



confederación sindical de comisiones obreras

| www.ccoo.es

Secretaría General

Fernández de la Hoz, 12. 28010 Madrid. Tel.: 91 702 80 11 / 8159 | sgeneral@ccoo.es

**RECLAMACION COLECTIVA
(COMPLAINT)**

**Executiva 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**

**CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CCOO)
Calle Fernández de la Hoz, 12 28010 Madrid
España
Dirección electrónica: unaisordo@ccoo.es ; sgeneral@ccoo.es**

OBJETO

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

Sumario:

I.	ANTECEDENTES DE LA RECLAMACIÓN.	6
1.	APLICABILIDAD DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA Y DEL PROTOCOLO ADICIONAL DE 1995 EN ESPAÑA.....	6
2.	EL DERECHO DE COMISIONES OBRERAS A PRESENTAR RECLAMACIONES COLECTIVAS.....	7
3.	CONSIDERACIÓN SOBRE EL OBJETO Y PRETENSIÓN DE LA PRESENTE RECLAMACIÓN, Y SU INCIDENCIA CON LA PENDIENTE RECLAMACIÓN COLECTIVA RELATIVA A ESPAÑA 207/2022, SOBRE VULNERACIÓN DEL ART. 24 DE LA CSER.	8
II.	LA NORMA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA CUYA INFRACCIÓN SE DENUNCIA: ARTÍCULO 24 EL DERECHO A LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO SIN UNA RAZÓN VÁLIDA Y LOS CRITERIOS FIJADOS POR EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES SOBRE SU ALCANCE EFECTIVO.	11
1.	LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN EN CASO DE DESPIDO EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA HECHA EN ESTRASBURGO EL 3 DE MAYO DE 1996. 11	
2.	PRECEDENTES EN LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ART. 24 DE LA CARTA EN LOS PROCESOS DE RECLAMACIÓN COLECTIVA.	13
3.	RECAPITULACIÓN DE LA DOCTRINA DEL CEDS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR UN DESPIDO INJUSTIFICADO.	19
III.	LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO INJUSTO.....	21
1.	El despido por motivos disciplinarios –Artículos 54, 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores- que derivan de un supuesto incumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones laborales.	24
2.	El despido por causas objetivas –artículos 51 a 53 ET-, relacionado con las aptitudes de la persona o vinculado al funcionamiento de la empresa, el establecimiento o el servicio, y el despido colectivo.....	26
3.	La extinción de los contratos temporales fraudulentos que legalmente tienen asignada la condición de fijos que son considerados despido improcedente –art. 49.1.c ET-.....	28

4.	La aplicación de los límites de la indemnización del despido improcedente a los denominados despidos indirectos, o resolución del contrato por incumplimiento empresarial grave de sus obligaciones (art. 50 ET).	30
5.	La regulación legal de los derechos de la persona afectada por un despido improcedente: en particular, la inexistencia de derecho de readmisión, y la cuantía limitada de la indemnización.	31
IV.	LAS DENUNCIAS DE INCUMPLIMIENTO DEL ART. 24, DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA.	33
	PRIMERO.- EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24, letra B) DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA, ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE QUE EL ÓRGANO JUDICIAL PUEDA ACORDAR LA READMISIÓN EN EL PUESTO DE TRABAJO ANTE EL DESPIDO INJUSTIFICADO O SIN CAUSA, AL MARGEN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES O DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE ENCUENTRE LA PERSONA AFECTADA POR EL CESE.	35
1.	La imposibilidad de que el órgano judicial pueda consdierar la readmisión como forma de reparación adecuada ante el despido improcedente.	35
2.	La imposibilidad en la legislación y en la práctica judicial española, de que el órgano judicial pueda considerar que la readmisión es la forma más adecuada de reparación ante el despido injusto.	37
3.	La falta de aplicación de las normas de protección frente al fraude de ley o abuso de derecho, a la figura del despido improcedente.	39
4.	La imposibilidad de que el órgano judicial pueda imponer la readmisión incluso en el caso de que la empresa hubiera optado voluntariamente por la readmisión tras la sentencia de despido improcedente.	40
5.	La admisión de la extinción del contrato, incluso ante la ausencia de pago efectivo de la indemnización por la empresa.	41
6.	Los precedentes en la doctrina judicial española sobre la necesidad de reconocer el derecho de readmisión como forma adecuada de protección ante el despido improcedente.	41
	SEGUNDO: EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24, LETRA b) DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA, ANTE LA FALTA DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN APROPIADA FRENTE AL DESPIDO DERIVADO DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA Y EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA.	42
1.	El criterio jurisprudencial, que excluye la existencia de “despido en fraude de ley” en la legislación española, cuando la empresa utiliza el cese sin causa legítima, con la finalidad de impedir el ejercicio o disfrute de otros derechos laborales.	43

2. La falta de adecuación de las consecuencias derivadas de los despidos motivados, precisamente, por el ejercicio de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea o en la Carta Social Europea Revisada, y su extensión a los demás derechos de carácter laboral.	45
TERCERO: EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24, letra B) DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA ANTE LA INEXISTENCIA DE REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS FINANCIEROS GENERADOS POR LA PÉRDIDA DEL EMPLEO SIN RAZONES JUSTIFICADAS, DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO: LA EXCLUSIÓN DEL ABONO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN TRAS LA REFORMA LEGAL DEL AÑO 2012.	
1. La denegación del derecho a percibir los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la sentencia.	46
2. La ausencia de compensación por el acceso a las prestaciones por desempleo.	47
3. La denegación, incluso, del derecho a percibir intereses moratorios por el retraso en el pago de la indemnización más tarde de la fecha de efectos del cese. ...	48
4. La ausencia de incentivos a la empresa para evitar el litigio o anticipar el pago de la indemnización, y los incentivos legales a que la persona trabajadora renuncie a una parte de la indemnización legal.	49
5. El criterio judicial que constata el incumplimiento de la Carta Social Europea Revisada en la denegación del derecho a los salarios de tramitación.	50
CUARTO: EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24, letra B) DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA, ANTE LA IMPOSIBILIDAD LEGAL DE RECLAMAR LA EXISTENCIA DE PERJUICIOS ADICIONALES A LOS QUE SON OBJETO DE COMPENSACIÓN CON LA CUANTIA LEGALMENTE ESTABLECIDA DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE.	
1. La doctrina del CEDS sobre el alcance del art. 24.b de la CSER en relación con la exigencia de indemnización adecuada ante el despido injusto.	52
2. La tasación de la indemnización por despido improcedente en la legislación y en la práctica judicial española. La imposibilidad de fundar esa reclamación en la normativa sobre responsabilidad contractual general, ni por otro título jurídico legítimo.	58
3. La insuficiencia del modelo de indemnización prevista para el despido nulo por discriminación o lesión de derechos fundamentales, para garantizar el derecho a una indemnización adecuada ante el despido injusto	59

4.	Los pronunciamientos judiciales que han constatado la insuficiencia de la cuantía de la indemnización por despido improcedente para garantizar una reparación adecuada en los términos establecidos por la Carta Social Europea Revisada.....	61
5.	La necesidad de que la regulación laboral incorpore elementos que permitan fijar las bases para el cálculo de la indemnización de forma factible, que cubran la suficiencia de la reparación y la disuasión de prácticas empresariales de despido injusto.	63
	QUINTO.- EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24.B DE LA CARTA, ANTE LA FALTA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE UNA INDEMNIZACIÓN MÍNIMA CON UN IMPORTE QUE TENGA UNA FUNCIÓN DISUASORIA O REPARADORA EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS DE ESCASA ANTIGÜEDAD O NIVEL SALARIAL.....	66
	SEXTO. EL INCUMPLIMIENTO DEL ART. 24.B DE LA CARTA, ANTE LA FALTA DE REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA SITUACIÓN DE ABUSO REITERADO Y SISTEMÁTICO DE LA UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTE. EN PARTICULAR, LA SITUACIÓN DEL PERSONAL SOMETIDO A CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA EN LAS ADMINISTRACIONES Y ENTIDADES PÚBLICAS.....	70
1.	La necesidad de reparación de los daños ante las personas que ven extinguido su contrato y han sido objeto de una práctica prolongada y sistemática de fraude en la contratación temporal, negándosele de forma arbitraria su derecho a la estabilidad en el empleo.	70
2.	En particular, la situación del personal contratado en fraude de ley en las Administraciones y Entidades Públicas, cuando ven extinguida su relación de servicio.	71
	LA PRETENSIÓN DE CCOO.	75

I. ANTECEDENTES DE LA RECLAMACIÓN.

1. APLICABILIDAD DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA Y DEL PROTOCOLO ADICIONAL DE 1995 EN ESPAÑA.

El 23 de octubre de 2000, España firmó la Carta Social Europea (revisada) –en adelante, LA CARTA O CSER-, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. El instrumento de ratificación fue otorgado en fecha 29 de abril de 2021, y publicado en el BOE del día 11 de junio 2021. El instrumento de ratificación fue depositado el 17 de mayo de 2021, aceptando la totalidad de sus 98 párrafos. En aplicación del art. K.3 de la Carta, entró en vigor el 1 de julio 2021.

España aceptó el procedimiento de quejas colectivas mediante una declaración realizada en el momento de la ratificación de la Carta revisada el 19 de mayo de 2021 y este procedimiento entró en vigor respecto de España el 1 de julio de 2021. En su instrumento de ratificación, se incluyó la declaración de que – *«En relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995.*

Por tanto, el citado Protocolo se aplica por España desde el 1 de julio de 2021, fecha de entrada en vigor de la Carta Social Europea (revisada).

Estas consideraciones ya han sido apreciadas por el Comité en relación con España, en la decisión de admisibilidad de 14 de septiembre de 2022, en relación con la reclamación colectiva núm. 207/2022, en la que se recoge lo siguiente:

3. El Comité observa que España aceptó el procedimiento de quejas colectivas mediante una declaración realizada en el momento de la ratificación de la Carta revisada el 19 de mayo de 2021 y que este procedimiento entró en vigor respecto de España el 1 de julio de 2021. De conformidad con el artículo 4 de la Protocolo, la denuncia ha sido presentada por escrito y se refiere al artículo 24 de la Carta, disposición aceptada por España al ratificar este tratado el 19 de mayo de 2021.

España está obligada por esta disposición desde la entrada en vigor del tratado a su respecto el 1 julio de 2021.

De conformidad con el artículo 4 de la Protocolo, la denuncia ha sido presentada por escrito y se refiere al artículo 24 de la Carta, disposición aceptada por España al ratificar este tratado el 19 de mayo de 2021. España está obligada por esta disposición desde la entrada en vigor del tratado como es el 1 julio de 2021.

2. EL DERECHO DE COMISIONES OBRERAS A PRESENTAR RECLAMACIONES COLECTIVAS.

El artículo 1 del Protocolo reconoce legitimación para formular reclamaciones colectivas, en la letra c), a *“las organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación”*.

La Confederación Sindical de CCOO es la organización sindical con la mayor representatividad en España, que cuenta con un millón de personas afiliadas y un total de 97.684 delegados y delegadas elegidos en elecciones sindicales que representan un 35,6 % de los representantes elegidos entre el conjunto de las personas trabajadoras, tanto en el sector privado como en el público; ostentando, por tanto, la condición de sindicato más representativo a nivel estatal por reunir los requisitos establecidos en el artículo 6 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, lo que determina, entre otros, el derecho a la participación institucional así como al ejercicio del derecho a la negociación colectiva.

En concreto, CCOO ha participado en la negociación de más de 854 convenios colectivos firmados en el año 2021, afectando a un 98,5% de las personas trabajadoras.

La Confederación Sindical de CCOO está integrada en organizaciones internacionales con Estatuto de participación ante el Consejo de Europa.

De forma sistemática, el Comité Europeo de Derechos Sociales viene admitiendo las alegaciones presentadas por CCOO en relación con los informes de cumplimiento de la Carta Social Europea y sus Protocolos, y de hecho, venimos formulando alegaciones de forma sistemática en relación con el cumplimiento de dichos instrumentos.

Tras la entrada en vigor de la Carta Social Europea Revisada, tiene legitimación para formular las reclamaciones colectivas en relación con su cumplimiento en nuestro país.

La reclamación la firma la persona que tiene capacidad para representar legal y públicamente a la organización (art. 32.a) de los Estatutos de la Confederación), como es su Secretario General, actualmente D. Unai Sordo Calvo. Entre las facultades conferidas en los Estatutos y en el anexo a los mismos se encuentra la de comparecer ante cualquier organismo nacional o internacional para instar, seguir y terminar como actor o cualquier otro concepto, toda clase de expedientes, juicios, trámites y procedimientos, entre ellos cualquier tipo de denuncia o medida de conflicto colectivo.

La reclamación cumple lo establecido en el artículo 4 del Protocolo, dado que se presenta por escrito, se refiere a una disposición de la Carta aceptada por España, como es el artículo 24, y se especifica en qué medida España no ha garantizado la aplicación satisfactoria de dicha disposición, mediante los razonamientos que se detallan en este escrito bajo el epígrafe de motivos de la reclamación.

La reclamación se dirige, como establece el artículo 5 del Protocolo, al Secretario General del Comité Europeo de Derechos Sociales.

3. CONSIDERACIÓN SOBRE EL OBJETO Y PRETENSIÓN DE LA PRESENTE RECLAMACIÓN, Y SU INCIDENCIA CON LA PENDIENTE RECLAMACIÓN COLECTIVA RELATIVA A ESPAÑA 207/2022, SOBRE VULNERACIÓN DEL ART. 24 DE LA CSER.

Como antecedente necesario, ya consta la reclamación colectiva presentada el 21 de marzo 2022, núm. 207/2022, Unión General de Trabajadores c. España ante el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, cuya admisibilidad ha sido acordada en sesión del Comité de 14 de septiembre 2022.

En esa reclamación se denuncia la violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada. En esa reclamación se plantea la vulneración del artículo 24 de la Carta, en la medida en que el art. 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 (en adelante ET) y art. 110 de Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS) establecen un sistema de cálculo legalmente predeterminado que no permite modular la indemnización legalmente prevista o tasada para reflejar la totalidad del daño sufrido, ni garantiza su efecto disuasorio.

Es cierto que muchos de los aspectos que contienen esa reclamación, cuando cuestionan la imposibilidad de reclamar daños efectivos sufridos por las personas trabajadoras, pueden coincidir con lo recogido en la presente reclamación.

Ello puede justificar una decisión de acumulación para su resolución conjunta por parte del Comité.

No obstante, en esta ocasión se plantean motivos de vulneración del art. 24 de la Carta que van más allá de la imposibilidad de probar daños adicionales. Con ello se ofrece al Comité la posibilidad de perfilar, de forma más concreta, el alcance del art. 24 de la Carta en relación con la protección de las personas trabajadoras ante el despido injusto, al menos, desde estas perspectivas que se plantean en la presente reclamación:

- 1) En primer lugar, el Comité tiene oportunidad de valorar la posibilidad de que el órgano judicial pueda considerar como adecuada, el restablecimiento de la relación laboral ante el despido injusto, lo que no permite la legislación laboral ni la práctica judicial española ante el despido improcedente.

En particular, esta reclamación denuncia la vulneración del art. 24 de la Carta al no permitir al órgano judicial valorar la readmisión como vía de reparación adecuada ante el despido injusto, al margen de las circunstancias y la conducta de las partes. Ni siquiera cuando el despido es una actuación fraudulenta para conseguir la expulsión de la persona trabajadora de su actividad laboral, como vía para impedir el ejercicio de los derechos que le puedan corresponder. De forma particularmente grave, cuando la causa invocada por la empresa sea fraudulenta, y se acredite que el despido está motivado por el ejercicio de los derechos laborales recogidos en la Carta Social Europea y en la Carta Social Europea Revisada o sus Protocolos.

Se permite al Comité profundizar en los mecanismos de protección de los derechos de carácter laboral recogidos en la Carta, cuando son ejercicios por las personas en el marco de una relación laboral, y la práctica empresarial consiste en acordar el despido como mera vía para conseguir la extinción del contrato, sin que el órgano judicial pueda imponer la readmisión. De esta forma se ofrece la posibilidad de extender el régimen de protección de los derechos laborales recogidos en la Carta, con las mismas garantías que otros derechos recogidos en instrumentos internacionales, y en particular, en el catálogo de derechos fundamentales.

- 2) También se ofrece la posibilidad de especificar la reparación de perjuicios consistente en la pérdida de ingresos económicos desde el cese hasta la resolución judicial que constata el despido improcedente. Es una partida reparadora que se suprimió en la legislación española en el año 2012, como vía para reducir la protección de las personas afectadas por el despido injusto y que está en contradicción con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales, que puede ahora preservar a través de esta reclamación.
- 3) Otro aspecto que consideramos relevante en esta reclamación, y que se ofrece oportunidad al Comité para profundizar en su análisis, es que la indemnización adecuada ha de disponer de elementos para que se facilite su acceso efectivo, real y práctico a las personas afectadas por el despido injusto

En este sentido la legislación española utiliza la antigüedad y el salario como parámetros de cuantificación, siguiendo la orientación que ofrece el art. 12 del Convenio 158 de la OIT, como medida de protección frente a la pérdida de empleo, y que, en lógica, con mayor razón puede integrar una parte de la reparación ante el despido injusto.

Desde esta perspectiva, el reproche que se hace a la legislación española en relación con los criterios para fijar la cuantía de la indemnización reparadora del despido injusto, en esta reclamación, no es propiamente que fije la indemnización según la antigüedad y el salario, pues son parámetros legítimos para ponderar el perjuicio que cabe presumir a la extinción del contrato.

