porque para que prospere tal acción indemnizatoria complementaria por los daños reales que se deriven del despido injustificado se precisan tres requisitos:
- Que quede constatada la “notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua” (dato fáctico: insuficiencia clara de la indemnización legalmente tasada en el caso concreto)
 - Que “sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato” (dato jurídico: plus de antijuridicidad del despido asociado a la manifiesta arbitrariedad del cese).

- Que la persona trabajadora perjudicada por una manifiesta arbitrariedad en su cese y por la notoria insuficiencia de la indemnización legal en el caso pruebe de forma fehaciente todos los daños alegados, tanto los patrimoniales como los morales. En este caso, sería de aplicación el art. 1106 del Código Civil (requisito o dato procesal: la prueba efectiva del daño, incluso el moral)

- d) Como conclusión, no valorativa (que se hará en el apartado relativo al mérito, a los fundamentos de hecho de esta reclamación), sino puramente descriptiva de la realidad, y buena prueba de lo restringidísima de esa posibilidad en la práctica, es que, **hasta ahora, no ha habido ni un solo caso en el que un Tribunal Superior de Justicia español (suplicación o apelación) confirme una sentencia de instancia social que apreciase esta indemnización complementaria, siendo todas ellas revocadas.**

En suma, ni la jurisprudencia española acepta vía alguna para complementar la indemnización tasada del art. 56 ET, en virtud de la prueba de daños reales para corregir su insuficiencia resarcitoria (inadecuación indemnizatoria del despido arbitrario) y/o garantizar el debido efecto disuasorio, ni la minoritaria doctrina judicial que lo admite, de forma teórica y excepcional, ha conocido aún caso alguno de éxito de tal acción. Por lo tanto, **entender que el ordenamiento español está abierto a esa vía complementaria sería resultado solo de una interpretación puramente formal, abstracta, estrictamente teórica o meramente hipotética, carente de efectividad, además de extremadamente incierta, por carecer de la debida razonabilidad fáctica.**

Para reafirmar cuál es el estado de situación creado por la normativa española en la materia es útil traer a colación un reciente informe oficial (del Ministerio del ramo, esto es, del Ministerio de Trabajo español). Sin perjuicio del análisis valorativo que se hará en el apartado sobre el fondo de esta reclamación colectiva, por entender representa un importante argumento en términos de prueba estadística, consideramos adecuado completar la imagen de situación jurídico-fáctica y social respecto al despido injustificado con el Informe publicado el año 2020, por primera vez en España, relativo a una estadística sobre el coste de los despidos en España. El estudio abarca los años comprendidos entre 2015 y 2018¹:

- en España la media anual de despidos ronda los 435.000 y afectan a 429.000 personas empleadas
- **La indemnización media es de 9.642 euros**

¹ Disponible en: <https://www.publico.es/economia/coste-despido-radiografia-despido-espana-facil-barato-desigual.html>

- En los años 2017 y 2018 la media bajó considerablemente.
- La disparidad indemnizatoria es enorme y crece, pues puede llegar a ser de 200 a 1 según el caso. En el caso de los despidos en el sector bancario (con más salarios y mayor antigüedad) el despido reportó una indemnización media de 59.128 euros –la más altas de todas–, mientras que **el despido de una persona empleada en la hostelería, con el mismo tipo de contrato fijo, se quedó en los 6.000 euros. Es decir, 10 veces menos.**
- La misma persona empleada de hostelería **sólo hubiera percibido 661,3 euros – casi diez veces menos– de tener un contrato temporal, aún a tiempo completo.**

Además, se constata que se ha reducido la media indemnizatoria en los dos últimos años, a raíz de las reformas y la creciente devaluación del mercado de trabajo, por las crisis y por las decisiones legislativas. **Así, ha pasado de una media de 10.000 euros en 2015, a 9.300 euros en 2018.**

2.4. El carácter marginal del derecho a la readmisión: los despidos nulos por violación de derechos fundamentales o por expresa previsión legal (ej. despidos colectivos al margen del procedimiento legal o fraudulento)

Aunque, como ya se evidenció, el derecho a la readmisión no asegura el derecho a una indemnización adecuada, pues no se deja margen legal a valorar los daños reales -salvo violación de derechos fundamentales²-, es evidente que sí mejora notablemente la protección frente a un despido sin causa o con causa inválida o injustificada. No solo permite retomar la relación laboral, sino que integra la indemnización por el lucro cesante, esto es, los periodos de tiempo sucedidos desde el despido efectivo -cuando el empresario toma la decisión- hasta la sentencia.

Sin embargo, en España, esta posibilidad es, como ya se apuntó, muy limitada, casi excepcional, por cuanto solo se produce en los casos de despidos con violación de derechos fundamentales o si así lo prevé de forma expresa la ley laboral (no por eventual aplicación de normas civiles, como el art. 6.4 del Código Civil español). Sería el caso de los despidos colectivos con violación del procedimiento establecido o contrario a la buena fe, o incluso el despido colectivo en fraude de ley. Sin embargo, como también se apuntó y ahora se enfatiza, **el Tribunal Supremo español no acepta calificar como nulo un despido individual o grupal que se considere fraudulento o abusivo por incurrir en**

² Aunque, según la STC 61/2021, de 15 de marzo, la violación de un derecho fundamental en la decisión de despido no tiene por qué conllevar obligatoriamente la nulidad, siendo esta una opción de política legislativa estatal. En cambio, sí que debe suponer siempre una indemnización de daños y perjuicios por la violación de tal derecho. Esta doctrina ha sido muy criticada, incluso desde dentro, pues cuenta con un fundamentado voto particular.

arbitrariedad a la hora de invocar una causa de despido, a sabiendas de que es ficticia o irreal, como probaría el que reconozca la improcedencia en el mismo momento de la entrega de la carta que imputa una causa disciplinaria (ej. falta de rendimiento) u objetiva (ej. necesidades productivas u organizativas, o causas económicas) y el que no haga intento alguno de acreditación probatoria en juicio. La jurisprudencia ha limitado los efectos de la nulidad judicial a los supuestos explícitamente recogidos en la norma (STS 5 de mayo 2015, rec. 2659/2014).

2.5. El modelo de garantía de renta social en caso de despido improcedente: el derecho a una prestación por desempleo si se reúne el periodo cotizado previsto

La persona trabajadora despedida, incluso de forma procedente, por lo tanto, también en caso de la improcedencia de su despido, tiene el derecho, siguiendo la previsión de los arts. 10 y 12 Convenio 158 OIT, a la protección por desempleo. Esta situación está protegida por la seguridad social española ex art. 267.1 a, 3º TRLGSS (Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social). Se trata, pues, de una prestación contributiva (aseguradora) y pública. Así:

“En el supuesto previsto en el artículo 111.1.b) LRJS, durante la tramitación del recurso contra la sentencia que declare la improcedencia del despido el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario, con derecho a percibir las prestaciones por desempleo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el presente título, por la duración que le corresponda conforme a lo previsto en los artículos 269 o 277.2 de la presente ley, en función de los periodos de ocupación cotizada acreditados”.

Conforme al art. 269 TRLGSS, la duración de la prestación por desempleo estará en función de los periodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, con arreglo a la siguiente escala:

Periodo de cotización (en días)	Periodo de prestación (en días)
Desde 360 hasta 539	120
Desde 540 hasta 719	180
Desde 720 hasta 899	240
Desde 900 hasta 1.079	300

Desde 1.080 hasta 1.259	360
Desde 1.260 hasta 1.439	420
Desde 1.440 hasta 1.619	480
Desde 1.620 hasta 1.799	540
Desde 1.800 hasta 1.979	600
Desde 1.980 hasta 2.159	660
Desde 2.160	720

En suma, se necesita un mínimo de un año cotizado en un periodo previo de 6 años inmediatamente anteriores a la situación legal de desempleo para poder acceder a una prestación de 120 días (4 meses). Cada 6 meses de periodo adicional cotizado dará lugar a una prestación de 60 días más. Conforme al art. 270 TRLGSS, la cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora (que descarta determinadas cantidades retributivas, como las horas extraordinarias, los siguientes porcentajes: **el 70% durante los ciento ochenta primeros días y el 50 % a partir del día ciento ochenta y uno.**

Como puede verse, a partir de los 6 meses de prestación la cuantía deviene del todo ajena al principio de suficiencia de la prestación, pues un 50% de la base reguladora (algo menos de la mitad de lo que sería su salario) es evidente que no permite cubrir de una forma mínima y digna las necesidades personales y familiares ordinarias. De ahí que sea una fuerte presión para que la persona desempleada busque intensamente empleo. Y mantiene una lógica fuertemente contributiva o aseguradora, porque la reducción de la cuantía actúa de forma automática, predeterminada legalmente y al margen de cuáles sean realmente las necesidades de la persona despedida injustamente o de la unidad familiar que encabeza.

