REFLEXIÓN EN RELACIÓN CON LA ADECUACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN TASADA EN EL DESPIDO IMPROCEDENTE

ALEXANDRE PAZOS PÉREZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Vigo

El sistema de la indemnización tasada del despido, en función del salario y antigüedad, se implantó en el Reino de España en 1980, centrando el debate tan solo en la cuantía de la indemnización del despido improcedente que se ha ido reduciendo progresivamente desde los 60 días de salario por año de servicio hasta los 33 actuales con un límite de 24 mensualidades (art. 56 del ET), sin conexión real directa con el efectivo perjuicio causado. Sin embargo, la referencia exclusiva a la antigüedad como medida para calcular la indemnización no se sostiene desde la lógica del equilibrio contractual de las prestaciones vulnerado por el acto ilegítimo del empleador, cuya entidad se proyecta sobre otros muchos componentes que deben valorarse a efectos de reparar adecuadamente la rescisión unilateral no ajustada a derecho.

Es necesario tener en cuenta la ratificación por el Reino de España de la Carta Social Europea Revisada, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2021, y la interpretación de la misma que ha hecho el Comité Europeo de Derechos Sociales, que se ha pronunciado en varias ocasiones rechazando la adecuación de las indemnizaciones tasadas de despido sometidas a un tope máximo, en relación con el sistema indemnizatorio finlandés, francés e italiano. La Corte Constitucional italiana entendió que la dignidad del trabajador requiere al menos que el juez pueda cuantificar el daño provocado por la injusta pérdida del puesto de trabajo. Sin embargo, tanto en el sistema de la Job Act como en el del Decreto Dignidad, el mecanismo de cálculo de la indemnización está rígidamente determinado en la ley sobre la base únicamente de la antigüedad del trabajador, y por lo mismo está expuesto, en especial durante los primeros años del empleo, al constante riesgo de un despido arbitrario con un coste indemnizatorio bajo. Es evidente que para el Tribunal constitucional italiano consentir que el empleador pueda calcular con exactitud cuánto cuesta despedir a un trabajador elimina cualquier efecto disuasorio de un despido improcedente o sin causa justa, cuestión que ha sido asimismo afirmada por las decisiones del cese de la Carta Social Europea. Por tanto, el órgano judicial podrá determinar la indemnización por despido improcedente teniendo en cuenta no sólo la antigüedad en la empresa, sino también otros factores, como, por ejemplo, la gravedad del comportamiento empresarial, las posibilidades de volver a encontrar otro empleo

para el trabajador despedido, las condiciones de mercado, las cargas familiares o la situación y las características de la empresa.

El art. 24 de la Carta Social Europea reconoce el derecho de las personas trabajadoras despedidas sin razón válida relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, a una indemnización adecuada o reparación apropiada. Por tanto, defiende un modelo de indemnizaciones abiertas en los despidos improcedentes, que reparen en cada caso concreto el daño causado por la pérdida del empleo, cuestionando la indemnización legalmente tasada.

A nivel internacional, en términos muy similares, hay que destacar el art. 10 del Convenio núm. 158 de la OIT, que exige una indemnización adecuada y/o una reparación apropiada conforme a la legislación nacional de cada Estado. No obstante, la indemnización reparadora prevista es excepcional ya que la terminación de la relación laboral debe ser injustificada y que no se contemple la posibilidad de readmisión, por lo tanto, la compensación complementaria debe ser alegada y probada en juicio.

El debate se debe centrar en la adecuación de la llamada indemnización reparativa, que busca restaurar el daño causado a una persona trabajadora por un despido improcedente, para conseguir una compensación adicional a la establecida en la ley. La compensación restaurativa alumbra un cambio de paradigma en el que se tenga en cuenta para determinar la indemnización otros parámetros como las ganancias dejadas de obtener o el perjuicio que sufre en su patrimonio la persona trabajadora. Para ello será necesario que se acrediten los daños y perjuicios causados para crear seguridad jurídica, es decir, es necesario tener en cuenta conceptos como el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (como el resarcimiento civil reconocido en los arts. 1106 y ss). Además, dicha cuantía adicional, si se aprobara, terminaría siendo relativamente objetiva por referencia a baremos o doctrinas interpretativas más o menos homogéneas, como las que se aplican en este momento por los tribunales para otro tipo de indemnizaciones. Esta indemnización reparadora entraría en juego cuando no quedara cubierta con la indemnización tasada, por lo tanto, sería una indemnización complementaria a la indemnización tasada cuando la misma resultara insuficiente para compensar el daño, que serviría como base mínima legal. En definitiva, cabe una tutela “obligacional” del derecho al trabajo consistente en la reparación económica del acto ilícito del empleador de rescisión unilateral del contrato de trabajo. Lo que sucede es que el quantum de esa indemnización no puede estar establecido de antemano en razón exclusivamente de la antigüedad en la empresa, que es un parámetro que pone en riesgo a los trabajadores de menor antigüedad en la misma ante decisiones del empleador potencialmente arbitrarias y sin embargo de bajo coste, de forma tal que en la determinación de la indemnización el órgano judicial tiene necesariamente que tener en cuenta otras variables en relación directa con la gravedad de la lesión al derecho fundamental al trabajo y a la posición personal del trabajador despedido.