En concreto, en esta reclamación colectiva se denuncia –además de los aspectos anteriores relativos a la readmisión– que la indemnización reconocida en la legislación y en la práctica judicial española opere como un máximo insoslayable, al margen de los perjuicios que se puedan acreditar, que no incluya la partida de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la sentencia que lo declara injusto, y que no actualice el importe de la indemnización en ese período por ninguna vía.

También se denuncia que tales criterios de cuantificación se deben aplicar al caso en el que la persona sea la que promueve la extinción del contrato ante los incumplimientos graves del empresario, y que en la legislación española tiene el mismo tratamiento que el despido improcedente, pues en definitiva, es un despido indirecto injusto generado por la falta de pago de salarios o la lesión de

los derechos básicos de la persona trabajadora que legitiman la resolución contractual por culpa grave de la empresa.

- 4) Otro aspecto que se incorpora a esta reclamación es la consideración de que la indemnización ha de cubrir una cuantía reparadora y disuasoria. En otro caso, en los supuestos en que es escasa la cuantía del salario o antigüedad, la empresa no tendría ningún condicionante financiero para llevar a cabo el despido, lo que afecta en particular a trabajadores jóvenes, temporales y en general, de reciente incorporación a la empresa. También afecta a las personas sujetas a un contrato a tiempo parcial, mayoritariamente mujeres, que por tener un salario proporcional a las horas de trabajo, genera indemnizaciones sin coste financiero relevante, y sin efecto reparador, ante el despido injusto.
- 5) Finalmente, apuntamos que la legislación y la práctica judicial reconocen la indemnización por despido improcedente en los casos de despido injusto, sin incluir ningún tipo de compensación en los casos en que la persona ha estado sujeta de forma sistemática a la contratación temporal fraudulenta o abusiva, con amenaza de despido injusto, y sin acceder al derecho a la estabilidad en el empleo antes de ver extinguido el contrato de forma ilegítima. Esta reclamación ofrece al Comité la oportunidad de determinar si la sujeción a una práctica reiterada de fraude en la contratación, cuando la persona ve extinguido su contrato, ha de ser un concepto que se deba incluir en el monto de la reparación, pues responde a perjuicios que han de ser resarcidos en la extinción del contrato de forma específica.

II. LA NORMA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA CUYA INFRACCIÓN SE DENUNCIA: ARTÍCULO 24 EL DERECHO A LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO SIN UNA RAZÓN VÁLIDA Y LOS CRITERIOS FIJADOS POR EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES SOBRE SU ALCANCE EFECTIVO.

1. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN EN CASO DE DESPIDO EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA HECHA EN ESTRASBURGO EL 3 DE MAYO DE 1996:

El objeto de esta reclamación se centra en la denuncia de incumplimiento del art. 24 de la citada Carta, que recoge esta regulación:

Artículo 24. Derecho a protección en caso de despido.

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

a) el derecho de todos los trabajadores ***a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;***

b) el derecho de los trabajadores ***despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.***

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

En su Anexo, que forma parte del Tratado –Art. N de la Carta Social Europea Revisada- se recoge la siguiente precisión sobre el alcance del art. 24:

ANEXO

Anexo a la Carta Social Europea revisada

Artículo 24.

1. *Se entiende que, a los efectos del presente artículo, la palabra «despido» significa la resolución de la relación laboral a iniciativa del empleador.*

2. *Se entiende que este artículo abarca a todos los trabajadores pero que una Parte puede excluir total o parcialmente de su protección a las siguientes categorías de trabajadores por cuenta ajena:*

a) *los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo de duración determinada o para una tarea determinada;*

b) *los trabajadores que estén en período de prueba o que no hayan cumplido un período de antigüedad exigido, siempre que dicho período se fije por anticipado y tenga una duración razonable;*

c) *los trabajadores contratados de manera eventual por un período breve.*

3. A efectos de este artículo, **no se considerarán motivos válidos para el despido**, en particular:

- a) *la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera del horario de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante el horario de trabajo;*
- b) *el hecho de presentarse como candidato a representante de los trabajadores, o de actuar o haber actuado en esa calidad;*
- c) *la presentación de una demanda o la participación en un procedimiento contra un empleador por supuesta infracción de las leyes o reglamentos, o la presentación de un recurso ante las autoridades administrativas competentes;*
- d) *la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social;*
- e) *el permiso de maternidad o de paternidad;*
- f) *la ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión.*

4. Se entiende 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 colectivos** o por cualquier otro **procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales**.

El artículo 24 de la Carta se aplica en España, sin que el país hubiera excluido de su protección a ninguna categoría de trabajadores por cuenta ajena a las que se refiere el Anexo, artículo 24, número 2.

2. PRECEDENTES EN LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, SOBRE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ART. 24 DE LA CARTA EN LOS PROCESOS DE RECLAMACIÓN COLECTIVA.

El Comité se ha pronunciado sobre el alcance del art. 24 de la CSER de forma reiterada, a través de observaciones interpretativas, conclusiones en los Informes de cumplimiento, así como en diversas decisiones sobre el fondo en relación con reclamaciones colectivas.

La primera reclamación colectiva es la nº 106/2014 incoada por *Finnish Society of Social Rights*

contra Finlandia. Este país dio una nueva redacción a la *Employment Contracts Act* 55/2001 por la *Act* 398/2013. La Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales argumenta que la situación en Finlandia es contraria al Artículo 24 de la Carta por dos motivos.

1. En primer lugar, la ley que rige los contratos de trabajo establece que la cuantía de la indemnización que pueden conceder los tribunales en caso de despido improcedente no puede exceder del equivalente a 24 meses de salario.
2. En segundo lugar, la citada ley no prevé ninguna posibilidad de reintegro en caso de despido improcedente.

El CEDS resolvió sobre la admisibilidad y el fondo en Decisión adoptada el 8 de septiembre de 2016, en el sentido de que era incompatible con los requisitos del art. 24 de la CSEr.

Por el carácter sistemático del pronunciamiento, que aborda problemas en buena parte coincidentes con esta reclamación, recogemos la doctrina establecida en esa Decisión.

En concreto, en su decisión, el Comité emitió estas consideraciones: (Párrafos 45 y siguientes):

45. El Comité recuerda que, en virtud de la Carta, los empleados despedidos sin motivo válido deben obtener una indemnización o cualquier otro recurso adecuado.

Los mecanismos de compensación se consideran adecuados cuando prevén:

- reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano de apelación;

- la posibilidad de reincorporación y/o

- compensación de una cantidad suficientemente alta para disuadir al empleador y compensar el daño sufrido por la víctima (Conclusiones 2012, Turquía).

46. Cualquier tope que tenga por efecto que la indemnización concedida no sea proporcional al daño sufrido y no sea suficientemente disuasoria es, en principio, contraria a la Carta. Sin embargo, si existe un tope en la compensación otorgada por daños materiales, la víctima debería poder reclamar una compensación por los daños morales sufridos a través de otros recursos legales (por ejemplo, legislación contra la discriminación) (Conclusiones 2012, Eslovenia).

i) Indemnización suficiente.

48. El Gobierno afirma que los trabajadores pueden, además de sobre la base de la ley relativa al contrato de trabajo, solicitar una indemnización sobre la base de la ley de no discriminación y la ley relativa a la igualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo, el Comité observa que sólo las personas que han sido despedidas por motivos discriminatorios pueden reclamar una indemnización en virtud de estas leyes. Si el despido injustificado no contiene un elemento discriminatorio, no es posible reclamar una indemnización en virtud de estas leyes.

49. El Comité considera que en algunos casos de despido improcedente, la indemnización de 24 meses prevista en la ley relativa al contrato de trabajo puede no ser suficiente para compensar las pérdidas y daños sufridos.

51. ...El Comité observa que la ley de responsabilidad civil no se aplica a todas las situaciones de despido improcedente y puede ser aplicable solo en situaciones específicas. Señala, en particular, que la ley relativa a la responsabilidad civil no se aplica, salvo disposición en contrario, a la responsabilidad contractual o a la responsabilidad regida por una ley diferente.

52. El Comité considera que la Ley de Responsabilidad Civil no constituye un recurso legal alternativo disponible para las víctimas de despido improcedente no relacionado con discriminación.

53. El Comité considera que el tope de la indemnización previsto en la ley de contratos de trabajo puede dejar situaciones en que la indemnización otorgada no cubra el daño sufrido. Además, no puede concluir que se prevén recursos legales alternativos como recurso en tales situaciones.

54. En consecuencia, el Comité considera que existe una violación del artículo 24.

ii) Readmisión.

55. En cuanto al segundo alegato, a saber, que los jueces no tienen la posibilidad de ordenar el reintegro, si bien el artículo 24 de la Carta no se refiere expresamente al reintegro, sí se refiere a una indemnización u otro remedio adecuado. **El Comité considera que otra reparación adecuada debería incluir la restitución como uno de los recursos disponibles para los tribunales nacionales** (véanse las Conclusiones de 2003, Bulgaria). La posibilidad de otorgar este medio de compensación reconoce

*la importancia de colocar al trabajador en una situación laboral no menos favorable que la que disfrutaba anteriormente. Corresponde a los tribunales nacionales decidir si la reinstalación es apropiada en el caso particular. El Comité recuerda que siempre ha considerado que el reintegro debe proporcionarse como medio de reparación en virtud de **muchas otras disposiciones de la Carta según la interpretación del Comité, por ejemplo, en virtud del Artículo 8§2 o el artículo 27§3.***

*56. El Comité recuerda que, en sus Conclusiones de 2012, consideró que la situación no estaba en conformidad con el artículo 24 de la Carta debido a **que la legislación no preveía la posibilidad de reincorporación en caso de despido improcedente.** La situación no ha cambiado en este sentido (Conclusiones 2012, Finlandia).*

...

58. En consecuencia, el Comité considera que existe una violación del Artículo 24 de la Carta.

Nuevamente aborda la aplicación del art. 24 de la Carta la Decisión de fondo de 11 septiembre 2019, Reclamación 158/2017, (CGIL c. Italia).

Es esa reclamación, se plantea la adecuación de las indemnizaciones previstas por despidos improcedentes en el sector privado tras el Decreto Legislativo N° 23/2015 *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (plafond progressivo)*. Fue modificado con posterioridad a la reclamación, resultando decisiva la Corte Constitucional, sentencia 194/2018, de modo que se permite al juez tomar en cuenta no solo la antigüedad en el servicio, sino también otros elementos (número de empleados, tamaño de la empresa, comportamiento y condiciones de las partes).

En cuanto a otros tipos de despido sin causa justificada, el Comité observa que, además de no permitir la reincorporación al trabajo, las disposiciones impugnadas prevén indemnizaciones que no cubren las pérdidas económicas realmente sufridas, ya que la **cuantía está limitada a 6, 12, 24 o 36 mensualidades de referencia según el caso.**

La Comisión toma nota de que el Gobierno no ha proporcionado ejemplos de casos en los que se haya concedido una indemnización por despido improcedente sobre la base de las

disposiciones relativas a la responsabilidad civil o en virtud del artículo 1418 del Código Civil.

Y más recientemente, la **Decisión de fondo de 23 de marzo de 2022, Reclamaciones 160/2018 (CGT-FO c. Francia) y 171/2018 158/2017 (CGT c. Francia)**, en la que el Comité concluye por unanimidad que existe una violación del Artículo 24.b de la Carta.

Deriva de la reclamación colectiva presentada por las organizaciones sindicales francesas CGT-FO y CGT, en la que denunciaban que las reformas en la ordenación del despido llevada a cabo por Ordenanza núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, al artículo L.1235-3 del Código del Trabajo, violan el artículo 24 de la Carta y más específicamente, el derecho de las personas trabajadoras despedidas sin justa causa a una compensación adecuada u otra reparación apropiada.

En el marco legal anterior relativo a la extinción del contrato de trabajo y las disposiciones relativas al despido sin causa real y grave no se establecían topes indemnizatorios, sino montos mínimos, que no podían ser inferiores a 6 meses de salario (hasta la orden de 22 de septiembre de 2017).

Según el Artículo L.1235-3 (y sus párrafos) del Código del Trabajo modificado por el artículo 2 de la Ordenanza núm. 2017-1387 y el artículo 11 de la Ley núm. 2018-217:

“Si el despido de un trabajador se produce por causa que no es real y grave, el juez puede proponer la reincorporación del trabajador a la empresa, con mantenimiento de sus ventajas adquiridas.

Si una u otra de las partes se negare a este reintegro, el juez concederá al trabajador una indemnización a cargo del empleador, cuyo monto estará comprendido entre los montos mínimo y máximo establecidos en el cuadro siguiente:

...

En caso de despido realizado en una empresa que emplee habitualmente a menos de once trabajadores, se aplicarán las cuantías mínimas que se fijan a continuación, por excepción de las fijadas en el párrafo anterior:...

Se trata de una escala en la que se fija el límite máximo en 20 meses que sólo se aplica a partir de los 29 años de antigüedad. La escala es menor para los empleados con poca antigüedad y para los que trabajan en empresas de menos de 11 empleados.

En esa regulación se contempla otro sistema de indemnización para los casos de despidos nulos, por ser discriminatorios, contrarios a las libertades fundamentales, o en represalia por el ejercicio de acciones judiciales en materia de igualdad profesional entre mujeres y hombres, o que afectan a personas que necesitan una especial protección.

Sobre el alcance de la garantía de la readmisión, declaró que en la medida en que el reintegro es un remedio posible en caso de despido improcedente, la situación se ajusta al Artículo 24 de la Carta (156). El Comité recuerda el criterio de su decisión en la reclamación 106/2014.

Sobre la adecuación de la indemnización, el Comité declaró que sí había vulneración del art. 24 de la CSEr: *«El Comité recuerda haber declarado en su decisión adoptada en Sociedad finlandesa de derechos sociales c. Finlandia, Queja No. 106/2014, op.cit., que el límite máximo de 24 meses previsto por la legislación finlandesa era insuficiente porque no permitía otorgar una compensación adecuada en el sentido del Artículo 24 de la Carta.»*

El Comité toma nota de que en la legislación francesa el límite máximo no supera los 20 meses y sólo se aplica a partir de los 29 años de antigüedad. La escala es menor para los empleados con poca antigüedad y para los que trabajan en empresas de menos de 11 empleados. Para estos últimos, los montos mínimos y máximos de compensación a los que pueden reclamar son bajos y, en ocasiones, casi idénticos, por lo que el rango de compensación no es lo suficientemente amplio»

También deja constancia de que la **“previsibilidad” resultante de la escala podría constituir más bien un incentivo para que el empleador despidiera abusivamente a los trabajadores.** De hecho, los techos de compensación así definidos podrían llevar a los empleadores a hacer una **estimación realista de la carga financiera** que representaría para ellos un despido injustificado sobre la base de un análisis de costo-beneficio. **En algunas situaciones, esto podría alentar despidos ilegales.**

El Comité toma nota además de que el tope de la escala de indemnizaciones **no permite otorgar indemnizaciones superiores en función de la situación personal e individual del trabajador**, pudiendo el juez ordenar indemnizaciones por despido injustificado únicamente dentro de los límites inferiores y superiores de la escala, a menos que se excluya la aplicación del artículo L.1235-3 del código del trabajo.

El Comité considera que los límites máximos previstos en el artículo L.1235-3 del código del Trabajo no son suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima y

disuadir al empleador. Además, el juez tiene sólo un estrecho margen de maniobra en el examen de las circunstancias individuales de los despidos injustificados. Por esta razón, el daño real sufrido por el trabajador en cuestión relacionado con las circunstancias individuales del caso puede pasarse por alto y, por lo tanto, no repararse. Además, otros recursos legales se limitan a ciertos casos. Por lo tanto, el Comité considera, a la luz de todos los elementos anteriores, que no se garantiza el derecho a una compensación adecuada u otra reparación apropiada en el sentido del Artículo 24.b de la Carta.

En consecuencia, el Comité encuentra que existe una violación del Artículo 24.b de la Carta.

3. RECAPITULACIÓN DE LA DOCTRINA DEL CEDS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR UN DESPIDO INJUSTIFICADO.

En definitiva, existe un cuerpo de pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales que ha venido estableciendo toda una serie de criterios aplicativos sobre el alcance del art. 24 de la CSER, de modo que se considera que los mecanismos de compensación cumplen con la Carta cuando proporcionan:

- **El reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano de apelación;**
- la posibilidad de **reincorporación** del empleado **y/o**
- la compensación de una **cantidad suficientemente alta** para **disuadir** al empleador y **compensar el daño sufrido** por la víctima (*Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales* c. Finlandia, denuncia n.º 106/2014, decisión sobre la admisibilidad y el fondo del 8 de septiembre de 2016, párrafo 45; Conclusiones 2016, Bulgaria, Confederación General Italiana del Lavoro (CGIL) v, Italia, Denuncia No. 158/2017, decisión sobre el fondo del 11 de septiembre de 2019, párr. 87, Decisión de fondo de 23 de marzo 2022, (párrafo 153) Reclamaciones 160/2018 (CGT-FO c. Francia) y 171/2018 158/2017 (CGT c. Francia).