Como veremos, también la reforma de 2012 incidió en esta materia en un sentido reductivo. Antes de la reforma la prestación era del 60 por cien, a partir de los 6 meses, y desde entonces del 50 por cien.

3. Sobre la admisibilidad de la reclamación colectiva

3.1. El Estado contra el que se dirige la denuncia colectiva: España tiene aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas

La reclamación colectiva se dirige contra España. Al igual que otros Estados contra los que ha recaído, como en el caso de Italia, un pronunciamiento de disconformidad de su regulación relativa al derecho indemnizatorio por despido injustificado, España tiene ratificada la Carta Social Europea Revisada, con efectos desde el 1 de julio de 2021. Así se prevé en el **Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada)**, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, publicado en el «BOE» núm. 139, de 11 de junio de 2021³. La CSE Revisada entró en vigor para España **el 1 de julio de 2021**, de conformidad con lo dispuesto en su Parte VI, artículo K, apartados 2 y 3.

Del mismo modo, el procedimiento de reclamaciones colectivas entró en vigor para España el propio 1 de julio de 2021, al realizar la declaración prevista al efecto en el artículo D de la CSE Revisada; declaración contenida en el instrumento de ratificación depositado el 17 de mayo de 2021 y que figura publicada en el citado «BOE».

3.2. La reclamación es asimismo admisible *ratione temporis* y *ratione materiae*

El marco regulador del Estado español sobre el despido sin causa o con causa irreal o ficticia que se denuncia en la presente reclamación como claramente contrario al artículo 24 CSER (descrito en el apartado 2, supra, y confrontado en cuanto al fondo con el citado artículo 24 CSER en el apartado 4, infra), haya sido adoptado con anterioridad al 1 de julio de 2021 (fecha de efectos de la CSER y del procedimiento de reclamaciones colectivas para España) es anterior a la ratificación de la CSER y a la aceptación del procedimiento de reclamación colectiva. Pero dicha legislación controvertida sigue vigente en el momento de formular la reclamación y, en consecuencia, establece un marco normativo que avala una situación jurídica y fáctica vulneradora de manera continua y persistente del artículo 24 CSER (por ejemplo, FMDH c. Grèce, réclamation n° 30/2005, décision sur le bien-fondé du 6 décembre 2006, §193; COHRE c. Croatie, réclamation n° 52/2008, décision sur la recevabilité du 30 mars 2009, §18, y FIDH c. Grèce, réclamation n° 72/2011, décision sur le bien-fondé du 23 janvier 2013, §§46-48). En suma, el Comité tiene competencia *ratione temporis* para conocer la presente reclamación.

En conexión con lo anterior, el objeto de la reclamación tiene que ver con la violación del artículo 24 CSER, disposición aceptada por España. De hecho, en su Instrumento de Ratificación, España ha aceptado todas las disposiciones sustanciales de la CSER, convirtiéndose en el tercer país en haber asumido el contenido íntegro de la CSER junto con Francia y Portugal. Por consiguiente, la reclamación es admisible igualmente *ratione materiae*.

³ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9719

3.3. La organización sindical que presenta la denuncia colectiva: Unión General de Trabajadores (y trabajadoras) (UGT)

La Unión General de Trabajadores (UGT) es uno de los sindicatos de clase más representativos en el ámbito estatal del Reino de España. Como sindicato de clase tiene una dilatada historia de reivindicación obrera. Se fundó en 1888. Constituye una entidad social de relevancia constitucional según los arts. 7 y 28 de la Constitución Española, conforme a la doctrina constitucional establecida a tal fin, que le reconoce no solo la naturaleza de sujeto contractual sino de acción social e institucional (STC 18/1984).

Desde su legalización en 1977, tras la dictadura franquista, UGT está estructurada internamente como una confederación sindical integrada por federaciones estatales que agrupan a las personas trabajadoras en función de los diferentes sectores económicos. Para la coordinación de estas estructuras en los ámbitos administrativos territoriales existen las uniones de comunidad autónoma. El Comité Confederal es el máximo órgano de decisión entre congresos, y se reúne de manera ordinaria dos veces al año. Tras el 43º Congreso Confederal de UGT (mayo 2021) se aprobó el cambio de nombre por el de "Unión General de Trabajadoras y Trabajadores de España", conservando el acrónimo UGT.

Forma parte de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y está igualmente afiliada a la Confederación Internacional de Sindicatos.

Para una mayor información sobre UGT vid. (<https://www.ugt.es/>).

3.4. La legitimidad activa de la UGT para presentar reclamaciones colectivas ante el CEDS como sindicato más representativo en el plano estatal.

La UGT tiene plena legitimación activa para presentar reclamaciones colectivas en virtud del art. 1, letra c) del protocolo. UGT está incluida entre las organizaciones que, según este precepto, son competentes para presentar reclamaciones en las que se denuncie la aplicación insatisfactoria de la CSE Revisada, como es este caso en relación con su art. 24. UGT constituye una de

“c) las organizaciones nacionales representativas...de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación”.

Como fácilmente comprobará el Comité, además de su representatividad, UGT es competente y especialmente cualificada para denunciar violaciones de los derechos laborales reconocidos en la Carta Social Europea (primero en su versión originaria de 1961 y Protocolo de 1988, y ahora en su versión revisada de 1996), como viene demostrando no solamente en mediante su experiencia en el ámbito interno, sino

igualmente desde hace años a través de la presentación de observaciones ante el Comité en el contexto del sistema de informes (el único que vinculaba a España hasta la reciente aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas con efectos desde el 1 de julio de 2021).

La UGT ejerce la acción de reclamación colectiva a través del órgano que tiene atribuida la representación para ejercer la competencia, en virtud de sus estatutos, de reclamaciones. Actualmente, la Secretaría General de UGT está desempeñada por Don José María Álvarez Suárez.

Conforme a su artículo 4, esta reclamación se presenta por escrito y se refiere a una concreta disposición de la Carta, el art. 24 CSER, aceptada por el Estado denunciado, España, afectada y, en el siguiente apartado, se especificará en qué medida dicha Parte no ha garantizado la aplicación satisfactoria de dicha disposición (apartado 4, infra).

Esta reclamación se ha dirigido, conforme al art. 5 del Protocolo de aplicación, a la persona que ocupa el cargo de Secretaría General, a quien se solicita dé el trámite más adecuado, conforme a la previsión de este artículo.

4. Sobre el fondo de la reclamación colectiva: razones de la disconformidad de la normativa española al derecho a una indemnización adecuada ex art. 24 CSER.

El artículo 5 del Protocolo sobre reclamaciones colectivas requiere que la entidad legitimada reclamante exponga de forma precisa y específica las razones por las cuales, su entender, la normativa nacional denunciada, en el caso la española, no satisface, o resulta disconforme con, las exigencias establecidas en el precepto de la CSER afectado, en este caso el artículo 24 CSER (derecho a la protección frente al despido). A lo largo de las páginas que siguen se tratará de explicitar de forma ordenada los argumentos en los que UGT sustenta su reclamación colectiva y pretende un pronunciamiento no solo de admisibilidad, sino de estimación de esta por parte del CEDS.

4.1. El art. 24 de la CSER y la jurisprudencia pertinente del CEDS

4.1.1. Principios fundamentales de la doctrina jurisprudencial consolidada del CEDS en relación con el art. 24 CSER.

El art. 24 de la CSER (derecho a protección en caso de despido) prevé que, a fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas trabajadoras a la protección en casos de despido, los Estados parte (en este caso España) se comprometen a reconocer:

- a) el derecho de todas las personas trabajadoras a no ser despedidas sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio
- b) el derecho de las personas despedidas sin alguna de aquellas razones válidas a **“una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”**.

A tal fin, los Estados Parte (en este caso, España) está obligados a comprometerse a garantizar que cualquier persona trabajadora que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial.

