

La indemnización adicional por despido: instrucciones de uso



Abril 2024

¿Hablamos?

María Eugenia Guzmán

Socia de Derecho Laboral en
PwC Tax & Legal
eugenia.guzman.lopez@pwc.com

Julio Calvo

Socio de Derecho Laboral en
PwC Tax & Legal
julio.calvo.eguizabal@pwc.com

Miguel Rodríguez-Piñero Royo

Senior counselor de Derecho Laboral en
PwC Tax & Legal
miguel.rodriiguez_pinero.royo@pwc.com

Un tema de nuestro tiempo

En el siglo XXI los debates en el mundo del Derecho han cambiado. Junto a los foros tradicionales han aparecido otros (blogs, redes sociales, foros en línea, prensa jurídica) que han servido para amplificarlos y extenderlos a cada vez más personas. Novedades legales y judiciales se convierten en temas de interés general, y esto lleva a que se sometan a las mismas dinámicas que otras noticias: necesidad de captar la atención, uso de titulares llamativos, cierto nivel de simplificación... Frente a esta tendencia, se hace necesario analizar los temas con cierto distanciamiento y alguna prudencia, para evitar conclusiones apresuradas.

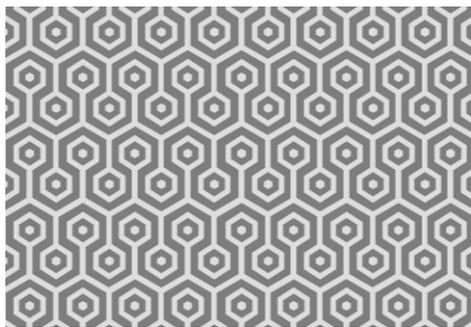
Una de las cuestiones que más está preocupando a los iuslaboralistas en los últimos meses es el del despido, ante la presencia de significativas señales de que algo está cambiando. Son varios los aspectos afectados, y también las palancas de cambio regulatorio. Entre todos los puntos de interés destaca uno, que está generando generalizada preocupación, y que es el que podemos denominar como "indemnización adicional por despido". Ante la constatación de que en algunos casos la indemnización reconocida a los trabajadores en supuestos particulares de despido puede ser insuficiente, ciertos tribunales están planteando la necesidad de que las empresas abonen una cantidad adicional a éstos.

En este Periscopio analizaremos este aspecto concreto del debate sobre el despido en España, intentando proporcionar algunos elementos para su comprensión, incluyendo una reconstrucción sobre el funcionamiento de esta medida, en caso de considerarse aplicable en algún caso concreto.

El punto de partida es que se ha generalizado entre determinados actores de las relaciones laborales la idea de que las indemnizaciones legales por despido son insuficientes, y deben ser incrementadas por los jueces. Esta idea es la que sustenta la propia institución de la indemnización adicional.

¿Una reforma judicial?

Sin duda la reforma legal sería el camino natural para proceder a una modificación normativa de este alcance. Sin embargo, la particularidad de este proceso es que, en paralelo a los intentos de modificar la ley, se está produciendo lo que podríamos calificar como "reforma judicial", siendo conscientes de que esta expresión resulta esencialmente contradictoria, dado que, es obvio, los jueces no legislan. Nos referimos al dictado de una serie de pronunciamientos judiciales que se separan de la regulación vigente para resolver asuntos sobre indemnizaciones judiciales según reglas diferentes. Se trata de reglas que suponen el rechazo de las cuantías fijadas de acuerdo con otros alternativos.



Esto se hace basándose en los compromisos asumidos al ratificar la Carta Social Europea renovada, y aplicando una novedosa doctrina, la del “control de convencionalidad”.

Se trata de una técnica de depuración del ordenamiento jurídico, que se usa en sistemas jurídicos integrados con regulación multinivel de instituciones y derechos. Esto es, cuando un Estado ha ratificado tratados internacionales que le imponen obligaciones, el control de convencionalidad comprueba la adecuación del Derecho interno a estos compromisos. Esta técnica tiene dos raíces históricas, el Conseil d'Etat francés y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tal control venía siendo aplicado en España por el Consejo de Estado al revisar la legislación proyectada por el Gobierno, pero su consagración se produce a partir de su adopción por el Tribunal Constitucional en la famosa STC 140/2018, de 20 de diciembre, en cuyo Fundamento Jurídico Sexto se afirma la vigencia de este mecanismo en nuestro Derecho. También se delimitan sus efectos, en los siguientes términos:

“El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. (...)