En relación con la posibilidad de reincorporación del empleado, el Comité ha declarado que:

- **El Comité considera que otra reparación adecuada debería incluir la restitución como uno de los recursos disponibles para los tribunales nacionales** (véanse las Conclusiones de 2003, Bulgaria). La posibilidad de otorgar este medio de compensación reconoce la importancia de **colocar al trabajador en una situación laboral no menos favorable que la que disfrutaba anteriormente. Corresponde a los tribunales nacionales decidir si la reinstalación es apropiada en el caso particular.** El Comité recuerda que siempre ha considerado que el reintegro debe proporcionarse como medio de reparación en virtud de **muchas otras disposiciones de la Carta según la interpretación del Comité, por ejemplo, en virtud del Artículo 8§2 o el artículo 27§3.** (Párrafo 55 Decisión de fondo de 23 de marzo 2022, (párrafo 153) Reclamaciones 160/2018 (CGT-FO c. Francia) y 171/2018 158/2017 (CGT c. Francia)

Específicamente en relación con la fijación de la indemnización, el Comité ha establecido las siguientes consideraciones:

- La indemnización en caso de despido improcedente debe ser **proporcional al daño** sufrido por la víctima y **suficientemente disuasoria** para el empleador (véanse las Conclusiones de 2016, Macedonia del Norte, artículo 24).
- Cualquier **límite máximo** que tenga por efecto que la indemnización concedida no sea proporcional al daño sufrido y no sea suficientemente disuasoria viola el artículo 24 de la Carta (Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales).
- En caso de límite máximo a las indemnizaciones concedidas en concepto de reparación del daño material, la víctima debe poder reclamar la reparación del **daño moral sufrido por otros medios legales**, debiendo pronunciarse los tribunales competentes para conceder la reparación del daño material y moral sufrido, en un **tiempo razonable** (Decisión 2012, Eslovenia; Decisión 2012, Finlandia).
- A la hora de concretar esa cuantía, el Comité declaró en su decisión adoptada en Sociedad finlandesa de derechos sociales c. Finlandia, Queja No. 106/2014, op.cit., que el límite **máximo de 24 meses** previsto por la legislación finlandesa era insuficiente porque no permitía otorgar una compensación adecuada en el sentido del Artículo 24 de la Carta. (Así lo cita el párrafo 158 de las quejas 160/2018 y 171/2018).

En la Decisión de fondo de 11 septiembre 2019, Reclamación 158/2017, (CGIL c. Italia), se consideró que no se cubren las pérdidas económicas realmente sufridas, ya que la **cuantía está limitada a 6, 12, 24 o 36 mensualidades de referencia según el caso.**

En la Decisión de fondo de 23 de marzo de 2022, Reclamaciones 160/2018 (CGT-FO c. Francia) y 171/2018 158/2017 (CGT c. Francia), no se ajustaba a la Carta la regulación nacional pues recogía una escala en la que se fija el límite máximo en 20 meses, que sólo se aplica a partir de los 29 años de antigüedad. La escala es menor para los empleados con poca antigüedad y para los que trabajan en empresas de menos de 11 empleados. Y ello, a pesar de que en esa regulación se contempla otro sistema de indemnización para los casos de despidos nulos, por ser discriminatorios, contrarios a las libertades fundamentales, o en represalia por el ejercicio de acciones judiciales en materia de igualdad profesional entre mujeres y hombres, o que afectan a personas que necesitan una especial protección.

- Si existe un tope para la **compensación por daños materiales**, la víctima debe poder reclamar una **compensación por daños morales** a través de otras vías legales y los tribunales competentes para **otorgar compensación por daños materiales y morales** deben decidir dentro de un **tiempo razonable** (finlandés Society of Social Rights v. Finlandia, Queja No. 106/2014, decisión sobre admisibilidad y fondo del 8 de septiembre de 2016, párr. 46; Conclusiones 2012, Eslovenia y Finlandia).
- El Comité considera que, en la medida en que la indemnización por daños morales causados por despido sin causa real y grave ya está incluida en la indemnización tope, la posibilidad de que los trabajadores despedidos injustificadamente reclamen, además de la indemnización tope, prestaciones por desempleo o indemnización por daños y perjuicios relacionados, por ejemplo, con violaciones procesales en caso de despido económico, no representa un remedio legal alternativo completo. (Decisión de 22 de marzo 2022 (Quejas 160/2018 y 171/2018):

III. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO INJUSTO.

En la legislación española, la protección que se otorga a los despidos considerados como improcedentes no se limita, propiamente a los despidos por motivos disciplinarios, sino que tiene un ámbito mucho más amplio, y opera al menos en estos ámbitos, como vamos a ver:

- Despidos por motivos disciplinarios que se consideren injustificados por falta de causa o de garantías. El despido se califica como improcedente cuando no se ha ajustado a la forma escrita que recoja los motivos del cese, o cuando no se ha acreditado la concurrencia de la causa justificativa del cese invocada por la carta de despido.
- Despidos objetivos por aptitudes de la persona o por razones de funcionamiento de la empresa, cuando se aprecia falta de causa o de garantías.
- Despidos colectivos, igualmente relacionados con causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando no exista causa justificativa para el cese.
- Resolución del contrato a instancia de la persona trabajadora, por incumplimiento grave del empresario de sus obligaciones de pago de salario o de los derechos laborales básico.
- Extinción injustificada o sin garantías de los contratos temporales, incluyendo los casos de contratación temporal irregular o abusiva, que legalmente se consideran fijos y cuya extinción se califica como despido improcedente. Este mismo régimen se aplica, por extensión, a todos los casos en que se produzca la extinción del contrato de trabajo, a instancia de la empresa, sin que concurra una causa legal de cese, como sucede con la terminación de los contratos temporales fraudulentos, que no se ajustan a los requisitos legales para la contratación temporal.

La calificación del **despido como improcedente**, determina, las siguientes consecuencias:

- Se reconoce a la empresa un derecho de opción entre la readmisión, con abono de salarios de tramitación, o la extinción del contrato, con abono de la indemnización legal de 33 días de salario, por año de servicio, con el máximo de 24 meses.
- El derecho de opción lo puede ejercitar la empresa libremente, sin motivación, justificación y no puede el órgano judicial efectuar un control sobre las razones

que llevan a cabo a la empresa para elegir la extinción del contrato, ni tampoco si los efectos de la extinción van a provocar una situación de especial desprotección de la persona trabajadora.

- Por excepción, como mecanismo de protección de los representantes de los trabajadores, el derecho de opción se reconoce al representante que ha sido objeto de un despido improcedente, por lo que la empresa carece, en tales casos, de la facultad de extinguir el contrato si el representante opta por la readmisión, en cuyo caso igualmente tiene derecho a los salarios dejados de percibir desde el cese a la fecha de la readmisión efectiva.

Por el contrario, en régimen del **despido declarado nulo** la situación es distinta.

- Procede la declaración de nulidad en los siguientes supuestos:
 1. Despidos discriminatorios o que lesionen la relación de derechos fundamentales que contempla la Constitución en los arts. 14 a 29 incluyendo el derecho a la igualdad y prohibición de discriminación (art. 14), la protección de la libertad sindical y el derecho de huelga (ar. 28), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24) o en general, el despido que lesiona la garantía de indemnidad, como represalia por el ejercicio de un derecho fundamental.
 2. Los que afectan a personas especialmente protegidas, por razón de embarazo o por ejercicio de derechos de conciliación
 3. En caso de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, cuando por exceder de un determinado número de personal afectado se califican como colectivos y se ha omitido la intervención preceptiva de los representantes de los trabajadores en un período de consultas.
- La consecuencia legal de la declaración de nulidad es la imposición a la empresa del deber de readmisión en las mismas condiciones anteriores al cese, y el abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta el momento de la reincorporación.

En caso de despido nulo, además de la readmisión, se puede reconocer una indemnización por la lesión de los perjuicios generados por la vulneración del derecho fundamental, lo que no se regula expresamente en la normativa sustantiva y procesal por despido, pero sí en los procesos especiales de tutela de

derechos fundamentales, cuyas garantías se aplican a los procesos por despido en que se invoca una vulneración de este tipo de derechos.

Para ofrecer a la Comisión una delimitación del marco legal nacional, exponemos las normas positivas que determinan los supuestos en que un despido se califica como improcedente, así como el régimen legal que establece los derechos de la persona afectada por el mismo.

1. El despido por motivos disciplinarios –Artículos 54, 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores- que derivan de un supuesto incumplimiento por la persona trabajadora de sus obligaciones laborales.

Según el Estatuto de los Trabajadores (ET):

Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario.

1. El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido.

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.

2. Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social.

3. El despido será calificado como procedente, improcedente o nulo.

4. El despido se considerará **procedente** cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será **improcedente** en caso contrario o cuando en su forma no se ajustará a lo establecido en el apartado 1.

5. Será **nulo** el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también **nulo** el despido en los siguientes supuestos:

a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

7. El despido **procedente** convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

2. El despido por causas objetivas –artículos 51 a 53 ET-, relacionado con las aptitudes de la persona o vinculado al funcionamiento de la empresa, el establecimiento o el servicio, y el despido colectivo.

Establece el ET:

Artículo 53. Forma y efectos de la extinción por causas objetivas.

1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundase en el artículo 52.c), con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

2. Durante el periodo de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de una persona con discapacidad que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

3. Contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratase de despido disciplinario.

4. Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género o violencia sexual por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

c) La de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.

En el resto de supuestos, la decisión extintiva se considerará procedente cuando se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubiesen cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente.

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan.

5. La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

a) En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.

b) Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de esta el importe de dicha indemnización.

Esta misma regulación se aplica al despido colectivo, tramitado por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –art. 51 ET-, cuando se declare injustificado (art. 51.4 ET y 128.13 LRJS).

3. La extinción de los contratos temporales fraudulentos, que legalmente tienen asignada la condición de fijos, se considera despido improcedente –art. 49.1.c ET-

Cuando la contratación temporal no responde a los requisitos legales, en particular, cuando no existe causa legal que habilita a la contratación de duración determinada, o el contrato se considera fraudulento, o no deja constancia de los elementos esenciales para verificar su legalidad, se otorga la misma protección que en caso de despido disciplinario improcedente.

La extinción de un contrato temporal, que de acuerdo con la ley debería de calificarse como fijo, supone la existencia de un despido sin razones justificadas, que en la práctica judicial española, se protege a través de la figura del despido improcedente.

En estos casos de despido injusto, la protección se otorga bajo la figura legal del despido improcedente, o injustificado, con la salvedad de los casos en que se pueda apreciar la nulidad por afectar a derechos fundamentales, por afectar a personas protegidas por el ejercicio de la maternidad o paternidad o medidas de conciliación, o por vulnerar los límites numéricos establecidos para el despido colectivo que hubiera exigido la realización de un período de consultas con los representantes de los trabajadores.

La extinción de los contratos temporales fraudulentos es la modalidad de despido improcedente, que representa la mayor vía de aplicación de la figura del despido improcedente en España. Ello deriva de la utilización masiva de la contratación temporal para cubrir necesidades permanentes de empleo en las empresas y las Administraciones Públicas.

Precisamente, el objeto esencial de la reforma en materia de contratación llevada a cabo a través del **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**, fue la de reducir drásticamente los supuestos de utilización de la contratación temporal y reforzar fuertemente las exigencias de forma en la contratación que permitan controlar la legitimidad de las razones que justifican la temporalidad. Se trata de una reforma legal fruto de un acuerdo entre las organizaciones sindicales CCOO y UGT con las organizaciones empresariales más representativas a nivel estatal y el propio Gobierno de España.

En su exposición de motivos se dice que *“A pesar de las sucesivas modificaciones que ha experimentado la legislación laboral española, el marco institucional no ha sido capaz de abordar de manera eficaz el problema de la excesiva tasa de temporalidad, que se sitúa de manera sistemática muy por encima de la media europea. El recurso a la contratación temporal injustificada es una práctica muy arraigada en nuestras relaciones laborales y generalizada por sectores, que genera ineficiencia e inestabilidad económica, además de una precariedad social inaceptable.”* Y añade que *“... España encabeza el ranking europeo de la temporalidad, con una diferencia de casi 12 puntos porcentuales sobre la media de la Unión Europea.”*

Su fin esencial es asegurar que las necesidades permanentes de empleo en la empresa se cubran con personal fijo, y sobre todo, reducir la posibilidad de que las empresas y las administraciones públicas persistan en la práctica de utilizar los contratos temporales fraudulentos como forma ordinaria de gestión empresarial.

Esto ha permitido que millones de personas trabajadoras que venían siendo objeto, de forma sistemática, de contratación temporal, hayan pasado a tener contratos fijos, que disponen de un mayor nivel de estabilidad y protección.

No existe una norma específica que considere la calificación como improcedentes de los contratos temporales fraudulentos, que por ley reciben la consideración de contratos por tiempo indefinido. Al considerarse por la práctica judicial que es un despido injustificado, ya que la extinción no se puede justificar por el vencimiento del contrato temporal que se considera fraudulento, se debe otorgar la misma protección que a los despidos disciplinarios improcedentes.

Ello tiene lugar cuando los contratos temporales se realizan con incumplimiento de las obligaciones de recoger en el contrato los motivos que justifican la temporalidad de la contratación, o cuando se prueba que las razones invocadas por la empresa no se corresponden con la realidad, de modo que se acredita que se trata de necesidades de mano de obra permanente que la empresa pretende cubrir, de forma fraudulenta, con contratos temporales, para aprovecharse de una capacidad de extinción del contrato, sin asumir los costes del despido improcedente o del despido nulo.

4. La aplicación de los límites de la indemnización del despido improcedente a los denominados despidos indirectos, o resolución del contrato por incumplimiento empresarial grave de sus obligaciones (art. 50 ET).

Es relevante constatar que otras extinciones no derivan, directamente, de una decisión empresarial, pero sí indirectamente, cuando provienen de la mera actuación empresarial de desentenderse del contrato de trabajo, o incurrir en incumplimientos contractuales sobre obligaciones esenciales a su cargo, que legitiman a la persona trabajadora a instar su resolución como respuesta al incumplimiento empresarial.

Según art. 50 ET-.

Artículo 50. Extinción por voluntad del trabajador.

1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:

a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.

b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.

c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.

2. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.

Por tanto, la protección que se otorga a las personas afectadas es igualmente equivalente a la prevista para el despido improcedente en relación con el pago de la cuantía de la indemnización, fijada sobre las mismas bases y con el mismo límite cuantitativo. Con la salvedad de que, lógicamente, la empresa no puede optar por la readmisión.

5. La regulación legal de los derechos de la persona afectada por un despido improcedente: en particular, la inexistencia de derecho de readmisión, y la cuantía limitada de la indemnización.

Los derechos derivados del despido improcedente se regulan en el art. 56 ET en estos términos:

Artículo 56. Despido improcedente.

*1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, **podrá optar** entre la **readmisión** del trabajador o el abono de **una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades**. 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.*

*2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá 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.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

4. Si el despido fuera un **representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este**. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.

5. Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de **noventa días hábiles** desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles.

En los casos de despido en que, con arreglo a este apartado, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios.

En la LRJS se concreta el régimen procesal del despido improcedente, siendo relevante este precepto:

Artículo 110. Efectos del despido improcedente.

1. **Si el despido se declara improcedente**, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha Ley, con las siguientes particularidades:

a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112.

b) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y

condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia.

c) En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial.

IV. LAS DENUNCIAS DE INCUMPLIMIENTO DEL ART. 24 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA.

Esta Reclamación Colectiva quiere poner en evidencia que el sistema legal establecido en España en relación con las garantías ofrecidas a las personas trabajadoras afectadas por un despido improcedente, con arreglo a la legislación vigente que ha quedado descrita, es incompatible con las garantías que otorga el art. 24, letra b) de la Carta Social Europea Revisada, en la interpretación que de la misma ha venido haciendo el Comité de forma reiterada, consistente y explícita, desde estas perspectivas:

- El órgano judicial no tiene posibilidad de valorar, como forma de reparación adecuada, la readmisión de la persona trabajadora, de modo que no tiene posibilidad de decidir sobre la readmisión en estos casos:
 - o Al margen de las razones que tuvo la empresa para despedir, o de la situación económica o profesional en que se quede la persona afectada. (Motivo 1º)
 - o Cuando la causa invocada por la empresa sea fraudulenta, y se acredite que el despido está motivado por el ejercicio de los derechos laborales recogidos en la Carta Social Europea y en la Carta Social Europea Revisada o sus Protocolos. (Motivo 2º)

- El sistema de compensación, desde la reforma operada en el año 2012, no permite compensar la pérdida de ingresos financieros derivados del cese, desde la fecha del despido, hasta la resolución judicial que constata la existencia de un despido injustificado y lo califica como improcedente. (Motivo 3º)

- En caso de extinción del contrato sin causa justificada, la indemnización está fijada en términos objetivos, basados exclusivamente en la antigüedad y el salario, de modo que:
 - No permite reclamar perjuicios adicionales derivados de los daños morales, o de los perjuicios profesionales o patrimoniales, generados por la extinción del contrato sin razones justificativas. (Motivo 4º)
 - No incluyen ninguna cuantía mínima, por lo que en caso de contratos de escasa duración, como sucede sobre todo con la contratación temporal, no alcanza niveles para procurar una reparación adecuada de los perjuicios sufridos, ni tiene ninguna función disuasoria efectiva para limitar la decisión empresarial de llevar a cabo un despido sin causa justificada, o por motivos arbitrarios. (Motivo 5º).
 - No se admite la indemnización, en caso de personal sometido a prácticas prolongadas y reiteradas de abuso en la contratación temporal, con negación del derecho a la estabilidad en el empleo, que estos perjuicios formen parte de la indemnización por extinción, sin que se pueda reclamar su abono por ningún otro concepto, lo que afecta con mayor gravedad al personal laboral contratado irregularmente por las Administraciones, que ni siquiera acceden a la indemnización por despido improcedente, cuando son cesados tras la contratación irregular, por cobertura de la plaza. (Motivo 6º)

Del mismo modo, supone un incumplimiento de la normativa internacional recogida en toda una diversidad de instrumentos y convenios internacionales, y los criterios interpretativos que han venido consolidando una protección eficaz frente al despido injusto, como también ha venido señalando el Comité en las numerosas ocasiones en que ha tenido que examinar las denuncias de incumplimiento del art. 24 de la Carta Social Europea Revisada.