A partir de este texto normativo, a través de una interpretación sistemática y expansiva, también evolutiva, en relación con otros preceptos del sistema multinivel de protección frente al despido injustificado, en especial del Convenio 158 OIT y de la doctrina de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR⁴), el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), ha fijado varios criterios o pautas generales de interpretación (principios) del art. 24 CSER, consolidados en virtud de una copiosa y consolidada doctrina jurisprudencial. A saber:

- a) Principio de **adecuación/integridad** de la tutela indemnizatoria
- b) Principio de **efectividad** de la protección resarcitoria
- c) Principio de **efecto disuasorio** de la decisión de futuros despidos arbitrarios o sin causa justificada en las personas empleadoras

La aplicación concreta de estos principios implica varias garantías de protección para las personas trabajadoras. De un lado, la adecuación y efectividad deberían asegurar una indemnización suficiente para compensar las retribuciones efectivamente dejadas de percibir desde el despido hasta la sentencia declarativa de su ilegitimidad.

De otro, el reconocimiento del derecho a la reintegración o a la readmisión, cuando esta sea la solución más adecuada para la protección efectiva de la persona empleada y arbitrariamente despedida (aunque la reintegración no se prevé expresamente en el art.24 CSER el CEDS, inspirándose en el cuerpo de doctrina interpretativa del art. 10 Convenio 158 OIT fijada por la CEACR, lo ha integrado en su conjunto de garantías de efectividad del derecho a una reparación adecuada) o una indemnización adecuada del daño efectivamente sufrido a consecuencia del despido injustificado sufrido y decidido por la empresa. Finalmente, en relación con la indemnización, el CEDS, aunque no duda en reconocer un cierto margen de discrecionalidad o libertad en la fijación del modelo

⁴ <https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>

de cálculo de la indemnización adecuada, viene reprobando la introducción de sistemas tasados (“*plafonds*”) rígidos, por contrarios al art. 24 CSER. Y ello porque impediría a los órganos judiciales nacionales cuantificar una adecuada reparación en caso de despidos ilegítimos, incluso especialmente arbitrarios, que, sin embargo, sí procederían conforme a las reglas y principios del derecho civil (ej.: en España, los arts. 1101 y ss.), así como del Derecho Constitucional (ej.: en España, el art. 183 LRJS).

4.1.2. Valoración específica de la CEDS con respecto a las legislaciones nacionales: la Decisión de Fondo de 11 de septiembre de 2019, reclamación 158/2017 (Confederazione Generale Italiana del Lavoro -CGIL- c. Italia)

Estas pautas interpretativas y el sistema de garantías derivado del art. 24 CSER han sido afanosamente establecidas por el CEDS en una copiosa doctrina jurisprudencial y que se conforma tanto en las Conclusiones, establecidas en el marco del sistema de control de los Informes nacionales, como en las Decisiones de Fondo, dictadas a raíz de la presentación de reclamaciones colectivas análogas a las que aquí se presentan. Todas ellas han sido cuidadosamente recopiladas en la relativamente reciente **Decisión de Fondo de 11 de septiembre de 2019, reclamación 158/2017**, presentada por la CGIL contra el Estado italiano. El sindicato querellante, CGIL, alegó que la normativa italiana (análoga a la española) relativa a la protección aplicable a las personas empleadas del sector privado en caso de despido ilegítimo establecía un mecanismo para el cálculo de la indemnización legalmente predeterminado y topado, desvinculado tanto de los daños reales sufridos como de cualquier efecto disuasorio, en claro contraste o violación del artículo 24 de la CSER. El CEDS, una vez admitida la reclamación, la estimó, adoptando una decisión de fondo condenatoria⁵, por entender que los sistemas de establecimiento predeterminado y automático de las cuantías indemnizatorias por despidos arbitrarios o sin causa justificada es contrario al sistema de la CSER. A esta conclusión llega trayendo a colación decisiones previas, como: Conclusiones de 2008 y 2012 relativas a Finlandia, así como la decisión de fondo relativa a este mismo país en 2016.

La doctrina queda precisamente establecida en su apartado 96, según el cual

“Le Comité rappelle que tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est en principe, contraire à la Charte... En cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d’autres voies de droit et les juridictions compétentes pour accorder une indemnisation pour le

⁵<https://hudoc.esc.coe.int/fre/#{%22sort%22:%22ESCPublicationDate%20Descending%22,%22ESCDcIdentifiant%22:%22cc-158-2017-dmerits-fr%22}>

préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable (*Finnish Society of Social Rights c. Finlande, réclamation n° 106/2014, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 8 septembre 2016, par. 46 ; Conclusions 2012, Slovénie et Finlande*)."

Asimismo, resulta muy importante a los efectos de la reclamación aquí planteada el razonamiento contenido en su apartado 98. Frente al alegato del Gobierno italiano de que, teórica y formalmente, sí había vías en el Derecho civil para obtener una protección más adecuada, incluso en términos de reintegración o readmisión, el CEDS asume de forma clara la contestación refutadora dada por la CGIL en sus alegaciones frente a las del Gobierno. En este sentido, el CEDS acepta la crítica de la CGIL conforme a la cual tal posibilidad no solo no se vincularía a la ilegitimidad del despido en el plano normativo, sino que sería una rara avis, y vinculados siempre a la decisión de nulidad del despido. En consecuencia, el CEDS afirma la necesidad de que la protección complementaria en el marco del Derecho civil sea igualmente real, efectiva, no solo hipotética.

En este sentido, el CEDS, en su apartado 99, concluye que el Gobierno no aporta ni ejemplos prácticos relevantes ni mucho menos una jurisprudencia consolidada que haga factible y previsible tal posibilidad de indemnización (incluso reintegración) íntegra, a fin de hacer efectivo el derecho a una reparación adecuada y disuasoria ex art. 24 CSER. Así:

"99...le Gouvernement n'a pas fourni d'exemples d'affaires dans lesquelles une réparation aurait été accordée pour licenciement illégal sur le fondement des dispositions relatives à la responsabilité civile ou en vertu de l'article 1418 du code civil. Le Comité note que cette disposition a été utilisée pour reconnaître la nullité de licenciements illégaux dans certains cas...mais considère que rien ne permet d'établir que ces exemples, issus de juridictions inférieures, soient indicatifs d'une jurisprudence stable et consolidée et qu'ils peuvent couvrir toutes les différentes hypothèses".

De ahí que el CEDS concluya, finalmente, coherente con su jurisprudencia, que ante la falta de pruebas concluyentes sobre la existencia de vías que permitan obtener de forma efectiva una indemnización suplementaria o adicional generalizada, en función tanto del resarcimiento íntegro de los daños como de su función disuasoria:

"104...ni les voies de droit alternatives offrant au travailleur victime de licenciement illégal une possibilité de réparation au-delà du plafonnement prévu par la loi en vigueur... ne permettent dans tous les cas de licenciement sans motif valable d'obtenir une réparation adéquate, proportionnelle au préjudice subi et de nature à dissuader le recours aux licenciements illégaux".

En suma, como reflejara el Comité de Ministros del Consejo de Europa (Resolución CM / ResChS (2020) 2)⁶, a la vista de esta Decisión de fondo del CEDS:

“...No permitir en todos los casos de despido sin motivo justificado obtener una indemnización adecuada, proporcional al daño sufrido y susceptible de disuadir el recurso a despidos ilegales...constituye una violación del artículo 24 de la Carta”.

Finalmente, conviene recordar que la Corte Constitucional italiana encontró en la doctrina jurisprudencial previa del CEDS un fundamento de apoyo sólido para concluir que el sistema de indemnización tasada legalmente, predeterminada según criterios de carácter objetivo y automático, al margen de los daños reales y de la función disuasoria de toda indemnización de esta naturaleza, también es inconstitucional. La Sentencia de la Corte Constitucional italiana 194/2018 tomó en consideración tanto las disposiciones pertinentes de la Carta como la doctrina del CEDS, como pautas interpretativas útiles.

