

Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria?

A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022,
de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Jaén (España)*
cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

Desde el 1 de julio de 2021, España está sometida a las obligaciones jurídico-sociales derivadas de la Carta Social Europea, así como a los procedimientos de reclamación colectiva previstos en el protocolo de 1995. Aprovechando esta ratificación, que ha costado décadas conseguir, UGT ha presentado la primera reclamación colectiva sobre una materia laboral. El sindicato español más representativo ha demandado a España ante el Consejo de Europa para que se declare, por el Comité Europeo de Derechos Sociales, que la indemnización prevista para el despido improcedente (art. 56 Estatuto de los Trabajadores) es disconforme con el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada. De estimarse tal demanda, la legislación y la jurisprudencia social españolas se verían obligadas a realizar cambios profundos en el estado actual. Sin embargo, en dos sentencias muy recientes de la Sala Social del Tribunal Supremo español, parecen seguir manteniéndose posiciones restrictivas en relación con la diligencia debida a la hora de realizar este control de convencionalidad. En este comentario se analizan críticamente ambas sentencias, que muestran posiciones parcialmente diferentes.

Palabras clave: control de convencionalidad; Carta Social Europea; despido improcedente; indemnización disuasoria; Comité Europeo de Derechos Sociales; procedimiento de reclamaciones colectivas; Tribunal Supremo.

Recibido: 06-06-2022 / Aceptado: 07-06-2022

Cómo citar: Molina Navarrete, C. (2022). Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 469, 241-252.

Dismissal and conventionality control: does the Spanish Supreme Court "open the ban" on dissuasive severance pay?

Regarding Supreme Court Rulings 268/2022, 28 March,
and 270/2022, 29 March

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Since July 1, 2021, Spain is subject to the legal-social obligations derived from the European Social Charter, as well as the collective claim procedures provided for in the 1995 protocol. Taking advantage of this ratification, which has taken decades to achieve, the General Union of Workers (UGT) has presented the first collective claim on a labor matter. The most representative Spanish union has sued Spain before the Council of Europe so that it be declared, by the European Committee of Social Rights, that the compensation provided for unfair dismissal (art. 56 Workers' Statute) is not in accordance with article 24 of the Revised European Social Charter. If such a claim is upheld, Spanish legislation and social jurisprudence would be forced to make profound changes to the current state. However, in two very recent judgments of the Social Chamber of the Spanish Supreme Court, restrictive positions seem to continue to be maintained in relation to due diligence when carrying out this conventionality control. In this comment, both sentences are critically analyzed, showing partially different positions, however.

Keywords: conventionality control; European Social Charter; unfair dismissal; dissuasive compensation; European Committee of Social Rights; collective claims procedure; Supreme Court.

Citation: Molina Navarrete, C. (2022). Dismissal and conventionality control: does the Spanish Supreme Court "open the ban" on dissuasive severance pay? Regarding Supreme Court Rulings 268/2022, 28 March, and 270/2022, 29 March. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 469, 241-252.

Es siempre posible cambiar de casa sin mudar de movimiento
Acompañando la rotación de la tierra y el germinar de la edad
[...].

D. Faria (*Hombres que son como lugares mal situados*)

1. Un marco normativo multinivel: ¿existen conflictos entre la ley nacional sobre el despido sin causa justa y la Carta Social Europea revisada o no?

Cuando aparecía asentada la idea de que la «gran reforma laboral» de la legislatura, la pactada y –azarosamente– aprobada a través del [Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre](#), no se atrevería a tocar el coste de los despidos sin causa justificada, una fecha tan señalada para los espíritus críticos en el mundo del trabajo como el 1 de mayo ha servido, a lo que parece, para abrir la «caja de Pandora» del coste del despido sin causa justificada, el denominado «precio de la arbitrariedad» en la terminación de la relación de trabajo. Al anunciar la ministra del ramo, por enésima vez, la apertura del proceso para un «Estatuto del Trabajo del siglo XXI» (ya no será de las «personas trabajadoras», como se apuntaba antes), ha tenido palabras para anunciar que, en él, o incluso antes de él, el coste del despido sin acreditación de causa real y seria, justa, debe ser y será distinto y mayor al actual. En otros términos, debe [encarecerse para disuadir de su uso](#).

No ha sido solo un reflejo oportunista para un momento de efusividad sindicalista, recordando sus orígenes, porque posteriormente, en diversas ocasiones, ha venido dando detalles no solo de por qué considera ahora necesario modernizar nuestra ley al respecto, sino de qué criterios se seguirán a tal fin. Así, junto a la redefinición causal, se hace expresa llamada al establecimiento de un nuevo sistema indemnizatorio que eleve el coste de los despidos que carezcan de una causa justificativa suficientemente probada por la empresa, precisamente una cuestión que había quedado vetada en la reforma por la CEOE y, por tanto, indirectamente por la condicionalidad comunitaria para recibir los fondos para la recuperación. En fechas más recientes, el propio ministerio ya avanza que [modificará el sistema tarifado de indemnización por despido improcedente, para adecuarlo al nivel de riesgo de cada persona trabajadora](#) (vincula la indemnización a sus concretas circunstancias personales y sociales), evitando su previsibilidad derivada del cálculo automatizado basado en unos días de salario por años de antigüedad en el servicio para, al contrario, promover su efecto disuasorio.

