

A VUELTAS CON LA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL EN CASO DE DESPIDO...

BACK WITH THE ADDITIONAL COMPENSATION IN CASE OF DISMISSAL...

Francisco Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

Magistrado (supl) TSJA / Consejero CES Andalucía (Grupo de Expertos)

fvila@uma.es ORCID ID [0000-0001-5718-4160](https://orcid.org/0000-0001-5718-4160)

Recibido: 28-02-2023 - Aceptado: 28-02-2023 - Publicado: 22-03-2023

Páginas: 9-12

Quello che sarà, sarà...

De manera muy reciente, la sentencia del TSJ de Cataluña núm. 496/2023, de 30 de enero (rec.6219/2022)¹ ha venido a reconocer la necesaria existencia de una indemnización adicional, por encima de la tasada legalmente, para otorgar efectos disuasorio y reparador a una acción extintiva por parte del empleador².

El supuesto de hecho, ahora, no viene al caso, lo importante es el porqué, su argumentación jurídica y, especialmente, sus efectos de aquí en adelante.

Si uno tiene a bien seguir las explicaciones, esencialmente de la prof. Salcedo Beltrán, sobre la materia, puede hacerse una idea completa de los interrogantes que pretendíamos abrir. Y no nos parece necesario otra cosa más que remitirnos a sus brillantes artículos y reflexiones³.

Quisiéramos, en cualquier caso, a través de esta editorial, llamar la atención sobre lo que hoy representa un tema de actualidad, pero que puede estar condenado a ser una cuestión de absoluta relevancia sobre

1 Ver texto completo en la base de datos del poder judicial, en el siguiente enlace: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e25bbde0d2c2ba0a-8778d75e36f0d/20230210>

2 Al margen de la indemnización adicional en caso de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, aunque elementos de la misma pueden ser tenidos en cuenta para la configuración de la que ahora tratamos. Para un análisis de aquella: Arias Domínguez, A., "Últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre la indemnización adicional por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos", *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, núm. 5, 2022, págs. 275-289, DOI <https://doi.org/10.24310/rejls.vi5.14704>.

3 En especial: Salcedo Beltrán, C., "Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)", *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 12, núm. 1, 2022, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7485>.



una institución central de nuestra disciplina como es el despido. Especialmente porque en la reforma laboral llevada a cabo por el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, fruto del acuerdo en el seno del Diálogo Social, no se incorporó modificación alguna sobre la cuantía indemnizatoria del despido, lo que, por esta vía puede quedar superado con una solución bien distinta a partir de los argumentos que se dibujan, entre otras, en la citada resolución judicial.

Sea como fuere, lo primero que tenemos que preguntarnos es cuál es la norma de referencia para el posible reconocimiento de una indemnización superior a la tasada legalmente en supuesto de despido improcedente.

Al margen del Convenio 158 OIT, vamos a centrar nuestra atención al art. 24 CSE, en el que se dispone o reconoce el derecho a una indemnización reparadora en supuestos de extinción del contrato de trabajo cuando este se basa en una razón injusta⁴.

Ello nos lleva, necesariamente a plantearnos una segunda cuestión: ¿es directamente aplicable este precepto en nuestro ordenamiento interno?

Al respecto, señala el art. 96 CE que “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno...”, de dónde se podría derivar que es directamente invocable. No obstante, el contenido de la CSE, podría introducir dudas sobre su aplicabilidad indirecta, en tanto que se podría cuestionar si formulan derechos subjetivos perfectos o si introducen, exclusivamente, mandatos a los poderes públicos.

En este sentido, como ya hemos advertido en estudios precedentes⁵, “tiene particular interés la STS núm. 268/2022, de 28 de marzo (Ponente: Sempere Navarro). En dicha resolución, siguiendo la doctrina que se establece, entre otras, en la STC 140/2018, de 20 de diciembre (sobre el control de convencionalidad); reconoce que “la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de Ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto . El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la

4 “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”.

5 Vila Tierno, F., “Una necesaria revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el tiempo de trabajo en las guardias localizadas conforme al contenido de la Carta Social Europea y su interpretación por el Comité Europeo De Derechos Sociales”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, vol. 13, núm. 1, 2023, págs. 1-14, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7889>.



misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional [SSTC 10/2019 (FJ 4º), 23/2019 (FJ 2º), 35/2019 (FJ 2º), 36/2019 (FJ 2º), 80/2019 (FJ 3º) y 87/2019]”.

A partir de aquí, sin embargo, introduce dudas sobre la aplicabilidad del conjunto del contenido de la CSE, pero no descarta, en absoluto, su eficacia, sino que lo hace depender de la cuestión a dilucidar y del contenido concreto: “Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias [...]”