4.2. Análisis de la legislación nacional con referencia a las disposiciones y propósitos establecidos en el art. 24 del CSER

4.2.1. Sobre la naturaleza cierta de la indemnización, predeterminada por la ley en razón únicamente del salario y la antigüedad

A la luz de la exposición realizada, primero del sistema español de reparación para reprobado los despidos injustificados y, a continuación, del sistema normativo de la CSER y de la doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 24 CSER, la contradicción de aquel respecto de este se hace muy patente o manifiesta. El art. 56 ET (y paralelo art. 110 LRJS) fija una indemnización para todo despido improcedente (injustificado, fraudulento, sin causa real o con causa ficticia, arbitrario)

únicamente conforme a un parámetro objetivo y de efecto automático: la antigüedad de servicio. Por lo tanto, la cantidad que resulta es equivalente a multiplicar determinados días de salario por año de servicios prestados (primero serían 45 días, hoy solo 33), con un techo máximo (primero fueron 42 mensualidades, ahora solo 24). Por tanto, la indemnización, como en el caso italiano, se fija al margen de cualquier referencia concreta al daño real sufrido, a la gravedad de la conducta empresarial o al efecto disuasorio de la misma para casos futuros.

Además, el órgano judicial no solo carece de capacidad real para modular la cuantía indemnizatoria resultante según estos parámetros legalmente predeterminados, y que se han venido revisando, tras sucesivas reformas, a la baja, sino que también resulta de

⁶ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809ce4dc

todo punto excepcional la posibilidad de establecer la readmisión como una medida de reparación adecuada, por cuanto solo es posible cuando la nulidad se prevé legalmente. Si bien teóricamente la aplicación de normas generales (como el artículo 6.3 y 6.4 Código Civil español⁷) podrían llevar a la nulidad del despido arbitrario, la jurisprudencia social consolidada excluye tal recurso, calificándolo en todos los casos de improcedente. En todo caso, la nulidad del despido en España, que implica la readmisión obligatoria, así como los salarios de tramitación (lucro cesante durante el tiempo de despido) tampoco conlleva indemnización de daños, salvo violación de derechos fundamentales.

El sistema indemnizatorio español, pues, al desvincularse por completo de los daños reales sufridos, tanto materiales como personales (morales), hasta excluir incluso, si el empleador no opta por la readmisión, los salarios de tramitación (daño por lucro cesante durante el periodo de despido hasta la sentencia condenatoria), así como carecer de toda referencia a efecto disuasorio alguno, mantiene en el Derecho español un régimen legislativo de reparación por despido injustificado que entra en conflicto directo con los principios jurídicos-sociales de adecuación-integridad, efectividad y efecto disuasivo. De conformidad con el art. 24 CSER y la doctrina jurisprudencial consolidada del CEDS estos tres principios deben concurrir en todo sistema nacional de garantías jurídicas previsto para la protección de las personas empleadas frente a los despidos injustificados, ilícitos o/y arbitrarios. En el caso español -como en el caso italiano-, los órganos judiciales no tienen capacidad ni para establecer la readmisión cuando la consideren como la medida reparadora más adecuada ex art. 24 CSER en relación con el art. 10 Convenio 158 OIT ni para modular la indemnización legalmente prevista o tasada a fin de proporcionarla a los daños íntegros sufridos y de garantizar su efecto disuasorio.

Las medidas reparadoras fijadas por la ley, salvo en el caso de despidos nulos por violación de derechos fundamentales (por tanto, situaciones excepcionales, o en todo caso muy limitadas respecto de la enorme masa de despidos injustificados que se hacen en España), no solo son inadecuadas para frenar el uso intensivo del despido en España, sino que incluso incentiva las extinciones finalmente. Y ello es así porque, (1) **no solo cada vez resulta más rebajada la cuantía en el sistema legal tasado**, de modo que el “precio del cese ilegítimo” resulta muy asequible, nada disuasivo, incentivando el cálculo puro económico, sino que (2) **incluso se deja el pago de ciertas componentes de la indemnización**, el lucro cesante (se llaman salarios de tramitación), a **la libre decisión de la empresa que lleva a cabo la conducta arbitraria**. ¿Por qué?

⁷ El art. 6.3 establece que: Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. El art. 6.4 prevé que: Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Disponible en el Diario Oficial: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Primero, si el empresario no readmite, sino que extingue con el pago de la -reducida- cuantía se ahorrará el coste de los salarios de tramitación, a menudo en una cuantía muy superior a la cantidad resultante por la indemnización. Por lo tanto, por razones de estricta índole mercantil, para promover la eficiencia del mercado de trabajo (aunque no haya funcionado adecuadamente, pues España sigue siendo uno de los países de la UE, y de Europa, con mayor tasa de desempleo -casi el doble de la media europea-), se incentivaría la extinción respecto de la readmisión.

Más aún. El propio carácter cierto, además de rebajado, de la indemnización hace muy previsible y, por lo tanto, calculable económicamente, descontable en las cuentas de la empresa, el coste indemnizatorio del despido injustificado o arbitrario. Por tanto, si por sus características de súbito, inmediatez y arbitrario puede sorprender a menudo la buena fe de las personas empleadas, haciéndolo imprevisible, en cambio, para las empresas es muy previsible y de coste reducido, acotado a la baja, facilitando así que se utilice el despido injustificado como una técnica normalizada de ajuste de las empresas, dado que no asumen todos los daños reales generados por el despido ni el sistema legal en España atiende en modo alguno al efecto disuasorio, desconocido en España y en su práctica judicial. En realidad, cuando se afirma que este sistema objetivado es ventajoso para la persona trabajadora porque le da certeza sobre la indemnización y no le obliga a realizar prueba alguna (queda presumido *iuris et de iure* por la ley, aunque a la baja, claro), la verdadera ventaja es para la empresa, porque sí puede prever en sus cuentas el coste que supone un despido, aún sin causa y al margen del daño real.

El doble juego del cálculo automático conforme a único criterio (la antigüedad), en función del salario en cada caso (lo que beneficiará más a las personas empleadas de salarios más altos en detrimento de los de salarios más bajos o precariedad más elevada) y del techo máximo (24 mensualidades) tiene un efecto multiplicador del contraste con las previsiones del art. 24 CSER.

4.2.2. La insuficiencia de la indemnización con respecto a los criterios para una sanción suficientemente reparadora y disuasoria

La manifiesta inadecuación de la indemnización por despido injustificado (sin causa probada), arbitrario (sin causa real) o fraudulento (con causa inventada o ficticia, irreal) derivaría no solo de la baja cuantía objetivamente predeterminada legalmente, máxime en un mercado de trabajo ampliamente precarizado como el español (alta temporalidad, creciente parcialidad), sino de la propia automaticidad de su funcionamiento, de modo que queda descartado por definición que sea proporcional respecto a los daños reales y disuasorio de conductas antijurídicas, incluso muy arbitrarias en ocasiones, de despido. El órgano jurisdiccional, como se ha referido, carece de facultades para su modulación según daños y circunstancias reales, porque la doctrina jurisprudencial consolidada lo ha excluido y la incipiente doctrina judicial que, en aplicación del art. 10 Convenio 158 OIT, e incluso del art. 24 CSER, la admite teóricamente, luego la relega a situaciones solo excepcionales. **Tan excepcionales que no se conoce ni un solo caso en el que**

prosperara en un tribunal superior regional o autonómico, revocando las decisiones de instancia en tal sentido.

Ni la ley ni la jurisprudencia admiten el juego del principio de proporcionalidad del resarcimiento en estos casos del Derecho de Daños Social, pese a ser un principio del derecho, ni existe experiencia en el sistema normativo ni en la práctica forense para el ejercicio de facultad alguna de garantizar el efecto disuasorio de la indemnización. Aún menos el órgano jurisdiccional puede decidir la readmisión, en determinados casos, si no halla una previsión legal específica a tal fin. En consecuencia, la posibilidad no solo reconocida, sino incentivada, por el sistema normativo español de hacer cálculos previos o apriorísticos, preventivos, del coste de los despidos injustificados (por muy arbitrarios que resulten y por dañosos que puedan ser para determinadas personas empleadas, incluso asumiendo que la causa esgrimida en la carta de despido es falsa, irreal o inventada, sin tan siquiera intentar probar la causa en juicio), permite a los empleadores decidir los ceses únicamente en atención a la lógica económico-mercantil de los costes-beneficios, sin atención a ningún criterio de adecuación social ni reparación del daño real. **Este sistema normativo no solo reduce, sino que excluye, el efecto disuasorio del despido injustificado porque la propia ley reconoce querer incentivar los despidos, para lo que reduce notablemente los costes del despido sin causa,** dejando inalterados los costes de los despidos con causa, por lo que se tiende a su progresiva aproximación.