PRIMERO. - EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24, letra B) DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA, ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE QUE EL ÓRGANO JUDICIAL PUEDA ACORDAR LA READMISIÓN EN EL PUESTO DE TRABAJO CUANDO SE PRODUCE UN DESPIDO INJUSTIFICADO O SIN CAUSA, AL MARGEN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES O DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE ENCUENTRE LA PERSONA AFECTADA POR EL CESE.

1. La imposibilidad de que el órgano judicial pueda considerar la readmisión como forma de reparación adecuada ante el despido improcedente.

En la doctrina del CEDS, en la reclamación colectiva nº 106/2014 incoada por *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia, vino motivado porque este país dio una nueva redacción a la *Employment Contracts Act 55/2001* por la *Act 398/2013*. La Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales argumenta que la situación en Finlandia es contraria al Artículo 24 de la Carta por dos motivos.

- En primer lugar, la ley que rige los contratos de trabajo establece que la cuantía de la indemnización que pueden conceder los tribunales en caso de despido improcedente no puede exceder del equivalente a 24 meses de salario.
- En segundo lugar, la citada ley no prevé ninguna posibilidad de reintegro en caso de despido improcedente.

El CEDS resolvió en la Decisión sobre la admisibilidad y el fondo adoptada el 8 de septiembre de 2016 que esta regulación era incompatible con los requisitos del art. 24 de la CSEr.

En su decisión, el Comité emitió estas consideraciones relativas a la readmisión como medida de reparación frente al despido injusto:

ii) Readmisión.

55. En cuanto al segundo alegato, a saber, que los jueces no tienen la posibilidad de ordenar el reintegro, si bien el artículo 24 de la Carta no se refiere expresamente al reintegro, sí se refiere a una indemnización u otro remedio adecuado. El Comité considera que otra reparación adecuada debería incluir la restitución como uno de los recursos disponibles para los tribunales nacionales (véanse las Conclusiones de 2003, Bulgaria). La posibilidad de otorgar este medio de compensación reconoce

la importancia de colocar al trabajador en una situación laboral no menos favorable que la que disfrutaba anteriormente. Corresponde a los tribunales nacionales decidir si la reinstalación es apropiada en el caso particular. El Comité recuerda que siempre ha considerado que el reintegro debe proporcionarse como medio de reparación en virtud de muchas otras disposiciones de la Carta según la interpretación del Comité, por ejemplo, en virtud del Artículo 8§2 o el artículo 27§3.

56. El Comité recuerda que, en sus Conclusiones de 2012, consideró que la situación no estaba en conformidad con el artículo 24 de la Carta debido a que la legislación no preveía la posibilidad de reincorporación en caso de despido improcedente. La situación no ha cambiado en este sentido (Conclusiones 2012, Finlandia).

...

58. En consecuencia, el Comité considera que existe una violación del Artículo 24 de la Carta.

En la Decisión de fondo de 23 de marzo de 2022, Reclamaciones 160/2018 (CGT-FO c. Francia) y 171/2018 158/2017 (CGT c. Francia), se denunciaban que las reformas en la ordenación del despido llevada a cabo por Ordenanza núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, al artículo L.1235-3 del Código del Trabajo, violan el artículo 24 de la Carta y más específicamente, el derecho de los trabajadores despedidos sin justa causa a una compensación adecuada u otra reparación apropiada.

En relación con el alcance de la garantía de la readmisión, declaró que en la medida en que el reintegro es un remedio posible en caso de despido improcedente, la situación se ajusta al Artículo 24 de la Carta (156). El Comité recordó el criterio de su decisión en la reclamación 106/2014.

156. A este respecto, el Comité se remite a su decisión en Sociedad finlandesa de derechos sociales c. Finlandia, Demanda sección No. 24 de 106/2014, la Carta no op. se cit., refiere párr. expresamente 55: "si bien la a la restitución, sí se refiere a la compensación u otro remedio apropiado. El Comité considera que otro recurso adecuado debe incluir el reintegro como uno de los recursos disponibles en los tribunales internos (...). Corresponde a los tribunales internos decidir si procede la restitución en el caso particular". El Comité también recordó "haber considerado

sistemáticamente que la reincorporación debe proporcionarse como un medio de reparación en virtud de muchas otras disposiciones de la Carta según la interpretación del Comité, por ejemplo, en virtud de los Artículos 8§2 y 27§ 3". Por lo tanto, el Comité considera que, en la medida en que el reintegro es un remedio posible en caso de despido improcedente, la situación se ajusta al Artículo 24 de la Carta.

Este pronunciamiento se refería a la legislación francesa, la cual regulaba, -Artículo L.1235-3 (y sus párrafos) del Código del Trabajo modificado por el artículo 2 de la Ordenanza núm. 2017-1387 y el artículo 11 de la Ley núm. 2018-217- lo siguiente:

“Si el despido de un trabajador se produce por causa que no es real y grave, el juez puede proponer la reincorporación del trabajador a la empresa, con mantenimiento de sus ventajas adquiridas.

Si una u otra de las partes se negare a este reintegro, el juez concederá al trabajador una indemnización a cargo del empleador, cuyo monto estará comprendido entre los montos mínimo y máximo establecidos en el cuadro siguiente:

... »

Se trata de una escala en la que se fija el límite máximo en 20 meses que sólo se aplica a partir de los 29 años de antigüedad. La escala es menor para los empleados con poca antigüedad y para los que trabajan en empresas de menos de 11 empleados.

En ese caso, la legislación nacional sí atribuye al órgano judicial la posibilidad de considerar que la reincorporación del trabajador a la empresa es la forma más adecuada de preservar la reparación ante el despido injusto. Es cierto que la norma permite, a las dos partes, la posibilidad de formular oposición a esa reincorporación, y la norma no regula los criterios ni motivos en que se pueda basar. Tampoco se reflejan en el pronunciamiento los criterios judiciales por los que se puede basar la oposición, pero el Comité considera decisivo que el órgano judicial sí está en condiciones de valorar la reincorporación como medida adecuada.

- 2. La imposibilidad en la legislación y en la práctica judicial española, de que el órgano judicial pueda considerar que la readmisión es la forma más adecuada de reparación ante el despido injusto.**

Por el contrario, la legislación española y la práctica judicial no permiten al órgano judicial, cuando un despido se ha declarado injustificado, poder valorar la readmisión como una medida adecuada para preservar la protección de la persona afectada por el cese injusto.

La calificación de un despido con causa ilícita, o sin causa, con arreglo a una consolidada doctrina jurisprudencial, incluso aplicable a los despidos no comunicados por escrito, verbales o tácitos, es la improcedencia.

La nulidad queda reservada para los casos de vulneración de derechos fundamentales, o relacionados con situaciones susceptibles de especial protección, para evitar, precisamente la vulneración de un derecho fundamental, el de no sufrir discriminación, previstos en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Pero la nulidad es un marco de protección insuficiente pues el derecho al trabajo, reconocido en el art. 35 de la CE no tiene rango de fundamental, al ubicarse en la sección 2ª (de los derechos y los deberes de los ciudadanos), del capítulo 2º (derechos y libertades) del título I (de los derechos y deberes fundamentales); y no en la 1ª (de los derechos fundamentales y las libertades públicas). No estamos ante un remedio que sea accesible, de forma amplia y general, a las personas afectadas por un despido injusto, sino que la nulidad es una medida excepcional con aplicación a casos muy tasados.

En el despido improcedente, se configura una facultad discrecional de la empresa, libre y sin posibilidad de control judicial, por la cual la empresa pueda decidir la extinción del contrato.

La única carga procesal que tiene que asumir es manifestar su voluntad en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, y no tiene que asumir, pagar ni siquiera asegurar, el pago de la indemnización legal que corresponde al despido ilícito.

Incluso la facultad empresarial se puede ejercitar durante el desarrollo del proceso de forma anticipada, para el caso de que el despido se declare improcedente, de modo que la sentencia no tenga necesidad de conferir a la empresa la facultad de opción, y ya imponga directamente la extinción del contrato y el abono de la indemnización legal tasada (Art. 110.1.a) LRJS).

El órgano judicial no está facultado para considerar que la decisión empresarial de extinguir el contrato ante el despido injusto puede ser abusiva o puede implicar una grave desprotección para la persona afectada.

Cuando a esto se añade, como vamos a ver, un sistema de indemnización ante esa extinción, absolutamente insuficiente, que tampoco valora los perjuicios reales y efectivos que haya podido sufrir la persona afectada más allá del importe de la indemnización legal, no incluye mínimos indemnizatorios, y no compensa la pérdida de salarios motivados por el cese ilícito hasta la sentencia que resuelve el litigio, se comprende la posición de desequilibrio que ofrece la legislación a las partes de la relación laboral, privando, en muchas ocasiones, de una protección adecuada a la persona víctima de un cese injustificado.

De esta forma, el despido injusto se convierte en un instrumento por el cual la empresa puede conseguir, y de hecho lo consigue, privar a la persona de su ocupación y expulsarla, ipso iure, del entorno laboral, derivado de cualquier motivación subjetiva, incluso completamente ilegítima o abusiva.

3. La falta de aplicación de las normas de protección frente al fraude de ley o abuso de derecho, a la figura del despido improcedente.

La desprotección de las personas trabajadoras ante el despido injusto se ha agravado enormemente a partir del momento en que la doctrina jurisprudencial consolidada y reiterada, plasmada en la doctrina del Tribunal Supremo, se ha negado a aplicar la protección frente al fraude de ley y el abuso del derecho a los casos en los que el despido es una declaración de voluntad extintiva, bien sin invocación de ninguna causa justificativa –cese discrecional- o invocando una causa mendaz, falsa y simulada, con el único objetivo de que el proceso concluya con una declaración de despido improcedente, en el que la ley protege a la empresa al permitir extinguir el contrato de trabajo, sin posibilidad de que el órgano judicial puede apreciar la existencia de ese comportamiento fraudulento, y sin posibilidad de considerar que la readmisión es la única forma adecuada de proteger a la víctima del cese ilícito según las circunstancias del caso, como la conducta de las partes, la intención de la empresa al despedir, y los perjuicios efectivos generados con el cese.

Se crea así un ámbito exento por completo de control judicial, en el que la empresa puede imponer la extinción del contrato. Y se considera ilegítimo que el órgano judicial pueda indagar sobre la posible existencia de un comportamiento abusivo o fraudulento por parte de la empresa, hasta el punto de que se concibe este supuesto nada menos que como el ejercicio de un derecho de la empresa, protegido por la ley, a la extinción del contrato mediante el despido injusto.

4. La imposibilidad de que el órgano judicial pueda imponer la readmisión incluso en el caso de que la empresa hubiera optado voluntariamente por la readmisión tras la sentencia de despido improcedente.

Como consecuencia de las vicisitudes procesales que puede tener el despido improcedente, cuando se le ofrece a la empresa la opción por la extinción o la readmisión y elige la readmisión, pero a pesar de ello, decide no llevarla a efecto, la legislación procesal impone en tales casos la extinción del contrato de trabajo, sin que el órgano judicial pueda imponer a la empresa la readmisión, a pesar de haber optado por esa readmisión, y al margen de la situación en que se encuentre la persona trabajadora.

En tales casos, el art. 281.2 de la LRJS establece que el órgano judicial, declarará extinguida la relación laboral, y acordará que se abone al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.

Se contempla en tales casos una indemnización adicional *“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”*.

También se condena al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la resolución judicial que declara la extinción del contrato.

Se trata de un supuesto en el que, en efecto, existe mayor nivel de protección que en general frente al despido improcedente, pues implica el abono de los salarios de tramitación, y además de la indemnización de 33 días de salario por año de servicio, de una indemnización adicional de otros 15 días de salario, según las circunstancias concurrentes y perjuicios ocasionados por la no readmisión o readmisión irregular. Pero hay que resaltar que este sistema está previsto para el caso en que la empresa opta por la readmisión pero la incumple, de forma completa o por una readmisión en condiciones distintas a las existentes antes del despido. Es un comportamiento que genera perjuicios adicionales a la persona que tiene que estar dispuesta a la readmisión que la empresa pueda elegir, con lo que supone de renuncia o limitación a otras oportunidades de empleo, pero cuya readmisión se ve frustrada por la actuación de incumplimiento empresarial de su propia opción.

Este modelo es totalmente excepcional, y tiene como finalidad corregir prácticas de mala fe procesal de la empresa, cuando opta por la readmisión en la expectativa de que si la persona no la acepta, se ve liberada de toda obligación de indemnización al generar una renuncia voluntaria al puesto de trabajo. También se fija un límite a la indemnización, a pesar de que los perjuicios efectivos provocados, no sólo por la pérdida del empleo, sino por la actuación de incumplimiento del compromiso de readmisión pueden ser mucho mayores.

5. La admisión de la extinción del contrato, incluso ante la ausencia de pago efectivo de la indemnización por la empresa.

El desequilibrio del sistema se agrava, si cabe, cuando la mera decisión empresarial de extinguir el contrato, ante el ejercicio del derecho de opción derivado del despido improcedente, no requiere como requisito para el efecto extintivo, que abone de forma efectiva la indemnización legal que le pueda corresponder. Por el contrario, en el modelo legal, seguido sin fisuras por la doctrina jurisprudencial, la extinción se produce por la mera opción empresarial, y la obligación de pago de la indemnización es una mera deuda financiera que la persona trabajadora tendrá que recibir, bien de forma voluntaria para la empresa, o tendrá que emprender la vía judicial de ejecución de sentencia para que se lleve a cabo el pago con cargo a los bienes de la empresa, si es que dispone de solvencia para ello. Esto genera un retraso consustancial al cobro efectivo de la indemnización, que debilita la protección de la persona que ya ha perdido de forma irreversible su empleo a través de un despido injusto.

6. Los precedentes en la doctrina judicial española sobre la necesidad de reconocer el derecho de readmisión como forma adecuada de protección ante el despido improcedente.

En la práctica judicial, se ha detectado la grave desprotección que esto supone para las personas trabajadoras, y en la doctrina, absolutamente minoritaria, de algún Juzgado de lo Social, se ha hecho un juicio de convencionalidad a la legislación española en este particular, llegando a la conclusión de que es incompatible con las garantías internacionales fijadas en el Convenio 158 de la OIT, utilizando el criterio orientativo, y que no estaba vigente en España en ese momento, la Carta Social Europea Revisada, el

hecho de que la empresa pueda libremente imponer la extinción del contrato ante el despido injusto.

En concreto, el Juzgado de lo Social N°. 34 de Madrid, Sentencia 71/2020, de 21 Feb. 2020, Rec. 843/2019, y 9 de marzo 2020, Autos 302/2019, que fue revocada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Social, de 9 de marzo 2020, Rec. 85/2021, por entender que la Carta Social Europea Revisada, en su art. 24, no era aplicable a España en el momento de los hechos, de modo que, como dice el TSJ, FJ CUARTO.- *...Por tanto la interpretación que pueda hacerse de dicho precepto por el Comité de Derechos Sociales del Consejo de Europa no es relevante para este litigio, porque el propio precepto no es aplicable. Cuando finalice el proceso de ratificación de la Carta Social revisada por España y el nuevo tratado sea objeto de publicación oficial podrá plantearse la naturaleza vinculante del "Derecho derivado" resultante del tratado, esto es, de las resoluciones de órganos del Consejo de Europa como el Comité de Derechos Sociales.* “

De esta forma, no estamos ante una vía efectiva, pues no es admitida por la doctrina judicial, y no permite a las personas trabajadoras acceder a un sistema de protección frente al despido improcedente en el que el órgano judicial, pueda valorar, en ninguna circunstancia, que la readmisión es la forma más adecuada de protección a la persona afectada por el despido injusto.

SEGUNDO: EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24, LETRA b) DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA, ANTE LA FALTA DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN APROPIADA FRENTE AL DESPIDO DERIVADO DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA Y EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA.

Los derechos recogidos en la Carta Social Europea Revisada, lo mismo que en la versión originaria, y sus Protocolos, han de ser protegidos de forma efectiva, de modo que el órgano judicial, en caso de lesión en el desarrollo de una relación laboral que haya determinado el despido de la persona trabajadora, y se acredite que el despido tiene como fin, impedir que la persona trabajadora ejercite los derechos protegidos por la Carta, se ha de posibilitar que el órgano judicial pueda, en la resolución del litigio por despido, considerar la posibilidad de que la medida de restablecimiento más adecuada ha de ser la reincorporación de la persona trabajadora afectada por el despido injusto.

Se denuncia la insuficiencia del modelo legal español para impedir el despido como consecuencia del ejercicio, por las personas trabajadoras, de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea y en la Carta Social Europea Revisada, pues la legislación y la práctica judicial limitan la garantía de indemnidad a los derechos recogidos exclusivamente en la Constitución Española como derechos fundamentales, que no incluyen el conjunto de derechos derivados de la relación laboral que están protegidos, entre otros instrumentos internacionales, por la Carta Social Europea Revisada, su versión originaria, y sus Protocolos.