Concluye, sobre el particular, no obstante, de un modo categórico: “Las reservas sobre aplicabilidad directa de la CSE antes de ratificar su versión revisada [...] deben ser superadas por todos los argumentos expuestos. Como cualquier otra norma, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada [...]”⁶.

Si nos atenemos, en esta línea, al mismo art. 10.2 CE y las interpretaciones que viene haciendo sobre la indemnización disuasoria el CEDS (8 de septiembre de 2016, 11 de septiembre de 2019 y 22 de marzo de 2022; Finlandia, Italia y Francia, respectivamente), no deberían existir problemas para que el propio TS, al hilo de esta sentencia, planteara una solución distinta a la que ha venido manteniendo conforme a la doctrina del TJUE”.

Así, podemos afirmar que, a pesar de las dudas que se plantean, en algún momento, sobre la aplicabilidad directa del conjunto de disposiciones de la CSE, no se discute, por lo que se desprende, de la eficacia de esta norma en nuestro ordenamiento interno, aunque deberá ser el juez nacional el que determine, en un conflicto de normas, la que resulte aplicable⁷.

Los tribunales del Orden Social ya han introducido esta posibilidad que, aunque se resuelve de manera clara en la sentencia citada del TSJ de Cataluña, ya había sido apuntada con anterioridad por la misma Sala: STSJ núm. 2273/202, de 23 de abril de 2021. En ésta, ya se establecían los requisitos para que opere esta indemnización por encima de la legal: de una parte, que se constate una evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua y, de otra, que la decisión extintiva sea fruto de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho. Criterios a los que se acoge para su sentencia de 30 de enero, pero que, sin embargo, no comparten otras Salas de

6 Puede verse el interesante análisis que, al respecto se contiene en Rojo Torrecilla, E., “La Sala Social del TS establece límites al control de convencionalidad por los juzgados y tribunales sociales. Notas a la sentencia de 29 de marzo de 2022 y amplio recordatorio de la dictada por el TSJ de Cataluña el 17 de febrero de 2020”, 2 de junio de 2022, Blog *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, accesible en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2022/06/la-sala-social-del-ts-establece-limites.html>.

7 Ello, en cualquier caso, no supone la derogación o necesaria eliminación de la norma interna -de hecho, ante las dudas y respuestas de reclamaciones colectivas en otros países de nuestro entorno, no se han planteado, de momento, reformas legislativas aunque se haya declarado expresamente por el CEDS la vulneración del art. 24 CSE, v.gr. Francia (Decisión de 23 de marzo de 2022).



TSJ. No existe, por tanto, una doctrina judicial uniforme al respecto.

Y así, por ejemplo, pueden apreciarse diferentes posturas revisando algunas resoluciones de la jurisprudencia menor:

- STSJ Galicia núm. 4819/2022, de 21 de octubre o STSJ Andalucía núm. 2162/2022 de 14 de diciembre 2022, en las que limitan de manera extraordinaria que ello se pueda reconocer por introducir un elemento de incertidumbre importante.
- STSJ de Aragón núm. 974/2022 de 23 de diciembre de 2022, en la que no se admite otra indemnización diferente a la legal.

El camino, por tanto, hacia la casación está abierto, y será el TS el que tendrá que decidir en una nueva oportunidad de valorar la aplicabilidad de la CSE. A estos efectos, puede que sea ya relevante el pronunciamiento del CEDS frente a las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CCOO habiendo sido presentada la primera con fecha 24 de marzo de 2022 y admitida el 14 de septiembre de 2022.

Son, por tanto, tres hitos los que nos esperan:

- Resoluciones judiciales en diverso sentido que pueden desembocar con una casación en unificación de doctrina por el TS;
- Pronunciamiento del CEDS sobre las reclamaciones colectivas presentadas respecto a la normativa española;

Y, a partir de ésta última, si es condenatorio, un más que probable cambio normativo como ya se ha sugerido por el Ministerio de Trabajo⁸.

El futuro de la cuantía indemnizatoria por despido es, en consecuencia, una incógnita a día de hoy. Pero también, a día de hoy, un cuestión repleta de inseguridades para el operador jurídico que no sabe, ni puede saber, a ciencia cierta, cual puede ser la respuesta de órgano judicial en este asunto.

El Derecho del Trabajo sigue deparándonos nuevos escenarios... estaremos atentos hacia dónde nos lleva...

8 Vgr. https://www.ondacero.es/noticias/sociedad/que-despido-reparativo-que-propone-yolanda-diaz_2023021863f10d80acd8e600017ff5be.html