En suma, 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 misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable”

Este mecanismo, que ha generado un importante debate en la doctrina constitucionalista española, supone que los jueces ordinarios, en caso de identificar una contradicción entre una norma interna y un tratado internacional

válidamente ratificado, deben dejar de lado la legislación española para que se aplique éste. No deben anular la normativa española, sino tan sólo inaplicarla.

Pues bien, ha sido mediante esta técnica que algunos Juzgados de lo Social comenzaron a reconocer a trabajadores despedidos cantidades adicionales a las que hubieran correspondido aplicando estrictamente las reglas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Para ello se basaban en lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta Social Europea, tratado internacional ratificado por España, que dice así:

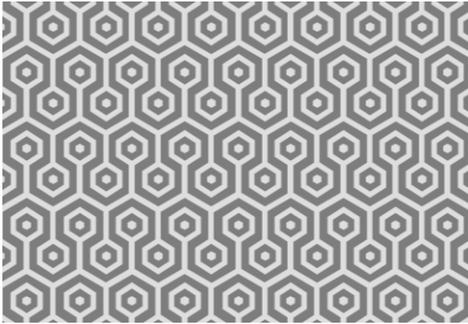
“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:

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.”

El movimiento judicial comienza antes de la ratificación de la Carta Social Europea revisada, y en realidad corresponde a un número muy reducido de juzgados de lo social, que aparecen una y otra vez. Sin embargo, a partir de 2021 entran en acción las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, lideradas por el de Cataluña, que dictan as sentencias que han tenido un gran impacto, en las que se reconoce la indemnización adicional de la que nos estamos ocupando.



En las primeras sentencias, la Sala no valida la indemnización fijada por el Juzgado de lo Social, que considera excesiva. Pero sí acepta el razonamiento de la insuficiencia del mecanismo estatutario, basándose en la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018: *“el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria.”*

Al ejercer este control, la Sala impone el pago de una cantidad adicional a la que se calcula según el Estatuto para el caso de despido improcedente.

Estos pronunciamientos han tenido mucho eco entre los operadores jurídicos y la comunidad iuslaboralista y de profesionales de los recursos humanos, lo que se ha traducido en un volumen de estudios bastante notable, tanto a nivel de blogs como de prensa especializada como de artículos académicos.

Tras algunos años de aplicación del control de convencionalidad por nuestros tribunales la realidad es que en la práctica no se imponen tantas indemnizaciones adicionales, ni éstas son tan cuantiosas. La mayoría de los tribunales aplican las indemnizaciones legales, aunque puede decirse que existe en estos momentos un debate entre los Tribunales Superiores de Justicia sobre la admisibilidad de una indemnización adicional. Algunos la están aplicando, mientras que otros no.

El Tribunal Supremo no ha aclarado la cuestión, a falta de un pronunciamiento en unificación de doctrina. No obstante, sí parece inclinarse por limitar el impacto de esta doctrina, como hace la sentencia 270/2022, de 29 de marzo, en la que se afirma que *“el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”*. Se trata de una limitación importante, puesto que se exige que la norma internacional resulte aplicable en su propia literalidad; algo que excluiría a numerosos tratados, puestos que éstos no se redactan

pensando en un uso directo en los ordenamientos nacionales, sino en que serán implementados mediante legislación interna.

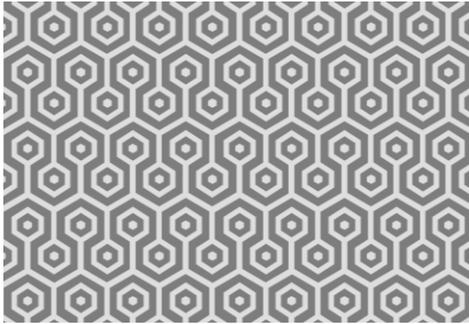
De hecho, considera que la Carta Social Europea no ofrece las indicadas claridad y certeza ya que dispone que *“puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. 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”*.

La dinámica de la indemnización adicional

De esta manera, la obligación de abonar una indemnización adicional a la fijada por la legislación vigente dista mucho de ser una regla general en la práctica de nuestros tribunales laborales. A pesar de ello, y a partir de las sentencias que sí la han reconocido, podemos reconstruir cómo entienden estos órganos que debe operar.

Un primer dato importante es que no se trata de sustituir la indemnización legal por otra diferente, sino de completar ésta, calculada de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, con una cantidad adicional, hasta alcanzar una cuantía considerada adecuada por el tribunal.

Una segunda cuestión es cuándo surge el derecho a recibir esta cantidad, puesto que no en todos los casos se va a considerar necesario complementar lo marcado por la norma. De hecho, los tribunales han venido exigiendo dos requisitos para el complemento: una notoria y evidente insuficiencia indemnizatoria, de un lado; y fraude, ilegalidad o abuso de derecho evidentes por parte de la empresa, de otro. De hecho, las primeras sentencias incrementaron el coste indemnizatorio no respecto de despidos improcedentes normales (por ejemplo, por insuficiencia en la prueba de las irregularidades), sino de despidos improcedentes por fraudulentos.