Pero ¿qué ha cambiado realmente para que se produzca este giro copernicano? Si la CEOE ha amenazado muy seriamente con retirar el apoyo a la reforma laboral pactada (y que pareciera ir viento en popa a toda vela, como el romántico poema esproncediano *–Canción del pirata–*, al multiplicarse exponencialmente los contratos indefinidos) si se reabren estas cuestiones y si tal posición «de fuerza» contaría con la sólida garantía de la Comisión Europea y su poder de financiación (o de amenaza con no otorgar fondos), ¿por qué ahora el ministerio ha perdido el miedo a esta auténtica contrarreforma?; ¿ha sucedido algo externo a la voluntad gubernamental que condiciona este cambio y que, en realidad, permite no solo explicarlo, sino justificarlo?

A juzgar por las declaraciones de la ministra y del secretario de Estado de Empleo, incluso en comparecencias en el Congreso, no solo en reuniones científicas nacionales de máximo nivel, que también, el detonante de este cambio de voluntad político-legal vendría marcado por dos hitos jurídicos que, de distinta naturaleza, tendrían una misma fuente de garantía multinivel o de derecho internacional europeo: la [ratificación de la Carta Social Europea revisada](#) (CSEr) y, simultáneamente, del [Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995](#). El primer hito en tal sentido citado por la ministra del ramo sería el reconocimiento por la doctrina consolidada del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña de una «indemnización adicional disuasoria» si concurren determinadas circunstancias, en virtud del juicio de convencionalidad realizado por esta sala social del [artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) en relación directamente con el artículo 10 del [Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo](#) (OIT) e, indirectamente, respecto del [artículo 24 de la CSEr](#). El segundo hito sería la reclamación colectiva, pionera en España, que habría registrado UGT en la Secretaría General del Consejo de Europa, para que su Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) declare la disconformidad del [artículo 56 del ET](#) al [artículo 24 de la CSEr](#), exigiendo un sistema indemnizatorio por despido improcedente adecuado para garantizar la reparación íntegra de los daños derivados del despido injustificado, así como realmente disuasoria (análogo al despido contrario a derechos fundamentales).

Los dos argumentos esgrimidos convergen en una misma cuestión institucional: el juicio de convencionalidad ex [artículo 96 de la Constitución española](#) (CE) de una norma legal nacional española ([art. 56 ET](#)), como sucediera en Finlandia, Italia o Francia ([n.º 160/2018, Confédération Générale du Travail Force Ouvrière, CGT-FO, c. France](#)) en relación con dos normas sociales internacionales, europea una ([art. 24 CSEr](#)), universal otra ([art. 10 Convenio 158 OIT](#)). Habitados al impacto por las expectativas de intensos reveses jurisprudenciales y normativos que crea cada cuestión prejudicial, ¿este «nuevo león» es tan fiero como parecen ahora pintarlo incluso las personas responsables del ministerio? Un día sí y otro también venimos conociendo los efectos sísmicos que suelen tener ciertos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), aunque bastantes de ellos sean también muy decepcionantes atendiendo a las expectativas creadas (por ejemplo, [Auto del TJUE de 26 de abril de 2022, asunto C-464/21](#), que, sin entrar en el fondo, añade un nuevo contrasentido a esa figura ya tan pantanosa como la de persona indefinida no fija, al considerar que tal conversión no muta su naturaleza temporal). ¿El juicio de

convencionalidad nos sitúa en un nuevo escenario tan fascinante como incierto está resultando el diálogo entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE?

La casualidad, quizás un nuevo episodio de justicia poética, o sencillamente el signo de los tiempos han querido que la actualidad del juicio de convencionalidad en relación con la regulación española del despido coincida con dos pronunciamientos del Tribunal Supremo (TS). Hacía largo tiempo que la Sala IV no se enfrentaba de forma tan directa a este tema, que ha venido orillando, pese a algunos conflictos al respecto en niveles inferiores de la jurisdicción ordinaria y a pesar de que el Tribunal Constitucional (TC) dejara expedita la competencia (Sentencia del TC –STC– 140/2018, de 20 de diciembre). Pero, sin votos particulares, a mi juicio subyace una comprensión diferente del alcance de este control de convencionalidad. En efecto, como se va a analizar con algún detalle en este diálogo jurisprudencial, mientras que la Sentencia del TS (STS) 268/2022, de 28 de marzo, anuncia, aún de forma tímida, la apertura al valor innovador del juicio de convencionalidad sobre el despido, asumiendo su autonomía respecto del juicio de constitucionalidad, la STS 270/2022, de 29 de marzo, parece devolvernos a una comprensión más restrictiva y tradicionalista, en la que el juicio de convencionalidad es meramente tributario del de constitucionalidad.