4.2.3. La insuficiencia de la indemnización con respecto al daño sufrido por la persona trabajadora antes y después de constatar la ilegalidad del despido en los tribunales

Puesto que la indemnización legalmente predeterminada cubre tanto el momento que va desde la fecha de efectividad del despido hasta la sentencia que constata su ilicitud como el posterior, tras la extinción definitiva, que es la solución normalizada en el sistema normativo y en la experiencia españolas, la inadecuación de la indemnización por despido injustificado (sin una causa suficientemente acreditada) y/o arbitrario (sin causa alguna o causa inventada o ficticia) se constata bajo un doble perfil. De un lado, la reducida protección indemnizatoria debe constatar para el momento que va desde el despido realizado por el empleador hasta la sentencia que declara su ilegitimidad. Como se ha referido más arriba, la reforma laboral de 2012 dejó en manos del propio empresario incumplidor de sus obligaciones de justificar la causa válida de un despido la decisión de si paga o no los salarios de tramitación (indemnización por el lucro cesante durante el proceso judicial de despido). A él le corresponde decidirlo, para lo que podrá optar por la extinción (solución normalizada), con lo que se ahorra tales salarios, o por la readmisión (solución excepcional o muy infrecuente), en cuyo caso debería pagar esos salarios. Evidentemente, **el sistema estimula o incentiva (cuando debería disuadir para ser conforme al art. 24 CSER) optar por la extinción sin causa, pues el ahorro es muy considerable.**

Conviene advertir que, en España el proceso por despido no goza de preferencia ni urgencia, como sí sucede respecto de otras cuestiones. Aunque no es posible prever de inicio cuánto durará el proceso de despido, la práctica lo sitúa entre un mínimo de 4 meses y un máximo de 12 meses. El trámite previo de conciliación no suele tener ninguna eficacia para agilizar una solución acordada.

Según las estadísticas oficiales, el tiempo medio de un proceso de despido solo en la sede de primera instancia (juzgado de lo social) **es de 6,2 meses**⁸. A ello habría que sumar **una media de 5,8 meses de duración**⁹ del recurso de suplicación (recurso ante los tribunales superiores de cada región o autonomía). **La suma da una media de 1 año** para poder saber si el despido es calificado como procedente o improcedente. Para el CEDS toda solución judicial que se dilate en esta materia más de 6 meses, dejando a la persona trabajadora sin su retribución es manifiestamente inadecuado (**Conclusiones para Bulgaria, de 2003**).

De este modo, el carácter cierto y predeterminado legalmente de la indemnización, asociado tanto al efecto inmediatamente ejecutivo del despido desde que la empresa decide la extinción (arts. 53 y 55 ET) como a la libre disponibilidad para la empresa de los salarios de tramitación (lucro cesante), hace que, de hecho, no de derecho, el cese en España devenga “libre”, pero (escasamente) “pagado”. De este modo, se intensifica el efecto incentivador del sistema normativo de una decisión de despido, aun sin causa, basado únicamente en la lógica costes-beneficios económicos para la empresa. Una lógica puramente económico-mercantilista para la decisión, pese a afectar gravemente a un derecho social constitucional, como el derecho a la estabilidad en el trabajo y a la dignidad de la persona, que, en España, se agrava aún más porque a menudo los salarios de tramitación (indemnización por el lucro cesante de un despido injustificado) son muy superiores a la indemnización por despido injustificado. De nuevo, la prueba estadística será determinante para verificar esta conclusión, evidenciando la notable inadecuación de la protección reparatoria y su disconformidad manifiesta con el art. 24 CSER.

En efecto, hemos evidenciado que la media del proceso de despidos en España está en torno a un año. Eso significaría que, teniendo en cuenta el salario mediano anual de una persona trabajadora en España (en 2019, antes de la pandemia) fue de 20.351,02 euros (unos 1400 Euros -se divide por 14 mensualidades-, y el salario más frecuente que se percibió ese año fue de 18.489,74 euros (**unos 1300 euros/mes**), según la encuesta anual de estructura salarial publicada por el [Instituto Nacional de Estadística \(INE\)](https://www.inec.es/), a una

⁸ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=25&anio=2019&territorio=Espa%C3%B1a&proc=ASUNTOS%20SOCIALES>

⁹ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=17&anio=2019&territorio=Espa%C3%B1a&proc=ASUNTOS>

persona trabajadora despedida injustificadamente le correspondería una indemnización media por lucro cesante (salarios de tramitación) en torno a **7.800 Euros** (1300 euros x 6 meses) si no hay recurso, y del doble, **15.600 Euros** sí lo hay (1300 x 12). Utilizamos la referencia del salario más frecuente, no el salario mediano, por la extrema disparidad de salarios en España, y a fin de hacer los cálculos en hipótesis más reducidas, con objeto de mantener en todo momento nuestras observaciones en el umbral de lo constatable de derecho y de hecho, de forma prudente.

Pues bien, si ahora comparamos la indemnización media percibida en España por despido, conforme a las estadísticas oficiales a las que ya hicimos referencia más arriba, comprobamos que la **indemnización media es de 9.642 euros, si bien en los sectores de mayor prevalencia en España, como la hostelería, el comercio, la construcción, etc., la cantidad se reduce notablemente, situándose en torno a los 6.000 euros.** Pero esas cuantías son aún menores **en la hostelería y la construcción: 2.472 euros y 3.970 de indemnización media, respectivamente.** Otros factores, como la edad y la nacionalidad, también juegan, de facto, presionando a la baja la indemnización: **las personas jóvenes pueden llegar a percibir una indemnización 10 veces menos, y las personas de nacionalidad extracomunitaria hasta 3 veces menos: 9.940 euros (nacionales) frente a 3.258 (extranjeros)**¹⁰. Otro reflejo de la mayor precariedad laboral de las personas jóvenes e inmigrantes y de lo ajeno del método de cálculo de la indemnización a los daños reales, basándose únicamente en la antigüedad.

Estos datos sirven no solo para evidenciar lo extraordinariamente insuficiente de la indemnización como media en España (regla mayoritaria), generando una profunda dualidad protectora (una minoría de personas trabajadoras con buena protección por despido injustificado, la gran mayoría de personas empleadas con una muy insuficiente protección por despido injustificado), sino el incentivo existente en el sistema normativo para que la empresa opte por la no readmisión. Como comprobamos, a menudo el lucro cesante correspondiente a salarios de tramitación sería superior a la indemnización, por lo que la empresa opta (recuérdese que en España se hace una media de más de 430.000 despidos, aún en años donde no hay crisis económica, sino crecimiento) por indemnizar, no readmitir, pese a ser consciente de que actúa inventando o fingiendo las causas (despido abusivo o fraudulento). A mayores, atendiendo a la media indemnizatoria de unos 9400 € y la media salarial, de unos 1700 €, queda claro que, en España, **la indemnización media no supone disuasión alguna, ni proporcionalidad resarcitoria, sino un continuado e incrementado incentivo para despedir, aun improcedentemente.**

La reforma de 2012, por tanto, agravó notablemente la lógica del denominado “firing cost”, según la cual la culpa del mal funcionamiento del mercado de trabajo en España sería responsabilidad de los pretendidos altos costes del despido¹¹. Así se asumió de

¹⁰ <https://www.publico.es/economia/coste-despido-radiografia-despido-espana-facil-barato-desigual.html>

¹¹ https://www.crei.cat/wp-content/uploads/opuscles/100701140512_ENG_Opuscle26_CREI_ANGL.pdf

una forma expresa por las leyes de reforma de 2012, como se indicó más arriba. En el caso de la eliminación de los salarios de tramitación, salvo decisión empresarial expresa, se esgrimía también el argumento de evitar que tales costes por el lucro cesante creado como daño por el despido injusto no se socializara, dado que, en España, a partir de los 2 meses es asumido por el Estado. Sin embargo, además de que estas afirmaciones no tienen correspondencia con la evidencia empírica (**en España los datos estadísticos ponen de relieve que el despido es barato, de muy fácil realización y de unas enormes desigualdades, que incentiva su adopción**, incluso siendo conscientes de la ausencia de causa real), **chocan frontalmente con el art. 24 CSER, porque exige el principio opuesto.**

En efecto, conforme al texto del art. 24 CSER y la doctrina reiterada del CEDS, el despido debe obedecer a una lógica causal real, efectiva, de modo que la empresa debe esforzarse por acreditar una causa válida que evite la declaración de ilegitimidad de la decisión de despido adoptada. En caso contrario, de no obtener el resultado debido de esa obligación justificativa y de prueba razonable, la empresa debe soportar una sanción o una reprobación indemnizatoria adecuada, no solo proporcional a los daños causados realmente con el acto ilegítimo, o arbitrario, sino también incentivadora de observar tal obligación, disuadiendo de su incumplimiento. Consecuentemente, la norma española, la interpretación jurisprudencial generalizada de la misma y la práctica empresarial en la materia vacían claramente de sentido práctico las garantías del art. 24 CSER.