En ese sentido, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho anuda las mismas consecuencias económicas a ambos tipos, precisamente por considerarlos improcedentes en todo caso.

Un tercer elemento que identificar son las exigencias impuestas por los tribunales para el reconocimiento de la mayor indemnización. Se exigen tres requisitos: alegación en la demanda, fundamentación jurídica para su reconocimiento y prueba en el acto de juicio.

En cuarto lugar, para determinar la cuantía de esta indemnización adicional los tribunales ponderan aspectos como el carácter exiguo o insuficiente de la indemnización reconocida de acuerdo con la normativa, la naturaleza de la conducta empresarial en cuanto a su gravedad o incidencia en la vulneración de derechos del trabajador o la naturaleza de los derechos de la persona trabajadora afectados. Es importante subrayar que los tribunales han adoptado un enfoque puramente resarcitorio en el sentido de que se pretende indemnizar los perjuicios sufridos, sin otras consideraciones. En ocasiones han hecho una aplicación analógica de la indemnización adicional recogida en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para el incidente de no readmisión.

Lo que más ha preocupado hasta el momento a muchas empresas ha sido la indeterminación de los criterios para calcular una cantidad que pueda considerarse suficientemente resarcitoria o reparadora porque pueden identificarse otros aspectos posibles en cada caso concreto, como las perspectivas laborales, las necesidades familiares, la duración del desempleo o el tiempo hasta la jubilación. La gran cantidad de factores a considerar para calcular el daño real genera inquietudes, por la inseguridad jurídica, la imposibilidad de calcular los costes, la desconexión con el comportamiento de la empresa y lo potencialmente elevado de las cuantías.

En algunas declaraciones públicas, la Ministra de Trabajo ha indicado que la indemnización sería diferente en función del impacto que el despido pueda tener en las personas, y entre los elementos posibles a considerar a estos efectos ha incluido la edad, la antigüedad y el género.

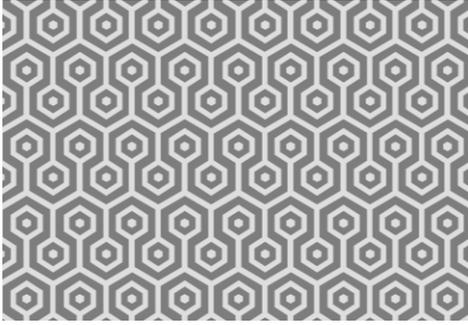
Este enfoque indemnizatorio de los tribunales ha dejado de lado, al menos hasta el momento, otras consideraciones. Podríamos preguntarnos, en efecto, qué elementos deberían considerarse si se quiere que la indemnización sea disuasoria o, incluso, qué debería tenerse en cuenta si se pretende que ésta resulte punitiva. Por el momento no parece que estas finalidades hayan sido tenidas en cuenta.

Consecuencias de la indemnización adicional

Podríamos plantearnos también cuáles serían las consecuencias prácticas de una hipotética generalización de la indemnización adicional para todos los despidos, aparte de la lógica mejora para los trabajadores afectados.

Una primera es la disuasión, porque podría esperarse un uso más controlado del despido como mecanismo de ajuste. Esto sería coherente con el fomento de la flexibilidad interna que se pretende de manera general en nuestro Derecho del Trabajo y serviría para castigar los despidos fraudulentos, que, a día de hoy, no reciben un tratamiento legal diferenciado a pesar de su gravedad.

Una segunda consecuencia sería la desigualdad entre trabajadores, que verían reconocidas distintas cantidades en función no sólo de las circunstancias de su despido (lo que puede ser justo), sino también como consecuencia de la diversidad de criterios entre los distintos jueces (lo que no lo parece tanto), al menos hasta que el Tribunal Supremo haya podido proporcionar elementos de guía y unificación.



Es evidente que su generalización supondría inseguridad jurídica para las empresas, que además no podrían prever los costes de ajuste de sus plantillas. Hay que recordar que, cuando las confederaciones sindicales han criticado el sistema actual, lo hacen sobre dos parámetros: la cuantía, evidentemente, pero también su previsibilidad, que consideran facilita o incentiva el uso del despido. La imprevisibilidad es, por ello, uno de los objetivos de la reforma desde la perspectiva sindical.