- 1. El criterio jurisprudencial, que excluye la existencia de “despido en fraude de ley” en la legislación española, cuando la empresa utiliza el cese sin causa legítima, con la finalidad de impedir el ejercicio o disfrute de otros derechos laborales.**

En la legislación española, la regulación del fraude de ley en la realización de actos jurídicos, negocios o contratos, es una figura que opera como una norma consustancial al Ordenamiento Jurídico, y tiene proyección general –Artículo 6.4 Código Civil, según el cual.

4. 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

Sin embargo, en relación con el contrato de trabajo, y más en concreto, en relación con la extinción decidida por la empresa mediante un despido sin causa, la doctrina implantada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y seguida de forma generalizada por los órganos inferiores, ha sido considerar que un despido que no se ajusta a la forma o a la causa legalmente prevista, se ha de calificar como despido improcedente, y no se ha de enjuiciar si la empresa ha incurrido en un comportamiento fraudulento, por el cual, a través de la extinción, ha tratado de impedir a la persona trabajadora que ejerciera los derechos que le corresponden derivados de la relación laboral.

La cuestión de la calificación del despido como improcedente o como nulo, se usa en la legislación española para reconocer efectos extintivos a la decisión empresarial sujetándose al pago de una indemnización tasada, o bien para imponer el deber de

readmisión en sus propios términos, con el abono de los salarios dejados de percibir desde el cese en la ocupación hasta que la readmisión tenga lugar.

Cuando la doctrina jurisprudencial está diciendo que el despido fraudulento se ha de calificar como improcedente, significa que tiene el mismo tratamiento que el despido en el que existen incumplimientos de forma, o faltan pruebas de la causa invocada, pero no hay evidencia de que la empresa pretenda impedir la efectividad de los derechos de las personas trabajadoras protegidos legalmente.

Como resumen la Sentencia del Tribunal Supremo, Social, de 5 de mayo 2015, Nº de Recurso: 2659/2013, ECLI:ES:TS:2015:2469:

"Y así es, en efecto. En todas estas resoluciones se ha llegado invariablemente a la conclusión de que en aquellos supuestos, como los allí enjuiciados, en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores ("faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes", que alcancen o superen determinados niveles), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo. A su vez, esta jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad enlaza expresamente (STS 29-2-2001) con una línea jurisprudencial anterior, según la cual la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo -el llamado "despido fraudulento"- no justifica por sí misma la calificación de nulidad.

3. De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990, no modificado en este punto en el texto refundido de 1995 ni en la vigente LRJS, el art. 108.2 ésta última disposición "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese. Esta línea jurisprudencial sobre la carencia de "apoyo o refrendo legal" de la nulidad del despido fraudulento se inicia en STS 2-11-1993 (rec. 3669/1992), a la que corresponden los párrafos entrecomillados, y continúa en STS 19-1-1994 (rec. 3400/1992), STS 23-5-1996 (rec. 2369/1995) y 30-12-1997 (rec. 1649/1997). "Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido -concluye STS 29-2- 2001 (citada)- la

calificación aplicable es la de improcedencia" del despido, y no la de nulidad del mismo.

4. Así pues, la cuestión debatida, como se ha anticipado, se ha resuelto ya por la Sala, entre otras, en las sentencias de 22 de enero de 2008 (R. 3995/2006), 27 de enero de 2009 (R. 602/2008) y 22 de noviembre de 2007 (R. 3907/2006). Esta última sentencia, igual que la más reciente, además de mantener la doctrina jurisprudencial anterior sobre la calificación de improcedencia del despido motivado por "bajas médicas" del trabajador, ofrecen también respuestas a la mayoría de los argumentos específicos que aparecen en el presente debate procesal".

Se trata de una doctrina constante, asumida y reiterada por los órganos judiciales, como por ejemplo, en la Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 21-05-2021, nº 486/2021, rec. 159/2021, y 30-09-2021 nº 605/2021, rec. 439/202.

El caso del despido por razón de enfermedad, que analiza esta doctrina jurisprudencial, es especialmente llamativo. A pesar de que no existe ningún incumplimiento de la persona trabajadora, la empresa la despide por razón de haber ejercido su derecho a la baja por razón de su enfermedad, a fin de reducir los costes que son inherentes a la falta de servicios por razón de enfermedad o accidente.

2. La falta de adecuación de las consecuencias derivadas de los despidos motivados, precisamente, por el ejercicio de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea o en la Carta Social Europea Revisada, y su extensión a los demás derechos de carácter laboral.

De esta forma, la doctrina jurisprudencial trata del mismo modo el caso en el que el empresario no dispone de pruebas suficientes, ofrecidas en el proceso, del incumplimiento del trabajador imputado para intentar justificar el cese, con otras situaciones en las que se puede acreditar que el cese responde no a un supuesto incumplimiento de la persona trabajadora, sino a que la privación del empleo responde a una finalidad ilegítima, como es impedir que la persona trabajadora pueda ejercer los derechos laborales que le atribuye la legislación.

Con ello se dan efectos extintivos a la invocación no sólo de causas con insuficiente prueba, sino de causas falsas, simuladas, invocadas como mera excusa para conseguir un fin que, la propia legislación considera ilegítimo, a pesar de que la razón real y efectiva, verificada en el proceso, de la extinción, sea impedir que la persona pueda prestar servicios, y a pesar de que disponga de un derecho subjetivo que la empresa, por la vía de la extinción, pretende impedir que se ejercite.

Únicamente en caso de que concurra la lesión de un derecho fundamental, se podría declarar la nulidad, o en caso de despido por motivos relacionados con el funcionamiento de la empresa, tuviera el cese dimensión colectiva según el número de personas afectadas, y no se hubiera celebrado un período de consultas con los representantes de los trabajadores.

TERCERO: EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24, letra B) DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA ANTE LA INEXISTENCIA DE REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS FINANCIEROS GENERADOS POR LA PÉRDIDA DEL EMPLEO SIN RAZONES JUSTIFICADAS, DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO: LA EXCLUSIÓN DEL ABONO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN TRAS LA REFORMA LEGAL DEL AÑO 2012.

1. La denegación del derecho a percibir los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la sentencia.

La legislación española, desde el año 2012, suprimió el abono de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente, cuando tiene lugar la extinción del contrato por opción empresarial.

A partir del RDL 3/2012, de 8 de febrero, posteriormente tramitado como proyecto de ley que dio lugar a la Ley 3/2012, de 6 de julio, se da nueva redacción al art. 56.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El art. 56.2 LET, en la redacción dada por el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012, sólo contempla el abono de los salarios de trámite cuando la empresa opta por la readmisión, -o cuando el representante de las personas trabajadoras, afectado por un despido improcedente,

opta por la readmisión. Como dice el precepto, “[e]n caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación”.

Con esta nueva regulación, en el supuesto de que un despido se califique como improcedente, el empresario tiene el derecho a optar entre readmitir al trabajador en su puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación (salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la Sentencia) o a la extinción del contrato exclusivamente con entrega de la correspondiente indemnización legal.

La justificación de la supresión de los salarios de tramitación por la Ley 3/2012, de 6 de julio, frente al modelo legal anterior, por el que se venían abonando no sólo en caso de readmisión sino también en los supuestos de extinción del contrato de trabajo, se justifica por su exposición de motivos (penúltimo párrafo del apartado V), *“en que el tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva”*. Y, además *“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”*.

2. La ausencia de compensación por el acceso a las prestaciones por desempleo.

El que la persona pueda, eventualmente, acceder a las prestaciones por desempleo, si tiene cotizaciones suficientes, no evita los perjuicios por la pérdida de ingresos.

El derecho a la prestación por desempleo no se genera como un efecto vinculado al despido improcedente, sino que deriva de haber cotizado durante un período de tiempo, y el hecho de encontrarse en una situación determinante del reconocimiento de las prestaciones, básicamente, la pérdida del empleo no imputable a la persona interesada. (Artículo 262 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS-).

Ello permite acceder a la prestación si se reúnen los requisitos de tener un período de cotización mínimo (12 meses) –art. 266.b) LGSS-, que no haya sido tomado en cuenta para reconocer previamente otro derecho a prestaciones, por lo que los períodos cotizados se consumen cada que vez que se reconoce un nuevo derecho. Por tanto, acceder a la

prestación por desempleo, no es un derecho subjetivo en sentido estricto que compense la pérdida del despido injusto.

Además, esas prestaciones no tienen el mismo importe que el salario, y en muchas ocasiones tiene reducciones significativas. La cuantía de la prestación es, durante los primeros seis meses, del 70% de la base reguladora fijada según el salario promedio de los últimos 180 días del trabajador, y tras esos seis meses se reduce al 50% de ese salario promedio. Además, se aplican límites máximos que pueden implicar reducciones adicionales de la cuantía sobre el salario que se venía recibiendo, -Con carácter general, la cuantía máxima del paro es del 175% del IPREM incrementado en una sexta parte, lo que para 2022 representan 1.182,16 euros mensuales, que se elevan cuando se tiene un hijo a 1.351,04 euros mensuales, con dos o más hijos, 1.519,92 euros mensuales para 2022.

Además, el período desde el despido hasta la sentencia reduce la duración de la prestación, que se fija según los años cotizados en los últimos seis años, a razón, básicamente, de 120 días de prestación por cada año cotizado, lo que genera un máximo de 720 días de prestación –art. 269.1 LGSS-. El acceso a la prestación consume período de disfrute y esas cotizaciones no pueden ser tenidas en cuenta para reconocer un nuevo derecho –Art. 269.2 LGSS-. De esta forma, la persona objeto de despido ilícito ve como se reduce su derecho a la protección social por desempleo, mientras se tramita el proceso por despido, de modo que en ese período, en lugar de generar nuevas cotizaciones, ve como se consumen las que tuviera con anterioridad.

Y sobre todo, el acceso a las prestaciones por desempleo no tiene ningún efecto disuasorio de la actuación ilícita empresarial, sino más bien todo lo contrario, cuando una parte significativa de los perjuicios generados por su actuación ilícita son sufragados, nada menos, que con recursos públicos y en concreto, con el derecho a protección frente al desempleo que le pudiera corresponder a la persona afectada y que tiene que consumir mientras se tramita el proceso por despido.

3. La denegación, incluso, del derecho a percibir intereses moratorios por el retraso en el pago de la indemnización más tarde de la fecha de efectos del cese.

Es claro que los intereses por mora no suponen una compensación adecuada por la pérdida financiera de ingresos generados por el despido injusto. Por ello, no consideramos que el reconocimiento de los intereses moratorios pueda compensar adecuadamente esa pérdida de ingresos.

Pero, al menos, implica que el importe monetario de la indemnización que pretende compensar la extinción del contrato, no se vea devaluado por el tiempo que va desde que esa extinción tiene efectos, y la declaración judicial del derecho al cobro de la misma.

Sin embargo ni la legislación ni la práctica judicial nacional, reconocen el derecho a esa compensación de los intereses moratorios.

La ausencia en la legislación española de cualquier género de compensación por los perjuicios financieros generados por la pérdida del empleo durante la tramitación del proceso, en caso de despido improcedente, afecta incluso a la falta de reconocimiento del pago de intereses por la demora en el pago de la indemnización, por el período transcurrido desde el momento de la extinción decidida por la empresa, hasta el momento en el que, en la resolución judicial que declara el despido improcedente se fije el importe a percibir por la persona trabajadora.

De hecho, no existe práctica judicial de este tipo de compensación por la falta de fundamento legal y de precedentes, y en el caso en que se ha reclamado expresamente, ha sido rechazada la compensación de estos intereses, como en el caso de la **STSJ Cataluña, Social, Pleno, de 31 de marzo de 2021, rec. 3825/2020**.

La parte trabajadora reclamaba el pago de los intereses con el argumento de que al ser la indemnización legal por despido una deuda que se configura y nace al mundo jurídico en el mismo momento en que el despido se produce, el retraso que potencialmente pueda producirse entre el despido y el momento temporal en que se percibe de forma efectiva y material la indemnización, debe compensarse con el crédito moratorio. Pero el Tribunal rechaza esta compensación, dado que, entiende (FJ 6º):

“...La indemnización legal por despido no es deuda líquida, vencida y exigible desde el mismo momento en que el despido se produce. Es necesario para que nazca al mundo jurídico el derecho, como en el supuesto que nos ocupa, que pronunciamiento judicial firme declare el despido improcedente y que la empleadora condenada ejercite en tiempo y forma hábil la opción por la extinción. Sólo en este momento la indemnización es líquida”.

- 4. La ausencia de incentivos a la empresa para evitar el litigio o anticipar el pago de la indemnización, y los incentivos legales a que la persona trabajadora renuncie a una parte de la indemnización legal.**

En el modelo legal español, la empresa no tiene ningún aliciente para evitar el litigio, ni siquiera para abonar el pago de la indemnización, incluso meses o años después de haber consumado el cese de la persona afectada por el despido injusto.

- El órgano judicial no tiene posibilidad de imponer la readmisión, sino que se configura como un derecho empresarial.
- La indemnización sólo es exigible tras la sentencia firme que declare el despido improcedente, a pesar de que la norma reconoce efectos extintivos al cese en el mismo momento en que la empresa comunica el despido a la persona afectada.

La indemnización por despido se fija en su cuantía tomando en cuenta la antigüedad, exclusivamente, hasta la fecha del despido, según ha interpretado el Tribunal Supremo (STS 21 octubre 2004, rec. 4966/2002). En la legislación, el art. 56.1 ET establece que “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”, con lo que se otorga a la fecha del despido ilícito el momento final para calcular los servicios prestados.

- El período que va desde el cese hasta el pronunciamiento judicial de la existencia de un despido injusto, tampoco genera intereses moratorios, a pesar de que existe un retraso en pago de la compensación por el perjuicio producido por la eficacia del despido, que se cifra en el momento de la decisión empresarial.

Por ello, los intentos de conciliación previos al juicio, que en nuestro sistema legal son dos previos y obligatorios –uno en sede preprocesal, y otro antes del comienzo del juicio oral de despido- son un escenario, exclusivamente, para que la persona renuncie a una parte de la indemnización que le pueda corresponder, a cambio de la ilegítima oferta de que la empresa lleve a cabo su abono de forma inmediata, en lugar de acogerse a los trámites procesales que sólo aseguran el pago tras un proceso, en ocasiones muy dilatado, y que si la empresa opta por interponer un recurso, es seguro que excederá de doce meses, pudiendo llegar a dos o tres años de demora, según la carga de trabajo de los respectivos órganos de enjuiciamiento de los recursos de suplicación –Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia- o casación –Sala de lo Social del Tribunal Supremo-.

5. El criterio judicial que constata el incumplimiento de la Carta Social Europea Revisada en la denegación del derecho a los salarios de tramitación.

Ello genera que no existan precedentes ni supuestos en los que se reconozca el derecho a la compensación por esas pérdidas.

No obstante, se han constatado en la doctrina judicial, de forma excepcional, la necesidad de revisar la exclusión del abono de los salarios de tramitación ante la extinción del contrato en el despido improcedente, como evidencia de que la legislación española no es conforme con la legislación internacional, en particular, el Convenio 158 OIT, y en lo que ahora interesa, el art. 24 de la Carta Social Europea Revisada.

La **Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Reus, de 16 de julio de 2021, (autos núm. 650/2020)** reconoce que el importe de la indemnización por cese debe incluir el importe de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la extinción, haciendo aplicación de un control de convencionalidad sobre la legislación española, para lo que es decisivo el art. 10 del Convenio 158 de la OIT, y como criterio orientador, el art. 24 de la CSER.

Dice la Sentencia que la indemnización que resulta tras la aplicación del art. 56.1 del TRLET, "*no resulta mínimamente disuasoria para la empresa ni adecuada para reparar la situación la trabajadora, que se ve privada del sustento que le procura el salario que venía percibiendo por el desempeño de su trabajo, sin cotización suficiente siquiera para acceder a la prestación contributiva por desempleo, lo que se agrava por la circunstancia de que dicho despido tuvo lugar en plena crisis sanitaria originada por la pandemia del virus COVID-19, cuyos efectos sobre el mercado de trabajo son sobradamente conocidos, por lo que debe someterse previamente la norma contenida en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores a un control de convencionalidad con el Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 22 de junio de 1982, y con el artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada), ratificada por España en fecha 17 de mayo de 2021, con efectos de fecha 1 de julio de 2021,...*"

Se trata de un pronunciamiento que pone en evidencia la enorme desprotección de las personas afectadas por el despido injusto, que ven extinguido su contrato, y no tienen derecho a la compensación de las pérdidas financieras derivadas de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la sentencia que declara el despido injusto.

Ello no es, por otra parte, muestra de que la legislación española vigente hace viable la reclamación de los perjuicios financieros generados entre la fecha del despido, pues es un pronunciamiento excepcional, que además, ha sido revocado por la STSJ, Social, de Cataluña, de 30 de mayo 2022, Rec. 538/2022.

CUARTO: EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24, letra B) DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA, ANTE LA IMPOSIBILIDAD LEGAL DE RECLAMAR LA EXISTENCIA DE PERJUICIOS ADICIONALES A LOS QUE SON OBJETO DE COMPENSACIÓN CON LA CUANTIA LEGALMENTE ESTABLECIDA DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE.

- 1. La doctrina del CEDS sobre el alcance del art. 24.b de la CSEr en relación con la exigencia de indemnización adecuada ante el despido injusto.**

La reclamación colectiva nº 106/2014 incoada por *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia. Este país dio una nueva redacción a la *Employment Contracts Act* 55/2001 por la *Act* 398/2013. La Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales argumenta que la situación en Finlandia es contraria al Artículo 24 de la Carta por dos motivos.