Un vaciamiento o desequilibrio protector que se mantiene y se agudizará para el tiempo posterior a la extinción, precisamente porque, además de no cobrar, como regla general, salarios de tramitación (indemnización por el lucro cesante durante el proceso de despido), la cuantía percibida por la pérdida del empleo, **en un mercado de trabajo como el español, donde luego existen muchas dificultades para hallar otro empleo**, en especial para las personas de más edad, y para las mujeres, es insuficiente claramente para compensar adecuadamente el conjunto de perjuicios patrimoniales y personales derivados de la decisión injustificada por parte de la empresa. Ni cabe esperar la medida de la readmisión como garantía más adecuada (ex art. 24 CSER en relación con el art. 10 Convenio 158 OIT), puesto que tiene un carácter excepcional en España, sin que tenga suficiente facultad el juez para adoptarla al margen de la expresa previsión legal (hace este recordatorio la STSJ Madrid 277/2021, 17 de marzo, reflejando la jurisprudencia en esta materia desde hace décadas), ni tampoco una indemnización de daños y perjuicios proporcionada y disuasoria, en los términos típicos del derecho civil contemporáneo. Al permanecer fijada con parámetros objetivados, predeterminados por la ley atendiendo solo al salario y a la antigüedad, queda absolutamente ajena a los daños reales, así como a circunstancias socioeconómicas, personales, familiares, etc., relevantes.

El resultado es una rebaja media de la tutela muy notable, pero también de efectos muy desiguales, perjudicando más a quienes tienen condiciones precarizadas y, en consecuencia, incentiva su despido, aún injustificado, como técnica normalizada de gestión costes-beneficios. De nuevo, conforme a estadísticas oficiales, (del servicio público de empleo estatal -SPEE-), los españoles tardan una media de **11,6 meses en**

encontrar un empleo¹². Si bien esta cifra es menor de los 15 meses que se tardaba de media en España en 2015, supera la cifra registrada el pasado 2020 (10 meses). Además, la media es mayor para el empleo estable (12,4 meses), frente a uno temporal, de media 10,9 meses. Asimismo, la edad también es relevante a estos efectos. Mientras que son los jóvenes los que necesitan menos tiempo para encontrar otro empleo (9,8 meses para los menores de 30 años), las personas de más de 55 años tardan prácticamente el doble (18,1 meses). En todas las franjas etarias, el tiempo en desempleo ha aumentado con respecto al tercer trimestre de 2020. Las mujeres tienen más dificultades.

En síntesis, el sistema rígido de indemnización penaliza a la persona trabajadora más joven (con importes medios bajísimos, como se acredita estadísticamente), y también al más maduro (porque tiene muchas más dificultades para encontrar un nuevo empleo, con una mayor vulnerabilidad social y ocupacional -dificultades de adaptación a nuevos requerimientos-). Finalmente, también el salario del nuevo empleo tiende a ser menor que el que se tenía anteriormente, en especial si se trataba de una retribución situada en la media o superior al salario medio.

Todos estos elementos (edad, sexo, circunstancias de mercado, lucros cesantes, daños emergentes, etc.) inciden para establecer el daño real por despido (patrimonial y personal -morales, daños al proyecto de vida perjudicado por un despido sorpresivo e injustificado, etc.-; lucro cesante y daño emergente). Igualmente, habría que tener en cuenta que países como España (también en Italia) mantienen grandes diferencias en los diferentes mercados de trabajo territoriales, esto es, las posibilidades de hallar un empleo, estable y de retribución digna es muy diferente en Andalucía, País Vasco o Cataluña, por poner algunos ejemplos. Sin embargo, la predeterminación legal tan rígida de la indemnización, sin posibilidad real alguna de modulación judicial atendiendo ni a los daños reales ni a la función disuasoria **impide que pueda atenderse de la manera adecuada y debida ex art. 24 CSER esta exigencia** del derecho social a la protección efectiva frente al despido injustificado.

4.3. El efecto restrictivo adicional de las reformas en 2012 de la prestación por desempleo

Aunque pudiera pensarse que esta manifiesta inadecuación indemnizatoria puede hallar cierta compensación con la cobertura de seguridad social (prestación por desempleo), la realidad es la contraria, el cuadro de disconformidad protectora con el art. 24 CSER se agrava atendiendo a la protección social. La razón estriba en que también esta prestación fue objeto de reforma restrictiva en 2012. En este sentido, ya pudimos comprobar cómo, a partir del sexto mes (recuérdese que la media de espera española para al desenlace de un proceso de despido es muy superior: media de 12 meses, entre la instancia y la -frecuente- apelación -suplicación-) **la cobertura cae al 50 por cien** de la

¹² https://www.antena3.com/noticias/sociedad/espanoles-tardan-116-meses-media-encontrar-trabajo_2021122761c9a85dbda5150001b6221e.html

base reguladora (una cuantía fijada según el salario, excluyendo ciertas partidas, como horas extraordinarias, que reducen esa base, lógicamente). **Una cantidad que está muy por debajo de las exigencias de una renta digna** (que el CEDS sitúa en un 60 por cien al menos del salario medio).

Asimismo, se han reforzado (ver el cuadro normativo de referencia en el apartado 2) las exigencias de maduración de periodos de aseguramiento social (contributivos), reduciéndose los periodos de cobertura, que están tasados igualmente. La mayor rigidez que ha acompañado estas reformas (solo muy parcialmente corregidas en la últimas, de 2019 para mayores de 52 años, y de 2021) se sumarían, pues, a las laborales, con lo que el marco o cuadro normativo, y práctico, resultantes es manifiestamente inadecuado, pues el sistema de cálculo automatizado, predeterminado y rígidamente asentado en la antigüedad no permite ajustar la indemnización a daños reales totales.

4.4. Carácter marginal de la tutela real: límites ex lege al poder del juez de declarar la readmisión frente a despidos abusivos, irreales o fraudulentos

Ciertamente, el CEDS tiene afirmado de forma reiterada en su jurisprudencia que la tutela real, esto es, la readmisión, frente a la tutela obligacional (indemnización), forma parte del derecho a una reparación adecuada frente al despido injustificado (más si es arbitrario, como sucede con frecuencia en España y reconocen los tribunales, pero solo aplican la sanción de improcedencia). El CEDS es claro al respecto

“...bien que l’article 24 de la Charte ne fasse pas expressément référence à la réintégration, il se réfère à une indemnisation ou à une autre réparation appropriée. **Le Comité considère qu’une autre réparation appropriée doit inclure la réintégration** comme l’un des modes de réparation dont les juridictions internes peuvent disposer (voir Conclusions 2003, Bulgarie). La possibilité d’octroyer ce moyen de réparation reconnaît l’importance de replacer un salarié dans une situation d’emploi non moins favorable que celle dont il/elle bénéficiait antérieurement. **Il appartient aux juridictions internes de décider si la réintégration est appropriée dans le cas d’espèce.** Le Comité rappelle avoir considéré de manière constante que la réintégration doit être prévue comme mode de réparation en vertu de nombreuses autres dispositions de la Charte telle qu’interprétée par le Comité, par exemple en vertu de l’article 1§2 ou de l’article 8§2.” (apartado o parágrafo 54, **Decisión de Fondo Finnish Society of Social Rights c. Finlande, publicada el 1 de enero de 2017** -adoptada el 8 de septiembre de 2016 y notificada el 30 de septiembre de 2016-)¹³

Ahondando en esta exigencia, en el caso indicado

¹³<https://hudoc.esc.coe.int/fre/#{%22sort%22:%22ESCPublicationDate%20Descending%22,%22ESCDclidentfier%22:%22cc-106-2014-dadmissandmerits-fr%22%22}>

“Le Comité rappelle avoir, dans ses Conclusions 2012, jugé la situation non conforme à l’article 24 de la Charte au motif que **la législation ne prévoyait pas la possibilité d’une réintégration en cas de licenciement abusif**. La situation n’a pas changé à cet égard (Conclusions 2012, Finlande)” (apartado o parágrafo 55).