Supondría, además, un incremento de la carga de trabajo de los tribunales, que se verían obligados a calcular la cuantía resarcitoria valorando una pluralidad de factores, a partir de la reclamación de la demanda. Esto tendría como efecto directo un aumento en el retraso en los tribunales para resolver los juicios de despido, que resulta ya alarmante. Cambiaría mucho también la dinámica de estos juicios, pues una parte importante de los mismos se destinaría a fijar esta cuantía, generando un nuevo espacio de litigación y, en su caso, de negociación.

En efecto, con el régimen actual la parte sustancial de los juicios por despido se centra en la identificación y valoración de la causa, y en el análisis de los requisitos formales. La validez de la indemnización no suele ser un elemento central, salvo que se discuta la antigüedad del trabajador o la estructura de su salario. Todo esto cambiará con un sistema de indemnización adicional, puesto que ahora habrá dos aspectos muy relevantes a dilucidar: por un lado, la actuación de la empresa, valorando el grado de ilegitimidad o de abuso, en su caso; por otro, las circunstancias que determinan el alcance del daño que debe ser indemnizado.

Un sistema de indemnización variable tendría el efecto adicional de convertir a algunas extinciones en “despidos de alto riesgo” (en la terminología usualmente manejada en las empresas), como lo son

los de algunas personas en atención a la posibilidad de que, por diversas circunstancias, su indemnización adicional pudiera ser muy elevada.

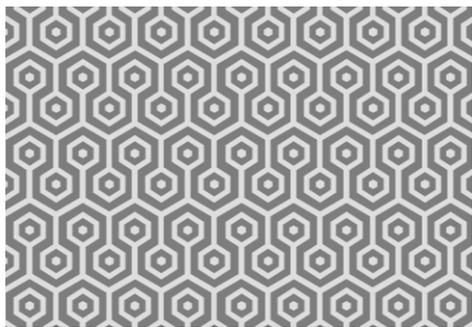
Cabría identificar, finalmente, otras consecuencias de un modelo llamado a incrementar la cuantía de las cantidades obtenidas en caso de despido. Podríamos, en este sentido, pensar en la necesidad de ajustar la legislación fiscal, que contempla una exoneración de las indemnizaciones hasta unos límites que, en un contexto de incrementos generalizados, podría resultar inadecuado.

Un cambio para el que tendremos que prepararnos

A finales de marzo de 2024 el Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea, en su 340ª sesión, ha resuelto sobre una reclamación colectiva presentada por la confederación sindical Unión General de Trabajadores (UGT) contra el Reino de España, (Reclamación nº 207/2022), por considerar que el Derecho español incumple las obligaciones asumidas por nuestro país al ratificar la Carta Social Europea en 2021.

No conocemos el contenido de este informe, puesto que hay que esperar a que resuelva el Comité de Ministros, y éste tiene cuatro meses para ello. Hasta entonces sólo disponemos de información indirecta, que claramente apunta hacia una condena al Reino de España y a una estimación de la reclamación colectiva. Hay otra pendiente, presentada por Comisiones Obreras, en idéntico sentido.

Hay un debate entre los juristas sobre el alcance de una resolución de este tipo, discutiéndose sobre su carácter vinculante o no para España. El Gobierno de coalición ha expresado su voluntad de aceptar este dictamen, procediendo a reformar el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores para adecuarse a los mandatos de la Carta.



En este sentido, en el Pacto de Gobierno SUMAR-PSOE los dos partidos que conforman el Gobierno actual se comprometieron a “establecer garantías para las personas trabajadoras frente al despido, dando cumplimiento a la Carta Social Europea y reforzando la causalidad en los supuestos de extinción de la relación laboral”. Que va a haber una reforma importante, en el marco del Estatuto del Trabajo del Siglo XXI, es evidente; que ésta va a suponer una elevación de los costes indemnizatorios parece inevitable; que esto se hará vía la previsión de una indemnización adicional, como están defendiendo algunos tribunales, es discutible, puesto que son varias las opciones que se están barajando: establecimiento de mínimos a la indemnización; incrementos a la indemnización legal en ciertos casos; retorno a la cifra, altamente simbólica, de los 45 días de salario por año de

servicio; restablecimiento de los salarios de tramitación; recuperación de la autorización administrativa en los despidos colectivos...

Sea como fuere, tendremos que estar preparados para este cambio. El despido va a ser más costoso; este costo será más difícil de calcular; resultará casi imposible preverlo con antelación. Todo esto va a alterar la forma en que se producen las extinciones contractuales en nuestro país, adaptándose a una regulación más restrictiva y a la contestación social que se ha generado en algunos sectores. Iniciaremos una curva de aprendizaje que puede ser larga y costosa, especialmente porque estaremos al albur de una construcción jurisprudencial que puede tardar bastante.