- En primer lugar, la ley que rige los contratos de trabajo establece que la cuantía de la indemnización que pueden conceder los tribunales en caso de despido improcedente no puede exceder del equivalente a 24 meses de salario.
- En segundo lugar, la citada ley no prevé ninguna posibilidad de reintegro en caso de despido improcedente.

El CEDS resolvió en la decisión sobre la admisibilidad y el fondo adoptada el 8 de septiembre de 2016 que era incompatible con los requisitos del art. 24 de la CSEr.

En su decisión, el Comité emitió estas consideraciones: (Párrafos 45 y siguientes):

45. El Comité recuerda que, en virtud de la Carta, los empleados despedidos sin motivo válido deben obtener una indemnización o cualquier otro recurso adecuado.

Los mecanismos de compensación se consideran adecuados cuando prevén:

- *reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano de apelación;*
- *la posibilidad de reincorporación y/o*

- compensación de una cantidad suficientemente alta para disuadir al empleador y compensar el daño sufrido por la víctima (Conclusiones 2012, Turquía).

46. Cualquier tope que tenga por efecto que la indemnización concedida no sea proporcional al daño sufrido y no sea suficientemente disuasoria es, en principio, contraria a la Carta. Sin embargo, si existe un tope en la compensación otorgada por daños materiales, la víctima debería poder reclamar una compensación por los daños morales sufridos a través de otros recursos legales (por ejemplo, legislación contra la discriminación) (Conclusiones 2012, Eslovenia).

i) Indemnización suficiente.

48. El Gobierno afirma que los trabajadores pueden, además de sobre la base de la ley relativa al contrato de trabajo, solicitar una indemnización sobre la base de la ley de no discriminación y la ley relativa a la igualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo, el Comité observa que sólo las personas que han sido despedidas por motivos discriminatorios pueden reclamar una indemnización en virtud de estas leyes. Si el despido injustificado no contiene un elemento discriminatorio, no es posible reclamar una indemnización en virtud de estas leyes.

49. El Comité considera que en algunos casos de despido improcedente, la indemnización de 24 meses prevista en la ley relativa al contrato de trabajo puede no ser suficiente para compensar las pérdidas y daños sufridos.

51. ...El Comité observa que la ley de responsabilidad civil no se aplica a todas las situaciones de despido improcedente y puede ser aplicable solo en situaciones específicas. Señala, en particular, que la ley relativa a la responsabilidad civil no se aplica, salvo disposición en contrario, a la responsabilidad contractual o a la responsabilidad regida por una ley diferente.

52. El Comité considera que la Ley de Responsabilidad Civil no constituye un recurso legal alternativo disponible para las víctimas de despido improcedente no relacionado con discriminación.

53. El Comité considera que el tope de la indemnización previsto en la ley de contratos de trabajo puede dejar situaciones en que la indemnización otorgada no cubra el daño sufrido. Además, no puede concluir que se prevén recursos legales alternativos como recurso en tales situaciones.

54. En consecuencia, el Comité considera que existe una violación del artículo 24.

En la **Decisión de fondo de 11 septiembre 2019, Reclamación 158/2017, (CGIL c. Italia)** se plantea la adecuación de las indemnizaciones previstas por despidos improcedentes en el sector privado tras el Decreto Legislativo N° 23/2015 *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (plafond progressivo)*. Fue modificado con posterioridad a la reclamación. La Corte Constitucional, sentencia 194/2018, que permite al juez tomar en cuenta no solo la antigüedad en el servicio, sino también otros elementos (número de empleados, tamaño de la empresa, comportamiento y condiciones de las partes).

En cuanto a otros tipos de despido sin causa justificada, el Comité observa que, además de no permitir la reincorporación al trabajo, las disposiciones impugnadas prevén indemnizaciones que no cubren las pérdidas económicas realmente sufridas, ya que la **cuantía está limitada a 6, 12, 24 o 36 mensualidades de referencia según el caso.**

La Comisión toma nota de que el Gobierno no ha proporcionado ejemplos de casos en los que se haya concedido una indemnización por despido improcedente sobre la base de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil o en virtud del artículo 1418 del Código Civil.

En la **Decisión de fondo de 23 de marzo de 2022, Reclamaciones 160/2018 (CGT-FO c. Francia) y 171/2018 158/2017 (CGT c. Francia)**, el Comité concluye por unanimidad que existe una violación del Artículo 24.b de la Carta.

Deriva de la reclamación colectiva presentada por las organizaciones sindicales francesas CGT-FO y CGT, en la que denunciaban que las reformas en la ordenación del despido llevada a cabo por Ordenanza núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, al artículo L.1235-3 del Código del Trabajo, violan el artículo 24 de la Carta y más específicamente, el derecho de los trabajadores despedidos sin justa causa a una compensación adecuada u otra reparación apropiada.

En el marco legal anterior relativo a la extinción del contrato de trabajo y las disposiciones relativas al despido sin causa real y grave no establecían topes indemnizatorios, sino montos mínimos, que no podían ser inferiores a 6 meses de salario (hasta la orden de 22 de septiembre de 2017).

Según el Artículo L.1235-3 (y sus párrafos) del Código del Trabajo modificado por el artículo 2 de la Ordenanza núm. 2017-1387 y el artículo 11 de la Ley núm. 2018-217:

“Si el despido de un trabajador se produce por causa que no es real y grave, el juez puede proponer la reincorporación del trabajador a la empresa, con mantenimiento de sus ventajas adquiridas.

Si una u otra de las partes se negare a este reintegro, el juez concederá al trabajador una indemnización a cargo del empleador, cuyo monto estará comprendido entre los montos mínimo y máximo establecidos en el cuadro siguiente:

...

En caso de despido realizado en una empresa que emplee habitualmente a menos de once trabajadores, se aplicarán las cuantías mínimas que se fijan a continuación, por excepción de las fijadas en el párrafo anterior:

Se trata de una escala en la que se fija el límite máximo en 20 meses que sólo se aplica a partir de los 29 años de antigüedad. La escala es menor para los empleados con poca antigüedad y para los que trabajan en empresas de menos de 11 empleados.

En esa regulación se contempla otro sistema de indemnización para los casos de despidos nulos, por ser discriminatorios, contrarios a las libertades fundamentales, o en represalia por el ejercicio de acciones judiciales en materia de igualdad profesional entre mujeres y hombres, o que afectan a personas que necesitan una especial protección:

Artículo L.1235-3-1

“Artículo L.1235-3 No procede cuando el juez declara que el despido adolece de alguna de las nulidades previstas en el segundo párrafo de este artículo. En este caso, cuando el trabajador no pida la continuación de la ejecución de su contrato de trabajo o cuando sea imposible su reintegro, el juez le concederá una indemnización, a cargo del patrón, que no podrá ser inferior a los salarios de los últimos seis meses.

Las nulidades mencionadas en el primer párrafo son las relativas a:

1° Violación de una libertad fundamental;

2° Actos de acoso moral o sexual en las condiciones previstas en los artículos L.1152-3 y L.1153-4 ;

3° Un despido discriminatorio en las condiciones previstas en los artículos L.1132-4 y L.1134-4;

4° El despido a raíz de una acción judicial en materia de igualdad profesional entre mujeres y hombres en las condiciones previstas en el artículo L.1144-3, o por denuncia de delitos y faltas;

5° El despido de un trabajador protegido mencionado en los artículos L.2411-1 y L.2412-1 por el ejercicio de su mandato;

6° Despido de un empleado con desconocimiento de las protecciones mencionadas en los artículos L.1225-71 y L.1226-13.

La indemnización es exigible sin perjuicio del pago del salario, cuando sea exigible en virtud de lo dispuesto en el artículo L.1225-71 y del estatuto de protección de que gozan determinados trabajadores en virtud del Capítulo I del Título I del Libro IV de la segunda parte del código de trabajo, que se habrían cobrado durante el período cubierto por la nulidad y, en su caso, sin perjuicio de las indemnizaciones legales, convencionales o contractuales.»

En relación con el alcance de la garantía de la readmisión, declaró que en la medida en que el reintegro es un remedio posible en caso de despido improcedente, la situación se ajusta al Artículo 24 de la Carta (156). El Comité recordó el criterio de su decisión en la reclamación 106/2014.

156. A este respecto, el Comité se remite a su decisión en Sociedad finlandesa de derechos sociales c. Finlandia, Demanda sección No. 24 de 106/2014 , la Carta no op. se cit., refiere párr. expresamente 55: “si bien la a la restitución, sí se refiere a la compensación u otro remedio apropiado. El Comité considera que otro recurso adecuado debe incluir el reintegro como uno de los recursos disponibles en los tribunales internos (...). Corresponde a los tribunales internos decidir si procede la restitución en el caso particular”. El Comité también recordó "haber considerado sistemáticamente que la reincorporación debe proporcionarse como un medio de reparación en virtud de muchas otras disposiciones de la Carta según la interpretación del Comité, por ejemplo, en virtud de los Artículos 8§2 y 27§ 3". Por lo tanto, el Comité considera que, en la medida en que el reintegro es un remedio posible en caso de despido improcedente, la situación se ajusta al Artículo 24 de la Carta.

En relación con la adecuación de la indemnización, el Comité declaró que sí había vulneración del art. 24 de la CSEr:

158. El Comité recuerda haber declarado en su decisión adoptada en Sociedad finlandesa de derechos sociales c. Finlandia, Queja No. 106/2014, op.cit., que el límite máximo de 24 meses previsto por la legislación finlandesa era insuficiente

porque no permitía otorgar una compensación adecuada en el sentido del Artículo 24 de la Carta.

159. El Comité toma nota de que en la legislación francesa el límite máximo no supera los 20 meses y sólo se aplica a partir de los 29 años de antigüedad. La escala es menor para los empleados con poca antigüedad y para los que trabajan en empresas de menos de 11 empleados. Para estos últimos, los montos mínimos y máximos de compensación a los que pueden reclamar son bajos y, en ocasiones, casi idénticos, por lo que el rango de compensación no es lo suficientemente amplio.

160. El Comité considera que, contrariamente a lo que afirma el Gobierno –a saber, que el sistema que establece los topes de indemnización tenía como objetivo brindar mayor seguridad jurídica a las partes y, por ende, mayor previsibilidad de los costos incurridos por un procedimiento judicial–, la **“previsibilidad” resultante de la escala podría constituir más bien un incentivo para que el empleador despidiera abusivamente a los trabajadores**. De hecho, los techos de compensación así definidos podrían llevar a los empleadores a hacer una **estimación realista de la carga financiera** que representaría para ellos un despido injustificado sobre la base de un análisis de costo-beneficio. **En algunas situaciones, esto podría alentar despidos ilegales.**

161. El Comité toma nota además de que el tope de la escala de indemnizaciones **no permite otorgar indemnizaciones superiores en función de la situación personal e individual del trabajador**, pudiendo el juez ordenar indemnizaciones por despido injustificado únicamente dentro de los límites inferiores y superiores de la escala, a menos que se excluya la aplicación del artículo L.1235-3 del código del trabajo.

...

168. El Comité considera que los límites máximos previstos en el artículo L.1235-3 del Código del Trabajo no son suficientemente elevados para reparar el daño sufrido por la víctima y disuadir al empleador. Además, el juez tiene sólo un estrecho margen de maniobra en el examen de las circunstancias individuales de los despidos injustificados. Por esta razón, el daño real sufrido por el trabajador en cuestión relacionado con las circunstancias individuales del caso puede pasarse por alto y, por lo tanto, no repararse. Además, otros recursos legales se limitan a ciertos casos. Por lo tanto, el Comité considera, a la luz de todos los elementos anteriores, que no se garantiza el derecho a una compensación adecuada u otra reparación apropiada en el sentido del Artículo 24.b de la Carta.

En consecuencia, el Comité encuentra que existe una violación del Artículo 24.b de la Carta.

2. La tasación de la indemnización por despido improcedente en la legislación y en la práctica judicial española. La imposibilidad de fundar esa reclamación en la normativa sobre responsabilidad contractual general, ni por otro título jurídico legítimo.

El artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores fija como cuantía de la indemnización por despido improcedente la *“equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”*.

De esta forma, el resarcimiento por el término del contrato se determina en forma baremada en función del salario y los años de prestación de servicios, a razón de 33 días de salario por año de servicio. No obstante, se establece un límite máximo, fijado en 24 mensualidades en todos los casos.

Esta cuantía resulta de la reforma llevada a cabo en el año 2012, por la que, además de excluir el abono de los salarios de tramitación en caso de extinción del contrato por despido improcedente, rebajó la indemnización legal por dos vías:

- Rebajando el módulo de días de salario que se abonan por cada año de servicio, pasando de los 45 días de salario que venía recogiendo la legislación laboral con anterioridad, al módulo de 33 días de salario.
- Rebajando el límite máximo del importe de la indemnización resultante, que pasó de tener un límite de 48 mensualidades de salario, al límite actualmente vigente de un máximo de 24 mensualidades, en todos los casos.

La legislación española fija la cuantía de la indemnización por extinción del contrato, ante el despido injusto calificado de improcedente. No se calcula en base a los parámetros de cuantificación del daño emergente, el lucro cesante y los daños morales causados, sino que su cuantía viene fijada en la ley (artículos 50, 53 y 56 ET).

Se afirma así en la STS UD 31/05/2006 (RECU 5310/2004): *"de acuerdo con dicha línea jurisprudencial, de la que son exponentes entre otras muchas las sentencias de 23 de octubre de 1990 (rec.527/1990) y de 3 de abril de 1997 (rec. 3455/1996) "el ordenamiento laboral, en su regulación del despido ... se aparta de lo establecido por los artículos 1106 y siguientes del Código Civil, y consagra un régimen específico de resarcimiento", consistente en fijar el alcance del mismo "de manera objetiva y tasada", "sin que el juzgador pueda valorar de otro modo los daños o perjuicios causados" (STS 29-10-90, citada).*

Siguiendo a la misma sentencia, que cita numerosos precedentes de la jurisprudencia de los años anteriores, este régimen *"puede unas veces beneficiar y otras perjudicar al trabajador, quien, por una parte se halla liberado de acreditar los daños y perjuicios sufridos, pues su existencia se encuentra amparada con presunción iuris et de iure, y de otra queda privado de acreditar que los daños y perjuicios que sufre alcanzan dimensión económica superior a la que resulta de las precisas reglas de valoración" establecidas en la ley". Para proseguir: "Idéntica tesis se mantiene en la otra sentencia citada como exponente de la doctrina tradicional (STS 3-4-1997). En ella se parte de la premisa de que "cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral no es factible acudir a las previsiones de la misma naturaleza del derecho común", para llegar a la conclusión de que un incumplimiento del empresario (en el caso se trataba de la aplicación del art. 50 ET) "no puede generar una doble indemnización, una en la esfera del derecho civil y otra en la particular y especial del derecho del trabajo".*

Desde la perspectiva de esta reclamación, el carácter incompatible con la Carta de la legislación española, en materia de indemnización por despido improcedente, deriva de su carácter tasado máximo, sin posibilidad de que se puedan reclamar perjuicios adicionales, ni de carácter patrimonial o de carácter moral, al margen de la situación personal y familiar de la persona trabajadora, y del comportamiento de la empresa.

También se denuncia que tales criterios de cuantificación se deben aplicar al caso en que la persona es la que promueve la extinción del contrato, ante los incumplimientos graves del empresario, y que en la legislación española tiene el mismo tratamiento de que el despido improcedente, pues en definitiva, es un despido indirecto injusto generado por la falta de pago de salarios, o la lesión de los derechos básicos de la persona trabajadora que legitiman la resolución contractual por culpa grave de la empresa.

3. La insuficiencia del modelo de indemnización prevista para el despido nulo por discriminación o lesión de derechos fundamentales, para garantizar el derecho a una indemnización adecuada ante el despido injusto

La regla general que prohíbe reclamar una indemnización adicional ante la pérdida del empleo sólo tiene una excepción: cuando la decisión extintiva haya sido adoptada por motivos discriminatorios o con vulneración de derechos fundamentales y otras libertades públicas.

Sin embargo, ello no permite interpretar que estamos ante una vía efectiva que permita cubrir los perjuicios derivados del despido injusto.

Como declaró la Decisión del CEDS en la reclamación colectiva nº 106/2014 incoada por *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia, en relación con la exigencia de indemnización suficiente:

i) Indemnización suficiente.

48. El Gobierno afirma que los trabajadores pueden, además de sobre la base de la ley relativa al contrato de trabajo, solicitar una indemnización sobre la base de la ley de no discriminación y la ley relativa a la igualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo, el Comité observa que sólo las personas que han sido despedidas por motivos discriminatorios pueden reclamar una indemnización en virtud de estas leyes. Si el despido injustificado no contiene un elemento discriminatorio, no es posible reclamar una indemnización en virtud de estas leyes.

Igualmente, en la Decisión de fondo de 23 de marzo de 2022, Reclamaciones 160/2018 (CGT-FO c. Francia) y 171/2018 158/2017 (CGT c. Francia) el Comité constató que un modelo que permite reclamar indemnizaciones adicionales, que comprendan todos los perjuicios causados, pero reservada a los casos de despidos nulos, por ser discriminatorios, contrarios a las libertades fundamentales, o en represalia por el ejercicio de acciones judiciales en materia de igualdad profesional entre mujeres y hombres, o que afectan a personas que necesitan una especial protección, no ofrece una protección suficiente ante toda la variedad de supuestos de despidos injustos, pues como dice el párrafo 168 "... Por esta razón, el daño real sufrido por el trabajador en cuestión relacionado con las circunstancias individuales del caso puede pasarse por alto y, por lo tanto, no repararse. Además, otros recursos legales se limitan a ciertos casos. Por lo tanto, el Comité considera, a la luz de todos los elementos anteriores, que no se garantiza el derecho a una compensación adecuada u otra reparación apropiada en el sentido del Artículo 24.b de la Carta.