En España, conforme a una jurisprudencia consolidada desde la reforma laboral de 1994 y reafirmada por el Tribunal Supremo, y la mayor parte de las doctrinas de los Tribunales Superiores de Justicia de las regiones o comunidades autónomas del Reino de España (como Estado de las Autonomías que es -art. 2 Constitución Española-), **no se admite que el juez pueda adoptar la medida de readmisión en caso de despido abusivo**, fraudulento o arbitrario (causa irreal, fingida o inventada). El despido nulo por fraude de ley, de creación jurisprudencial desde 1988, **dejó de ser aplicada a partir de la STS 2 de noviembre 1993, rec. 3669/1992**, al desaparecer de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Desde entonces, la jurisprudencia ha limitado los efectos de la nulidad judicial a los supuestos explícitamente recogidos en la ley (STS 5 de mayo 2015, rec. 2659/2014).

En consecuencia, la readmisión (modelo de tutela real del derecho al trabajo del art. 35 Constitución Española y de la Carta Social Europea Revisada, así como del art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea) es residual o marginal en el sistema español de tutela frente al despido sin causa válida. En realidad, se limita a los despidos con violación de derechos fundamentales, a los discriminatorios propiamente y a los despidos colectivos sin respetar el procedimiento previsto legalmente o violando la buena fe de la representación laboral -también en el caso del art. 124.11 LRJS-. Pero en todos los casos debe haber una expresa previsión legislativa, salvo que se trate de un despido colectivo fraudulento. Los despidos fraudulentos individuales no pueden ser, en atención a la jurisprudencia consolidada, declarados nulos, sino improcedentes.

En definitiva, la ley y su interpretación jurisprudencial consolidada impide que el juez pueda adoptar la medida restitutoria o de readmisión obligatoria para proteger en casos de despidos injustificados, incluso si es muy manifiesta la inadecuación de la causa para probar la legitimidad del despido. Por tanto, la prohibición real o efectiva al juez de poder adoptar la medida de la readmisión obligatoria para despidos abusivos, arbitrarios o fraudulentos (individuales) contrasta abiertamente con el sistema del art. 24 CSER, en la medida en que vacía por completo de efecto disuasorio la respuesta normativa, de ahí otra dimensión del fuerte contraste del sistema español con el art. 24 CSER.

4.5. Inexistencia de razones de orden público que puedan justificar las restricciones al derecho consagrado en el art. 24 de conformidad con el art. G de la CSER

No es posible razonablemente invocar, para justificar esta manifiesta contradicción o disconformidad, lo previsto en el art. G de la CSER, según el cual

“1. Los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, **no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias** en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres.

2. Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquélla para la que han sido previstas”.

Cierto, España, en su Instrumento de Ratificación ha recogido, como declaraciones de tipo interpretativo incluidas en el Anexo de la CSER, que se reserva legalmente la posibilidad de establecer tutelas ex art. 24 CSER diferentes para determinados colectivos de personas empleadas (art. 24.2). Al tiempo que precisa “que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios...o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales” (art. 24.4).

Ahora bien, es manifiesto, conforme al sistema de la CSE y según la consolidada doctrina jurisprudencial del CEDS, que solo podrá atenderse tales restricciones siempre que resulten estrictamente necesarias a los fines previstos y no supongan vaciamiento de las garantías de efectividad previstas en el art. 24 CSER. La doctrina del CEDS al respecto está bien recogida en decisiones como las Conclusiones III-1 Holanda, Decisión de Fondo de 2 de diciembre de 2013, reclamación colectiva 83/2012, párrafos 207 y ss., entre otras, en las que interpreta el imperativo de necesidad para una sociedad democrática con el concepto de: “*pressing social need*”, esto es, de una necesidad social imperiosa, circunstancias coyunturales. Por lo tanto, no pueden convertirse en excepciones continuadas en el tiempo, hasta hacerse estructurales, como ha sucedido en España.

Más aún. Según el CEDS, incluso en situaciones de crisis económicas, los Estados no pueden restringir desproporcionadamente los derechos sociales protegidos por la CSE (ECSR. *Greek General Confederation of Labour -GSEE-) vs. Greece, Complaint 111/2014, Decision of the merits of 23 March 2017*; ECSR, Conclusions XIX-II, 2009, General Introduction; **ECSR Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) v. Greece DECISION ON THE MERITS 20 December 2012¹⁴, párrafo 75**). En todo momento ha de atenderse a razones sociales que equilibren la regulación, lo que en el caso español no sucedió respecto de las reformas del despido injustificado en una senda meramente económico-mercantil, sacrificando el nivel de tutela adecuado a la eficiencia del mercado de trabajo

En suma, las reformas laborales en España han seguido siempre una senda en la que la rebaja de la protección frente al despido injustificado ha sido una constante y si bien suelen introducirse en momentos de crisis de empleo tienden a mantenerse ya de forma estructural. De ahí que, incluso en la última reforma, orientada en un sentido de recuperación de determinados derechos laborales perdidos con la reforma de 2012, no se haya querido tocar esta cuestión, manteniendo la insuficiencia protectora. Por tanto, no hay ninguna razón, más allá de la convicción -no probada empíricamente- de que la reducción del coste del despido incentivará la creación de empleo, porque las empresas tendrán confianza en poder despedir, incluso sin causa justificada, a un amplio número de personas (más de 430.000 al año), a un coste muy inferior al real -daños sufridos-.

4.6. Constatación de una creciente corriente judicial abierta a este juicio de insuficiencia, pero excepcional y de escasa viabilidad ante el TS.

El Tribunal Supremo español no ha modificado, hasta ahora, su doctrina de favor hacia el sistema de cálculo indemnizatorio basado en parámetros automáticos (la antigüedad) y ajenos a los daños reales y al efecto disuasorio frente a despidos abusivos o arbitrarios. Por lo tanto, el estado del arte interpretativo de las leyes españolas agrava la inadecuación del sistema normativo español al art. 24 CSER. No obstante, tuvimos ocasión de evidenciar cómo hay un pequeño número de doctrinas de suplicación social

¹⁴[https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:\[%22ESCPublicationDate%20Descending%22\],\[%22ESCDcIdentifier%22:\[%22cc-76-2012-dmerits-en%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22sort%22:[%22ESCPublicationDate%20Descending%22],[%22ESCDcIdentifier%22:[%22cc-76-2012-dmerits-en%22]}). Así:

«Accordingly, “the economic crisis should not have as a consequence the reduction of the protection of the rights recognised by the Charter. Hence, the governments are bound to take all necessary steps to ensure that the rights of the Charter are effectively guaranteed at a period of time when beneficiaries need protection the most” (General introduction to Conclusions XIX-2, 2009). The Committee has recently readopted this analysis and précised that “doing away with such guarantees would not only force employees to shoulder an excessively large share of the consequences of the crisis but also accept pro-cyclical effects liable to make the crisis worse and to increase the burden on welfare systems, particularly social assistance, unless it was decided at the same time to stop fulfilling the obligations of the Charter in the area of social protection” (General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) / Confederation of Greek Civil Servants’ Trade Unions (ADEDY) v. Greece, Complaint No. 65/2011, decision on the merits of 23 May 2012, § 18)».

en fase de apelación (Tribunales Superiores de Justicia regionales o autonómicos, que actúan como “pequeña casación” en su jurisdicción territorial, siendo difícil, de derecho y de hecho, acceder a la casación por unificación de doctrina) que consideran necesario corregir esta doctrina, abriendo la vía a una indemnización complementaria. Si inicialmente esa doctrina se fundamenta en el Convenio 158 de la OIT, en todos los casos se es consciente de la mayor necesidad de corrección de la situación legal y jurisprudencial en España con la entrada en vigor de la ratificación de la CSER para España (desde el 1 de julio de 2021). Sería el caso de las SSTSJ Cataluña 23 de abril 2021, rec. 5233/2020; 20 de mayo 2021, rec. 5234/2020; y 14 de julio 2021, rec. 1811/2021), así como la STSJ Navarra 24 de junio 2021 (rec. 198/2021); y Castilla-León/Valladolid 1 de marzo 2021 (rec. 103/2021).