Llegados a este punto es necesario tener en cuenta que se reconoce un derecho constitucional al trabajo que tiene hechuras de derecho fundamental, por lo que deberá ser protegido cuantitativamente y cualitativamente por el legislador ordinario, pero a partir de unas premisas constitucionales que requieren una amplia tutela de la persona trabajadora. Argumentos en consonancia con el desarrollo de la vida

privada reconocida en el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de Roma y en recepción en la doctrina del TEDH del Convenio núm. 158 de la OIT y de la Carta Social Europea, porque si el despido es ilícito se deberá concluir que la persona trabajadora ha sido tratada de manera irrespetuosa, vulnerando el derecho a la dignidad. La extinción del contrato produce efectos menos tangibles que la merma económica y que son desatendidos sistemáticamente, sin tener en cuenta que la persona trabajadora pierde estatus, estima individual y colectiva, autoconfianza y sufre un importante daño reputacional, que en ocasiones se asocia a una caída en desgracia y un sentimiento de rechazo social. Por tanto, se puede decir que el despido tiene unas consecuencias importantes en el derecho a la dignidad y en el pleno desarrollo de la personalidad e identidad personal. Se acrecienta la lesión de la dignidad cuando la imputación formulada en la carta de despido se encuentra desprovista de pruebas, ya que produce una importante mercantilización de la persona trabajadora.

El sometimiento a límites de la indemnización tasada del despido puede impedir la restitutio in integrum. El sistema de cálculo de la indemnización no refleja por sí mismo la fuerza económica real del empresario, ni la gravedad del despido arbitrario, ni proporciona parámetros plausibles para una liquidación de daños y perjuicios que permita aproximarse a las particularidades de los casos concretos. Para cuantificar la indemnización reparadora, se debería tener en cuenta la pérdida del empleo, el acceso al mercado laboral, los posibles gastos de traslado, las dificultades añadidas para los trabajadores mayores, la necesidad de observar un preaviso determinado, los daños derivados de una extinción del contrato no prevista ni previsible, los daños psicológicos derivados de la extinción y el derecho al acceso a la prestación o subsidio de desempleo. En definitiva, es necesario identificar las circunstancias que se deben ponderar a los efectos de alcanzarse una verdadera restitutio in integrum cuando el despido es injustificado, especialmente importante para los contratos temporales de corta duración.

La lesión injusta de los derechos de la persona trabajadora por el empleador no puede resolverse de antemano en un cálculo de su coste, fijado además en función de una variable que asegura importantes diferencias de trato en función de la edad y el género de las personas despedidas improcedentemente. La indemnización tasada de despido actual desprecia los perjuicios reales que pueden sufrir las personas trabajadoras, provocando claras injusticias en las consecuencias que sufren. La indemnización reparadora puede servir para conseguir compensar realmente a la persona trabajadora por la pérdida de su empleo de forma improcedente, incluso también a efectos estratégicos y de negociación. Por eso es el órgano judicial quien tiene un poder esencial de valoración de la indemnización debida como resarcimiento del acto ilícito en función de otras variables, además de la antigüedad, en relación directa con la gravedad de la lesión al derecho fundamental al trabajo y a la posición personal del trabajador despedido. En este sentido, hay que tener en cuenta que un despido improcedente no deja de ser un incumplimiento grave y culpable del empresario. A las empresas no se les puede garantizar la seguridad en el montante de la suma indemnizatoria en un despido improcedente, porque no es constitucionalmente lícito garantizarla a ningún individuo que lesione injustamente los derechos de otro. Es decir, la calculabilidad de un acto ilícito agrava y consiente la propia acción de vulneración del derecho al trabajo, la banaliza. Por ello se debería valorar por el legislador la readmisión como

medida posible de reparación adecuada ante un despido improcedente en algunos casos de conformidad con el art. 24. B) de la Carta Social Europea. La relación que se realiza entre la tutela constitucional del derecho al trabajo y el derecho al ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido se cifra en el derecho a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. Dado que la reparación más apropiada sería la readmisión y la norma española ha prescindido de ella salvo en los casos de vulneración de derechos fundamentales o despidos discriminatorios, el eje del debate se traslada a la adecuación y proporcionalidad de la indemnización resarcitoria. Así como la necesidad de compensar por los daños reales, las garantías ante el despido fraudulento y la consideración de la prolongación del abuso en la contratación como concepto indemnizable específico. Incluida la consideración de los despidos sin causa como despidos nulos, lo que conlleva la readmisión automática de las personas trabajadoras.

Sería recomendable regular un nuevo Estatuto de los Trabajadores que cumpliese con la normativa internacional y europea, por lo que el legislador debería revisar la regulación del despido en el Reino de España. Actualmente, el Comité Europeo de Derechos Sociales debe resolver una reclamación de UGT y CCOO, que defienden que las indemnizaciones de despido no son suficientemente disuasorias ni resarcitorias. Desde mi punto de vista, sería conveniente que el legislador tuviese en cuenta no solo las causas de un despido, sino también las consecuencias que derivan para las personas trabajadoras, para conseguir realmente reparar el daño y disuadir a la empresa de despedir injustificadamente. Se debe tener en cuenta que también se encuentra en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva, que es un derecho fundamental, al no poder acceder a una indemnización adecuada la persona trabajadora que gana un juicio en el que se declara la improcedencia de un despido. Por tanto, considero que es necesario corregir la disfunción que produce la indemnización tasada del despido para acomodar la normativa española a la normativa internacional y europea. Cabe esperar a medio plazo una aproximación más o menos integrada del despido por parte del TEDH, del Comité Europeo de Derechos Sociales y de los órganos de la OIT que interpretan el Convenio núm. 158 de la OIT.

ALEXANDRE PAZOS PÉREZ, “Reflexión en relación con la adecuación de la indemnización tasada en el despido improcedente”, Briefs AEDTSS, número 45, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023