4. Los pronunciamientos judiciales que han constatado la insuficiencia de la cuantía de la indemnización por despido improcedente para garantizar una reparación adecuada en los términos establecidos por la Carta Social Europea Revisada.

En la práctica judicial del Orden Social, diversos pronunciamientos han venido a constatar el régimen de incumplimiento de la legislación laboral española con la normativa internacional, fundamentalmente con el art. 24 de la Carta Social Europea Revisada y el art. 10 del Convenio 158 de la OIT.

- **La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 Barcelona 28 de julio 2020 (rec. 848/2019)**, en relación el despido de una persona que prestaba servicios con un contrato fijo-discontinuo reconoce una indemnización complementaria de 3.162 € (9 meses de salario), salvo que sea readmitida.

Entiende que en un despido disciplinario en el que se admite la improcedencia, en virtud del C158 de la OIT (interpretado conforme a la CSE de 1996), la indemnización legal tasada no es suficientemente disuasoria y, por ello, Declara que FJ 7: *“SEPTIMO. - Solución al caso concreto. Por lo hasta ahora razonado fácil resulta llegar a la conclusión de que la aplicación estricta del art. 56 del ET, con una indemnización, casi simbólica, de 95,45 euros, es contraria al Convenio nº 158 de la OIT, por no tener un efecto disuasorio para la empresa, dando carta de naturaleza, como causa de extinción de la relación laboral, a la simple voluntad de la empleadora (el desistimiento)”*.

- **La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 Barcelona 31 de julio 2020 (núm. 170/2020)**, fija la indemnización equivalente al salario de 9 meses, que en el caso del demandante asciende a 60.000 euros. **La SJS núm. 26 Barcelona 31 de julio 2020 (núm. 174/2020)** igualmente llega a la misma conclusión, imponiendo el pago de una indemnización de 9 meses de salario.
- **La STSJ Cataluña 23 de abril 2021 (rec. 5233/2020)**, revoca la dictada por el JS núm. de Barcelona de 31 de julio 2020, pero parte de que la legislación española no garantiza el pago de una indemnización adecuada ante la extinción del contrato por despido injusto, por lo que considera la posibilidad de que en casos excepcionales en que se acrediten perjuicios superiores a los comprendidos en la indemnización legal, se abone un incremento de la indemnización fijado en 15 días de salario por cada año de servicio, con el máximo de 12 meses, en aplicación analógica de lo previsto para los casos de extinción cuando la empresa incumple su obligación de readmisión, cuando optó voluntariamente por ella- art. 281.2.b) de

la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social-. Para ello exige que el trabajador alegue y pruebe perjuicios adicionales, poniendo como ejemplo *“la necesidad de desplazamiento, sus gastos, los alquileres, el daño emergente por pérdida de anterior trabajo o el daño moral de abandonar ambiente familiar y social consolidado.*

«..., sería aconsejable que el legislador efectuara una profunda revisión de nuestro modelo de despido y de extinción de contratos en tanto que el actual marco legal crea obvias disfunciones... Ello determina en la práctica que en nuestra realidad sea posible el desistimiento empresarial (aunque así no conste formalmente), lo que entra en contradicción flagrante con los compromisos adquiridos por España con la suscripción del Convenio 158 OIT (BOE 29 de junio de 1985) que en su artículo 4 exige la concurrencia de causa justificativa. No ocurre así con el artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) de 1996, que reclama la concurrencia de “razones válidas”, en tanto que ésta no ha sido aún suscrita por el estado español (hallándose en los actuales momentos en fase de tramitación parlamentaria) y sin que la versión previa –sí ratificada- de 1961 contemple una similar tutela.

...

- Este criterio ha sido reiterado por la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña 20 de mayo 2021 (rec. 5234/2020)**; y **14 de julio 2021 (rec. 1811/2021)**, reconociendo la insuficiencia del modelo legal vigente en España y la no superación del juicio de convencionalidad, pero denegando el derecho a la indemnización por cuanto no se ajustaba la demanda a la acreditación de los perjuicios que la Sala consideraba necesarios para reconocer una indemnización adicional.
- También lo ha reiterado en la **la STSJ Galicia 27 de mayo 2022 (rec. 1631/2022)**, que dice compartir la fundamentación de la **STSJ Cataluña 23 de abril 2021 (rec. 5233/2020)**, y la **STSJ Cataluña 30 de mayo 2022 (rec. 538/2022)**, asume la doctrina de la citada **STSJ Cataluña 23 de abril 2021 (rec. 5233/2020)**, pero rechaza la indemnización en el caso, por considerar que no están protegidos los salarios de tramitación (en función de los salarios dejados de percibir entre la fecha del despido y la fecha del juicio – art. 56.2 ET. Sólo si se acreditaran perjuicios adicionales se podría reconocer la indemnización de 15 días de salario por año de servicio, en analogía del art. 281.2.b) de la LRJS.

De todas formas, es una línea de interpretación judicial que no constituye jurisprudencia, que en la práctica no ha reconocido indemnizaciones efectivas en los casos que ha resuelto, ya que las sentencias condenatorias se han revocado.

Y existe otra doctrina contraria que niega la posibilidad de una indemnización superior a la legal en caso de despido improcedente. Las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 1 de marzo de 2021, recurso 103/2021, y Madrid en sentencias de 1 y 18 de marzo 2021, recurso 596/2020 y 136/2021, rechazan el abono de una indemnización adicional. Y el mismo criterio la **STSJ de STSJ Asturias 21 de diciembre 2021** (rec. 2295/2021), y de **Castilla-La Mancha de 1 de diciembre 2021** (rec. 1807/2020).

5. **La necesidad de que la regulación laboral incorpore elementos que permitan fijar las bases para el cálculo de la indemnización de forma factible, que cubran la suficiencia de la reparación y la disuasión de prácticas empresariales de despido injusto.**

Según el Anexo de la Carta, en relación con el artículo 24, punto 4, cuando dice que

*4. Se entiende 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 colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales.***

La exigencia de que la fijación de la indemnización sea fijada por un instrumento normativo deriva de la propia Carta. Ello requiere que la indemnización no responda exclusivamente a meros criterios de cuantificación judicial, según las posibilidades de alegación y prueba del daño causado, sino que se ofrezcan elementos que sirvan de base, al menos en su cuantía mínima, para la fijación de la indemnización, por alguno de los instrumentos que en el Anexo se recogen, y que pueda completarse con una indemnización adicional para compensar los daños materiales o morales efectivamente sufridos por el trabajador o trabajadora despedidos.

Un sistema basado exclusivamente en la invocación y prueba de las concretas partidas del daño emergente y lucro cesante en forma similar a la reparación de los daños civiles o extracontractuales puede generar dificultades objetivas de accesibilidad a la reparación.

Esta parte considera que constituye una exigencia de la Carta que el sistema de fijación de la indemnización ha de contar de una regulación que permita fijar su importe con criterios de accesibilidad efectiva a las personas trabajadoras, de modo que la reparación no sea una controversia de muy difícil determinación y cuantificación.

Cabe constatar la dificultad de cuantificar los daños por la pérdida del empleo, que exigen realizar proyecciones sobre su impacto en una carrera profesional que requiere emitir juicios de previsión, no siempre compatibles con los criterios judiciales de prueba efectiva del daño.

Además, el impacto de la pérdida del empleo de forma injusta, genera unos efectos en la situación económica y patrimonial de la persona afectada y de su familia, que obliga a ponderar en ocasiones factores muy diversos de difícil específicamente y proyección monetaria.

Por ello, la indemnización reparadora del perjuicio, para que pueda cubrir su función reparadora y disuasoria, ha de ser factible en cuanto a su accesibilidad, lo que requiere la fijación de una base con elementos recogidos normativamente, sin perjuicio de operar como importes mínimos, que no excluyen la prueba de perjuicios adicionales cualificados.

Ello permite que la indemnización disponga de unas bases de referencia que garanticen un importe mínimo a las personas afectadas por el despido injusto, que sea reparador de los perjuicios que cabe imputar a la pérdida ilegítima del empleo, que facilite el ejercicio de las acciones, y que no sea limitativo, ni impida la reclamación de daños adicionales cualificados.

Como ha apreciado el Comité, un modelo que permite a la empresa conocer de forma detallada el coste de la indemnización, no tiene efectos disuasorios y puede ser un estímulo a prácticas de despido injusto. En la Decisión de las Reclamaciones 160 y 171/2018, el Comité declara que *“la “previsibilidad” resultante de la escala podría constituir más bien un incentivo para que el empleador despidiera abusivamente a los trabajadores. De hecho, los techos de compensación así definidos podrían llevar a los empleadores a hacer una estimación realista de la carga financiera que representaría para ellos un despido injustificado sobre la base de un análisis de costo-beneficio. En algunas situaciones, esto podría alentar despidos ilegales.»*

Sin embargo, un modelo que incluya la posibilidad de reclamar, además de la indemnización legal mínima, los perjuicios adicionales según los daños acreditados, no tiene ese riesgo de permitir calcular la carga financiera.

En este sentido, el reproche que se hace a la legislación española no radica en que tome en consideración la antigüedad y el salario para fijar la indemnización por despido. El reproche se centra en que esa legislación y la práctica nacional, no contemplan la posibilidad de reclamar daños adicionales, así como en la insuficiencia de la cuantía que genera la indemnización legal tasada, que ni siquiera incluye el abono de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la sentencia judicial. Tampoco contempla ningún sistema de actualización del importe de la indemnización desde el despido hasta la fecha de la sentencia judicial que declara el despido injusto.

Sin embargo, es legítimo que las bases para el cálculo de la indemnización mínima, tome en cuenta, precisamente, los parámetros de antigüedad y salario, que son precisamente, los elementos de la cuantificación de toda extinción contractual a la que se refiere el art. 12 del Convenio 158 de la OIT, como medida de protección frente a la pérdida de empleo, y que, en lógica, con mayor razón puede integrar una parte de la reparación ante el despido injusto.

Por tanto, entendemos que es compatible con la Carta la fijación de una indemnización mínima, que se puede basar en los parámetros de antigüedad y salario, en línea con lo establecido en el art. 12 del Convenio 158 de la OIT, pero que ha de ser de cuantía mínimamente suficiente para reparar los daños que con carácter general cabe inferior de la pérdida ilegítima del empleo, que ha de ofrecer la posibilidad de reclamar un importe superior, y que esa cuantía base ha de actualizarse desde la fecha del despido hasta la sentencia que resuelva el proceso.

Esa cuantificación legal de la base de la indemnización mínima contribuye a dar seguridad jurídica a las personas trabajadoras, pues facilita la prueba del daño por el cese injusto, al no tener que someterse a criterios de alegación y prueba de conceptos indemnizables, basados en el lucro cesante y en el daño emergente, de difícil especificación en la dinámica de la pérdida de un empleo, de difícil prueba, pues la pérdida de la ocupación lleva a tener que efectuar juicios de previsiones sobre el acceso a una nueva contratación, y de difícil cuantificación en un importe monetario concreto.

Por tanto, entendemos que la indemnización legal mínima, sí puede ser un mecanismo de resarcimiento adecuado, con tal de que su importe mínimo sea realmente disuasorio, y se permita la prueba de daños específicos y adicionales, según las circunstancias del caso, excluyendo la configuración legal de la indemnización por despido injusto como una indemnización máxima tasada por la ley.

Tampoco consideramos que esta indemnización legal mínima genere incentivos al cese ilícito por ser previsible para la empresa, dado que a la persona se le ha de permitir la posibilidad de reclamar daños adicionales y, de no menor importancia, se le ha de atribuir al órgano judicial la facultad de valorar si la readmisión es la forma más adecuada de reparación a la víctima del despido injusto. Ello excluye la posibilidad de efectuar un cálculo financiero de los costes del despido injusto que incentive su uso.

El modelo de indemnización legal mínima tampoco genera diferencias arbitrarias entre colectivos de trabajadores, pues la antigüedad y el salario son la base del impacto que tiene la ocupación en la carrera profesional y en los ingresos dejados de percibir.

Por ello, no podemos compartir la consideración de que un modelo de indemnización legal basada en el salario y la antigüedad, cuando se configura la indemnización legal como un importe mínimo, y el órgano judicial puede acordar la readmisión, en modo alguno genera una dualidad arbitraria en la protección de las personas trabajadoras, escindidas entre las que están protegidas adecuadamente y las personas sin protección efectiva, por más que es insoslayable que un mayor salario genera que el despido provoque una mayor pérdida de ingresos, y una mayor antigüedad implica la ruptura de una carrera profesional de mayor relevancia que permite determinar un mayor impacto en la esfera personal, profesional, así como en la patrimonial.

Y por supuesto, no genera ninguna diferencia territorial arbitraria, más allá de las diferencias de salario medio que pueda haber entre los distintos niveles profesionales, o los convenios que regulen el valor del trabajo.

QUINTO. - EL INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 24.B DE LA CARTA, ANTE LA FALTA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE UNA INDEMNIZACIÓN MÍNIMA CON UN IMPORTE QUE TENGA UNA FUNCIÓN DISUASORIA O REPARADORA EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS DE ESCASA ANTIGÜEDAD O NIVEL SALARIAL.

El Comité ha venido declarando que entre las exigencias que ha de cubrir la indemnización por despido se encuentra, no sólo la de reparación del daño, sino que, además, tenga una función disuasoria de prácticas de despido injusto.

Específicamente en relación con la fijación de la indemnización, el Comité ha establecido las siguientes consideraciones:

- La indemnización en caso de despido improcedente debe ser **proporcional al daño** sufrido por la víctima y **suficientemente disuasoria** para el empleador (véanse las Conclusiones de 2016, Macedonia del Norte, artículo 24).

En la Decisión 106/2014 (Sociedad *Finlandesa de Derechos Sociales* c. Finlandia,) el Comité recuerda

45..., en virtud de la Carta, los empleados despedidos sin motivo válido deben obtener una indemnización o cualquier otro recurso adecuado.

Los mecanismos de compensación se consideran adecuados cuando prevén:

- *reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano de apelación;*
- *la posibilidad de reincorporación y/o*
- *compensación de una cantidad suficientemente alta para disuadir al empleador y compensar el daño sufrido por la víctima (Conclusiones 2012, Turquía).*

46. Cualquier tope que tenga por efecto que la indemnización concedida no sea proporcional al daño sufrido y no sea suficientemente disuasoria es, en principio, contraria a la Carta.

Al fijar la indemnización sobre la base de la antigüedad y el salario, queda un amplio colectivo de personas trabajadoras a las que el importe de la indemnización no generaría, de por sí, una cuantía disuasoria de las prácticas de despido ilícito. Esto no sólo es un incentivo a la realización de comportamientos ilícitos en contra de la Carta, sino que es un límite al ejercicio de acciones de reclamación frente al cese, aunque se considere injusto, ante la falta de significado económico que tendría la reclamación.

Incluso en un sistema en que se permita la prueba de daños adicionales específicos, las dificultades de especificación y probatorias que ello implica, genera que en muchas ocasiones, al no asegurarse un importe mínimo, tampoco se genera un efecto disuasorio de las prácticas ilícitas.

Por el contrario, un importe mínimo, basado en un número no inferior a tres meses de salario, permite fijar un coste financiero a toda decisión injusta, que permite dar significado económico a las acciones de reparación, y sobre todo, desincentivar a la

empresa de incurrir en prácticas de despido ilícito sobre las personas que no tienen consolidada una antigüedad en la empresa.

En España, ni la legislación laboral anterior a 2012 ni la posterior, ni la práctica judicial, han contemplado la existencia de un límite mínimo de la indemnización legal, en relación con los supuestos en los que, por la escasa antigüedad de la persona en la empresa, y/o su escaso nivel salarial, la indemnización legal tasada no representara un importe mínimamente suficiente para asegurar los perjuicios por la pérdida del empleo, ni supusieran una cantidad mínimamente relevante para disuadir a la empresa de llevar a cabo el despido injusto.

La ausencia del importe mínimo para fijar la indemnización por extinción del contrato de trabajo por causa injusta o ilícita supone que dicha indemnización adolezca de las dos exigencias que requiere el art. 24 de la Carta Social Europea Revisada:

- No tiene una función reparadora de los perjuicios causados, pues al fijarse en función de la antigüedad y el salario, parte de la premisa insoslayable, pero infundada, de que cuando la persona trabajadora tiene escasa antigüedad en la empresa, los perjuicios por el despido injusto son escasos o irrelevantes, y no representan un importen monetario relevante.

Un mes de antigüedad en la empresa genera la cifra de 2,7 días de salario como importe de la indemnización, (lo que es aplicación proporcional de 33 días de salario por cada año de servicio en la empresa). Por tanto, se precisa, en España, tener una antigüedad de casi un año para que la indemnización por extinción alcance la cifra de un mes de salario (en concreto, 33 días de salario por año de servicio). Está claro que los perjuicios que sufre la persona no se satisfacen, en muchos casos, con una indemnización de esa cuantía.

Recuérdese que no se compensan la pérdida de salarios por la extinción contractual, desde el despido hasta la sentencia, cuando la empresa opta por la extinción, con lo que en esos 2,7 días de salario por mes trabajado, se cubren los perjuicios por la pérdida de ingresos durante la tramitación del proceso, y hasta el pago efectivo de la indemnización.