Ahora bien, como igualmente se evidenció esta doctrina, muy reciente y en absoluto consolidada, no es suficiente para cambiar la disconformidad del sistema español al art. 24 CSER. Por varios motivos:

- 1) **Mantiene que esa apertura a una indemnización complementaria sería tan solo “excepcional”,** por lo que no respeta las exigencias del art. 24 CSER y la doctrina del CEDS que exige que esa tutela sea generalizada.
- 2) Tan rígidas son las condiciones exigidas para que pueda prosperar esa posibilidad teórica que **no hay, aún, ni un solo caso** (pese a que ya son más de una decena de situaciones en los que la instancia sí aplicó una indemnización adicional ex art. 10 Convenio 158 OIT) en el que se haya confirmado, por el tribunal superior, esa posibilidad. Por tanto, **hoy, no hay ni una sola experiencia práctica firme.**
- 3) Si bien es cierto que, ante la profunda contradicción de doctrinas judiciales -la gran mayoría de tribunales superiores de justicia niegan la indemnización adicional con fundamento en la jurisprudencia reiterada hasta hoy- se abre la vía del recurso de unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo -TS-, **no cabe esperar una corrección por parte del TS de su jurisprudencia.** Hasta ahora, el TS se ha mantenido muy reacio a aplicar, como doctrina interpretativa, menos aún vinculante, la doctrina del CEDS, considerando que no constituye jurisprudencia, en los términos del TEDH y de la Convención de Derechos Humanos. Tanto el TS como el TC español entienden, lamentablemente eludiendo o ignorando los estándares de la Carta Social Europea, que nuestro modelo es acorde al entero sistema de normas internacionales sobre protección de despido.

La UGT considera que, en estas circunstancias, la conformidad del sistema español al sistema de la CSER en lo que concierne al art. 24 CSER solo podrán venir de una «adaptación» normativa para ajustarse al compromiso asumido por España con la CSER en este ámbito. En otro caso, además de resultar muy poco probable, con la inseguridad y desprotección que genera para las personas trabajadoras, que se introduzca una vía de cumplimiento a través del particular (caso por caso) control de convencionalidad por

la jurisdicción ordinaria ex art. 96 CE (STC 140/2018), el resultado estaría afectado de una evidente disparidad interpretativa judicial. Por lo que sufriría también la seguridad jurídica. Es improbable un ajuste mediante una corrección del TS de la jurisprudencia excluyente de una tutela indemnizatoria proporcional y disuasoria, no puramente tasada y automática, porque mantiene una doctrina interpretativa completamente ajena a la doctrina del CEDS, que no considera ni vinculante ni pauta interpretativa adecuada para reinterpretar los arts. 56 ET y 110 LRJS. Por lo que el pronunciamiento del CEDS evidenciando la insuficiencia notoria del sistema español indemnizatorio por despido injustificado y /o abusivo no solo es debido por la prevalencia del sistema de la CSER, sino de gran utilidad para la seguridad jurídica, también de las empresas.

5. Conclusiones y petitum

En consecuencia, la situación normativa y jurisprudencial en España sobre el derecho a una reparación adecuada frente al despido abusivo es actualmente de manifiesta disconformidad con el sistema del art. 24 CSER. La contradicción se ha mantenido a lo largo del tiempo y se ha ido agravando con cada sucesiva reforma laboral, sin que ni la última establecida (2021), que ha descartado expresamente corregir este estado de cosas para no perturbar la paz social con los empresarios, resolviera la violación del art. 24 CSER, que, de este modo se consolida y se perpetúa en el tiempo. Aunque, en fechas recientes, una parte muy minoritaria de la doctrina judicial ha tomado conciencia de esta disconformidad, si bien en relación con el Convenio 148 OIT, ante la falta de ratificación de la CSER hasta 2021, su posición sigue siendo muy restrictiva, desajustada respecto de la doctrina sentada por el CEDS en la interpretación jurisprudencial de los principios y reglas del art. 24 CSER. No es previsible que el TS asuma esta doctrina - incluso en tal caso seguiría habiendo una notable disconformidad por su carácter excepcional, cuando el art. 24 CSER exige que sea general-, rectificándose. Por lo tanto, no solo es conveniente, sino que es necesario un pronunciamiento del CEDS que evidencie la disconformidad de nuestro sistema al art. 24 CSER y promueva las medidas necesarias para que el Estado español se adecuó a los imperativos del sistema normativo de la CSER, que acaba de ratificar.

Por las razones evidenciadas a lo largo de la presente reclamación colectiva, el sistema indemnizatorio por despido abusivo está completamente desvinculado de los daños reales y de la función disuasoria que debe tener la indemnización adecuada ex art. 24 CSER. Se basa en un modelo de predeterminación legal, sobre el criterio de la antigüedad, que de una forma reiterada el CEDS ha venido considerando disconforme con el art. 24 CSER (Finlandia, Italia, y previsiblemente también Francia tras la resolución de la reclamación nº 171/2018). No existen alternativas reales, solo hipotéticas, para obtener esta tutela integral, como prueba que no haya ni un solo caso confirmado en el que así suceda.

El marco normativo español es análogo, en lo sustancial, al italiano y al francés, por lo que la disconformidad al art. 24 CSER es igualmente evidente o manifiesto. Hasta ahora no ha sido posible su denuncia por la falta de ratificación en España del Protocolo sobre reclamaciones colectivas, lo que se ha corregido desde el 1 de julio de 2021. De ahí la presentación de esta reclamación colectiva. La ley española (como la italiana o la francesa en su día) prima la certeza previa de la empresa sobre el monto a la función de reparación íntegra y disuasoria de la indemnización, sin más contrapartida que la liberación a la persona trabajadora de la carga de la prueba de los daños reales. En consecuencia, se incentiva la decisión extintiva de la empresa, aun injustificada y la renuncia de la persona trabajadora a ver compensados los daños derivados del despido sin causa o con causa ficticia, aunque sean a menudo superiores a la cuantía -baja- que va a percibir.

Asimismo, las sucesivas reformas han ido reduciendo el monto de esta cantidad (33 días de salario por año de servicio), por lo que ni para el tiempo de duración del proceso de despido (se ha eliminado, además, el salario de tramitación o lucro cesante, salvo que el empleador decida readmitir, lo que no sucede casi nunca, porque el sistema le da incentivos para optar por la extinción) ni para el posterior satisface mínimamente el doble imperativo de proporcionalidad al daño real y el efecto disuasorio

La tutela reintegradora es marginal en el sistema español. Solo se prevé para los reducidos casos en que así se establece de forma expresa por ley. Y, salvo que la nulidad proceda de la violación de derechos fundamentales, tampoco cabe una indemnización de los eventuales daños producidos en tales casos. El órgano judicial no tiene en España reconocida la posibilidad de establecer la readmisión obligatoria para los casos más graves de despido injustificado, como los despidos fraudulentos, sin causa o arbitrarios.

En atención a todas estas razones, la UGT pide al CEDS:

- 1) Que tenga a bien admitir esta reclamación colectiva y declararla admisible, a fin de proceder a su tramitación conforme al procedimiento establecido en el Protocolo de 1995.**

- 2) Que declare la normativa española relativa a los despidos individuales sin justa causa (arts. 56 ET y art. 110 LRJS, así como la legislación concordante) disconforme con el art. 24 CSER, en lo relativo a la previsión de un sistema de cálculo legalmente predeterminado desligado tanto de los daños reales sufridos por las personas trabajadoras a raíz de una decisión de despido abusiva, arbitraria o sin causa cuanto de efecto disuasorio**

- 3) Que adopte cuantas medidas están previstas en el sistema de la CSER para promover que el Estado español corrija esta violación del derecho reconocido en ella a una protección adecuada frente al despido (injustificado, abusivo)

Se ruega que pueda utilizarse el idioma español en este procedimiento, en especial para todos los documentos escritos.

Madrid-Estrasburgo 21 de marzo de 2021



Don José María Álvarez Suárez

Secretaría General UGT



Don Mariano Hoya Callosa

Vicesecretaria General Política

Sindical UGT



Ldo. Fernando Luján de Frías

Col. 43294 ICAM

Secretario Confederal UGT