- Y tampoco tiene ninguna función disuasoria, que limite o condicione la decisión empresarial de llevar a cabo un despido injusto, abusivo o fraudulento, sobre todo en los casos de personas con escasa antigüedad en la empresa, donde la indemnización alcanza unos pocos día de salario, que es perfectamente calculado por la empresa, y que por ello no sólo no disuade de la extinción abusiva, sino que

se otorga seguridad jurídica a la empresa que incurre en violación de la ley y despide sin causa justificada.

Esto afecta, de forma muy cualificada, a dos colectivos de personas trabajadoras.

En primer lugar, a las personas sujetas a un contrato temporal que se suscribe de forma fraudulenta, y que la empresa extingue por mera conveniencia, aunque sea para sustituir a la persona por otra de su elección. En tales casos, dado que la antigüedad es escasa y la indemnización se fija exclusivamente a razón de 2,7 días de salario por mes trabajado, se crea un verdadero estímulo a la contratación temporal fraudulenta y abusiva, lo que ha caracterizado el modelo de relaciones laborales en España hasta el punto de ser el que presenta las mayores tasas de temporalidad, y de temporalidad añadida, del conjunto de la Unión Europea.

Y en segundo lugar, a las personas que tienen un contrato a tiempo parcial, colectivo fuertemente feminizado en nuestro país, de modo que al fijarse la indemnización según la cuantía del salario, sin límite mínimo, genera importe, en muchos casos, de escasa relevancia monetaria para la empresa, que perfectamente anticipa en una ecuación coste-beneficio del incumplimiento de la legalidad.

Ello determina no sólo una ausencia efectiva de desincentivos al despido injusto, sino que estimula de forma directa que la contratación temporal basada en justa causa para el cese, y el contrato a tiempo parcial, sean marcos contractuales donde se generaliza la falta de cumplimiento de la ley, no sólo en materia de despido, sino del resto de condiciones de trabajo.

La ausencia de todo efecto desincentivador del despido injusto, ante la falta de una indemnización mínima, faculta a la empresa para resolver cualquier eventual conflicto laboral con el accesible recurso al despido ilícito, como técnica generalizada de gestión de personal para implantar condiciones de trabajo abusivas. Ello ha motivado que la gestión empresarial se oriente, en numerosos sectores productivos y en un amplio catálogo de empresas, a diseñar un modelo de contratación de personal basado en impedir que consoliden una mayor antigüedad, mediante la rotación masiva y generalizada de personal para cubrir las necesidades permanentes de mano de obra en la empresa. Ello se basa en la consideración de que durante los períodos de escasa antigüedad en la empresa, la empresa no tiene ningún efecto desincentivador para poner fin a la relación laboral de forma injusta o arbitraria, y en consecuencia, opera como un condicionante para que las personas trabajadoras puedan ejercer los derechos laborales reconocidos por legislación nacional e internacional, o la negociación colectiva.

SEXTO. EL INCUMPLIMIENTO DEL ART. 24.B DE LA CARTA, ANTE LA FALTA DE REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR LA SITUACIÓN DE ABUSO REITERADO Y SISTEMÁTICO DE LA UTILIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL FRAUDULENTE. EN PARTICULAR, LA SITUACIÓN DEL PERSONAL SOMETIDO A CONTRATACIÓN TEMPORAL ABUSIVA EN LAS ADMINISTRACIONES Y ENTIDADES PÚBLICAS.

- 1. La necesidad de reparación de los daños ante las personas que ven extinguido su contrato y han sido objeto de una práctica prolongada y sistemática de fraude en la contratación temporal, negándosele de forma arbitraria su derecho a la estabilidad en el empleo.**

En la cuantía indemnizatoria fijada en la legislación laboral española, la indemnización pretende cubrir todos los perjuicios que ha sufrido la persona por el despido injusto, lo que ya hemos evidenciado que es insuficiente.

En el caso específico del personal temporal que es objeto de fraude en la contratación, y que por ley tiene la condición de personal fijo, cuando ve extinguido su contrato de trabajo por la supuesta aplicación de un plazo legal de terminación del contrato que es ilícito, claramente, es objeto del despido injusto que debe de tener la protección del art. 24 de la Carta.

La falta de reconocimiento de fijeza y la amenaza de la extinción del contrato por causas ilícitas, que se ha prolongado de manera sostenida durante todo el desarrollo de la relación laboral, entendemos que conforma un concepto indemnizatorio que se tiene que incluir en la reparación de los perjuicios generados por el despido injusto.

La existencia de un perjuicio específico y adicional al mero hecho de la pérdida ilegítima del empleo, en tanto que el desconocimiento del derecho a la estabilidad en el empleo, durante el desarrollo de la relación laboral, ha colocado a la persona en situación de particular vulnerabilidad a la hora de ejercer sus derechos laborales, ante la amenaza del cese por vencimiento contractual, y de vulnerabilidad económica, al no tener previsión de duración de la relación laboral en los términos que reconoce la ley. Ello coloca a estas personas en una situación de imprevisión de ingresos y dificultad consiguiente en el

acceso a los bienes indispensables para un proyecto personal y familiar en condiciones de dignidad.

Dado que la indemnización legal se fija por razón de la extinción ilícita del contrato, este componente no es tenido en cuenta en la fijación de la indemnización, por lo que ni la ley ni la práctica judicial reconocen esta partida indemnizatoria. No sólo no hay norma que ofrezca cobertura a la reparación de tales daños específicos, sino que tampoco existen precedentes de que el fraude de ley sea objeto de reparación, de forma adicional a la indemnización legal, lo que evidencia que no es una protección accesible y realista, a disposición de las personas trabajadoras.

2. En particular, la situación del personal contratado en fraude de ley en las Administraciones y Entidades Públicas, cuando ven extinguida su relación de servicio.

En la doctrina judicial se ha planteado el caso, precisamente, de la extinción del contrato del personal de las Administraciones Públicas y de Entidades Públicas objeto de prácticas abusivas de contratación temporal. Cuando el contrato se extingue, a pesar de que por ley es un contrato abusivo y no debería de tener efectos legales la limitación de su duración, la doctrina jurisprudencial ha reconocido una indemnización equivalente a la que tiene lugar en caso de despido justificado por razones vinculadas al funcionamiento de la empresa, -despido objetivo- que en España se cuantifica en 20 días de salario por año de servicio, con el máximo de un año de salario. Pero se ha negado a reconocer una indemnización por razón del tiempo en que han estado, indebidamente sometidos a contratación temporal fraudulenta, y han prolongado durante meses, años o décadas en algunos casos, una inestabilidad en el empleo.

Por excepción al régimen general del fraude en la contratación temporal, la doctrina jurisprudencial aplica a los contratos temporales fraudulentos, cuando han sido suscritos por las Administraciones y Entidades Públicas, un régimen especial por el que, en lugar de atribuirles los mismos derechos que al personal fijo de cualquier empresa, los califica con personal "*indefinido no fijo*", lo que supone, en la práctica, que se les aplica una causa adicional de extinción, como es la cobertura de la plaza por un procedimiento selectivo – tanto de acceso como de movilidad interna-, que genera una indemnización rebajada.

En estos casos, aplica a la extinción del contrato, no la indemnización por despido improcedente, sino una indemnización inferior, cifrada en la cantidad de veinte días de salario por año de servicio, con el máximo de una anualidad.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo, Social, Pleno, de 28 de junio 2021, Rec. 3263/2019: *“El hecho de que la trabajadora en el momento de la extinción de su contrato tuviera la consideración de indefinida no fija, conduce a la aplicación de nuestra doctrina (expresada en la **STS-pleno- de 28 de marzo de 2017, Rcu. 1664/2015 y seguida, entre otras, por las SSTs de 9 de mayo de 2017, Rcu. 1806/2015, de 12 de mayo de 2017, Rcu. 1717/2015 y de 19 de julio de 2017, Rcu. 4041/2015**), según la que la extinción del contrato del indefinido no fija por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba implica el reconocimiento a su favor de una indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, tal como lo declaró la sentencia recurrida.*

De esta forma, el cese del personal laboral temporal en el conjunto del sector público que es objeto de contratación fraudulenta, por no concurrir los supuestos habilitantes para la contratación temporal, se legitima una forma de extinción que tiene una indemnización inferior al despido improcedente.

En la Disposición Adicional decimoséptima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, según la redacción dada por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, se contempla una indemnización específica derivada del caso en que el personal laboral temporal preste servicios con incumplimiento de los plazos máximos de permanencia. Da lugar a una indemnización que consiste en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato.

Esto no comprende todos los casos de fraude en la contratación temporal, ni tampoco impide el abono de la indemnización por despido improcedente, pero se descuenta del importe de esta última, por lo que no supone una cuantía adicional.

Este sistema de indemnización rebajada, frente al despido de estas personas, cuestiona el cumplimiento de la Carta Social Europea Revisada, art. 24, a) y b).

El artículo 24.a) de la Carta exige que el contrato se extinga por **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**”.

Es cierto que la legislación de los Estados ha de tener un margen de apreciación de las causas que pueden justificar la extinción del contrato de trabajo, pero han de estar

vinculadas, como dice la Carta, en términos similares al Convenio 158 OIT, en cuyo art. 4 se recoge que *“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”*.

Ello permite al Comité valorar si esta extinción derivada de la cobertura de la plaza es una razón válida que permita excluir del sistema de garantías frente al despido sin razón válida, que incluye el derecho a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.

En primer lugar, tal extinción no puede considerarse como una causa justificada en razones de funcionamiento de la empresa, en los términos expresados por la Carta. Las Administraciones y entidades públicas, en la práctica, cuando utilizan la contratación temporal, incurrir en numerosos casos de fraude de ley, lo que afecta a centenares de miles de personas, hasta el punto de que las Administraciones Públicas, presentan índices de temporalidad, en España, totalmente desproporcionados.

En estos casos, las peculiaridades de las Administraciones Públicas, en relación con la selección de personal viene siendo utilizado, en la práctica, como un argumento para rebajar la indemnización por la extinción del contrato.

Basándose en la consideración de que están obligadas a garantizar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección de personal, la doctrina jurisprudencial, sin una base normativa expresa, admite que es legítima la extinción del contrato por la cobertura de la plaza a través de un proceso selectivo.

La extinción ni siquiera requiere que el proceso selectivo sea de contratación de personal de nuevo ingreso, sino que admite incluso la posibilidad de que la plaza ocupada por la persona afectada sea ofrecida para su cobertura a través de los sistemas de movilidad interna o promoción profesional.

Si esto fuera una causa lícita de extinción del contrato, el fraude en la contratación temporal en el conjunto de las Administraciones y Entidades Públicas no tendría ningún efecto tangible, ni en cuanto a la existencia de costes disuasorios de tales prácticas, ni tampoco de reparación de los perjuicios causados a las personas afectadas por la contratación abusiva.

Repárese que la indemnización de veinte días por año de servicio, con el máximo de doce meses, es la misma que la prevista para la extinción del contrato por causas objetivas

justificadas, vinculadas al funcionamiento de la empresa, incluyendo los casos en que los contratos sean indefinidos, y no se hubiera incurrido en ningún supuesto de abuso o fraude en la contratación.

La Administración o entidad pública usa una extinción más favorable que la que debe llevar a cabo cuando, en efecto, concurren razones vinculadas al funcionamiento de la empresa, en la terminología de la Carta, como son las causas objetivas reguladas en los arts. 51 y 52 ET.

Al aplicar la doctrina jurisprudencial la causa de extinción basada en la cobertura reglamentaria de la plaza a los casos de abusos en la contratación temporal, la entidad pública empleadora no tiene que tramitar ningún despido que genere garantías para la persona afectada, incluyendo la información a los representantes sindicales, como en caso de despido objetivo, o incluso un período de consultas cuando supere los umbrales del despido colectivo.

Y lo que ahora interesa, a pesar de haber incurrido en fraude en la contratación temporal que legalmente tiene asignada la condición de fijeza de la persona afectada, se permite que la extinción no repare los perjuicios sufridos por la persona afectada ante la pérdida del empleo. De hecho, la indemnización que se le reconoce está tasada en una cuantía netamente inferior a la prevista para el despido improcedente, con lo que las consideraciones que hemos hecho sobre su insuficiencia son trasladables, de forma agravada, a este caso.

Con ello se impide a la persona que pueda acreditar los perjuicios que ha sufrido por la práctica de contratación irregular, contraria a la ley, que ha concluido en la extinción de su contrato de trabajo. En tales casos, la indemnización, ni cumple la función reparadora, y mucho menos la disuasoria, por la pérdida del empleo, en tanto que supone un privilegio para las Administraciones Públicas que, con el simple recurso a la movilidad interna, extingue los contratos de personal laboral objeto de contratación abusiva, asumiendo el mismo coste que si se tratara de unas razones válidas vinculadas al funcionamiento de la empresa, y sin necesidad de someterse a las formas y a las garantías de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores.

En relación con el personal sometido al régimen estatutario de la función pública, a pesar de que igualmente se exige la concurrencia de causas justificativas para la selección de personal con nombramiento de duración determinada, o de interinidad, la legislación no contempla expresamente el tratamiento de los casos en que se incurra en abuso o

incumplimiento de tales exigencias. En la doctrina jurisprudencial, igualmente se ha admitido la extinción por cobertura de la plaza, o amortización de la misma.

En estos casos de personal funcionario, sí ha admitido la doctrina jurisprudencial la existencia de una actuación de la Administración que genera perjuicios motivados por el cese en la relación de servicio, pero sin haber fijado de forma objetiva el importe de la indemnización, ni del despido improcedente, ni la propia del cese del personal laboral indefinido no fijo. Deja que la cuantificación se haga según la prueba de los perjuicios efectivos, invocados y acreditados en el proceso. Pero al no contemplar ni límites mínimos, ni umbrales basados en la antigüedad y el salario, ni siquiera existir elementos para fundar los conceptos indemnizables, en la práctica, tales ceses tampoco tienen protección efectiva, ante la imposibilidad de acreditar unos daños que se basan en la evaluación de expectativas, tienen dificultades de especificación y cuantificación.

En la práctica, conduce a que no se reconozcan indemnizaciones efectivas, ante las dificultades que ello supone, máxime cuando la Administración no dispone tampoco de criterios normativos ni jurisprudenciales para su cuantificación y obliga a una judicialización sistemática de cualquier pretensión de indemnización por cese del personal funcionario objeto de prácticas abusivas en su nombramiento.

Esto pone en evidencia que una indemnización basada, exclusivamente, en la prueba de los perjuicios efectivos causados, pero sin módulos que permitan determinar un importe mínimo, basados al menos en la antigüedad y el salario, tampoco cubren la exigencia de lo que cabe entender como indemnización adecuada. Corre el riesgo de hacer a la indemnización inexigible, o completamente ineficaz, además del riesgo de inseguridad jurídica en la determinación de los derechos económicos derivados del despido injusto.

LA PRETENSIÓN DE CCOO.

Por todo lo anterior,

SE SOLICITA AL COMITÉ, que una vez admitida la reclamación, y seguidos los trámites oportunos, se dicte una decisión de fondo, en la que se constate el incumplimiento por España del artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) en estos extremos:

- 1) Declaración de no conformidad con el art. 24.b de la Carta, al no permitir al órgano judicial valorar **la readmisión como vía de reparación adecuada** ante el despido injusto, al margen de las circunstancias y la conducta de las partes.
- 2) En particular, declaración de no conformidad por no permitir al órgano judicial valorar la readmisión como vía de reparación adecuada ante el despido injusto, cuando se constate que el despido es una **actuación fraudulenta** para conseguir la expulsión de la persona trabajadora de su actividad laboral, como vía para **impedir el ejercicio de los derechos que le puedan corresponder recogidos en la Carta Social Europea y en la Carta Social Europea Revisada o sus Protocolos**.
- 3) Declaración de no conformidad por no garantizar en el despido improcedente con opción por la extinción, el reembolso de **las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano judicial** que declare el despido injusto, incluyendo los costes derivados de la cotización a la Seguridad Social (**salarios de tramitación**).
- 4) Declaración de no conformidad por la insuficiente cuantía de la indemnización para reparar los perjuicios sufridos por el despido injusto, ante la imposibilidad de reclamar una **indemnización adicional vinculados a los daños efectivos (daño emergente y lucro cesante, así como los daños morales), lo que igualmente ha de aplicarse al caso en que la persona es la que promueve la extinción del contrato, ante los incumplimientos graves del empresario, por la falta de pago de salarios, o la lesión de los derechos básicos de la persona trabajadora que legitiman la resolución contractual por culpa grave de la empresa**.
- 5) Declaración de no conformidad por la falta de reconocimiento en todos los supuestos de despido injusto, incluyendo al cese de personal funcionario objeto de nombramientos temporales abusivos, de una **indemnización mínima, accesible y efectiva**, que se puede cuantificar sobre la base del salario y la antigüedad de la persona trabajadora, y sin perjuicio de la prueba de daños adicionales, y que incluya un **importe mínimo** para alcanzar una reparación y disuasión de prácticas de despido injusto, para lo cual es un referente aceptable la cifra de seis meses de salario.
- 6) Declaración de no conformidad ante la falta de reparación de los perjuicios sufridos por la **situación de abuso reiterado y sistemático de la utilización de la contratación temporal fraudulenta**, lo que afecta de manera especialmente grave al personal sometido a contratación temporal abusiva en las administraciones y

entidades públicas a los que se les reconoce una indemnización inferior a la establecida para el despido improcedente.

Documentación que se adjunta a la presente reclamación:

- 1.- Estatutos de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras.
- 2.- Certificado de representatividad de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de ámbito estatal.
- 3.- Poder notarial de D. Unai Sordo Calvo.

En Madrid, a 17 de noviembre de 2022.