2. Narrativa: los hechos para comprender las cuestiones jurídicas en conflicto

La STS 268/2022, de 28 de marzo, resuelve una cuestión jurídica planteada en el seno de un procedimiento de despido. El relato de hechos trae a colación una figura que, de gran problematicidad (social y judicial) en la reforma laboral de 2012 (art. 4 Ley 3/2012), luego perdería relieve por su derogación (RDL 28/2018, de 28 de diciembre). Nos referimos al célebre, tanto como polémico, contrato de apoyo a emprendedores y su largo periodo de prueba de 1 año. Una auxiliar administrativa contratada de forma «indefinida» para el apoyo a las personas emprendedoras y cesada antes de finalizar el periodo de prueba de 1 año demanda pretendiendo la calificación de improcedente de su cese, por el carácter fraudulento del contrato y, por tanto, de su cese (la empresa, además, habría despedido el mismo día y por la misma causa al resto de plantilla).

Una pretensión principal a la que sumaría otra subsidiaria, cual es la indemnización propia de un cese sin un tiempo de preaviso razonable. En la instancia social vio reconocido el carácter improcedente del despido, pero la sentencia de suplicación, sobre la base de la STS 7/2019, de 9 de enero, la revoca, concluyendo que el cierre de la empresa acredita que no han sido viables los puestos de trabajo creados al amparo de la modalidad de apoyo a emprendedores (dicho al paso, la STS 287/2022, de 30 de marzo, recuerda que la extinción de la relación de trabajo no se somete al art. 51 ET si se extiende a la totalidad de la plantilla y su número no es superior a cinco, cuando es por causa de la terminación de la personalidad jurídica del empleador ex art. 49.1 g) ET). Asimismo, sostiene que el artículo 4.4 de

la [Carta Social Europea](#) (CSE) carece de valor aplicativo directo para amparar un derecho a percibir el importe equivalente a los salarios del inobservado plazo, con exclusión de valor vinculante alguno a las Conclusiones del CEDS.

Presentado recurso de casación para la unificación de doctrina por la trabajadora, el TS descarta la contradicción respecto al carácter fraudulento del cese (despido), pero sí considera existente una diversidad de doctrinas jurídicas en torno a la existencia o no de un derecho a la indemnización por ausencia de preaviso razonable del desistimiento en el periodo de prueba. La cuestión jurídica se centra, pues, en dilucidar si ha habido o no infracción del [artículo 4.4 de la CSE](#) en relación con el [artículo 96 de la CE](#) y el [artículo 49.1 c\) del ET](#): el derecho a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del contrato de 15 días. Su omisión daría lugar a una indemnización de 528 euros.

La [STS 270/2022, de 29 de marzo](#), resuelve, por su parte, un recurso de casación para la unificación de doctrina presentado contra la mediática Sentencia del TSJ ([STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 \(rec. 5532/2019\)](#)), relativo a un asunto sobre el –derogado– despido por absentismo ([art. 52 d\) ET](#)). La sala de suplicación catalana, tras un exhaustivo juicio de convencionalidad del viejo precepto estatutario conforme al artículo 6.1 del [Convenio 158 de la OIT](#), los artículos 4.1 y 5 del [Convenio 155 de la OIT](#), el [artículo 3 de la CSE](#) y el artículo 11 de la [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#) (CEDAW), concluyó que el precepto estatutario era contrario a todo ese cúmulo de normas y desplazó su aplicación, calificando el despido de improcedente.

3. Doctrina jurisprudencial: síntesis de los razonamientos para los fallos

La –elaboradísima– [STS 268/2022, de 28 de marzo](#), estimará parcialmente el recurso y, sin abrazar todas las razones de la doctrina referencial (FJ 5.º, p. 2), reconocerá el derecho de la trabajadora a una indemnización por ausencia del debido plazo razonable de preaviso. Pronunciamiento de fondo que implica también salvar el escollo procesal de no haber especificado la cuantía indemnizatoria. El TS considera que corresponde a la trabajadora una indemnización análoga a la reclamada (15 días por el preaviso incumplido), aunque sea por un título diverso (FJ 5.º, p. 3). Los razonamientos para esta conclusión, siguiendo el ordenado deliberadamente por la Sala IV, son:

- El contrato de apoyo a emprendedores no puede identificarse como de duración determinada y la validez del periodo de prueba anual que comporta se explica por su específica funcionalidad (FJ 6.º), distinta de la del [artículo 14 del ET](#).
- Las consecuencias patrimoniales de la terminación del contrato por decisión empresarial deben concordar con la ontología que posea la misma (FJ 7.º). Esto

significa que ha de respetarse el principio de tipicidad resarcitoria (modelo de indemnización tasada), más acusado para el desistimiento libre (art. 14 ET¹).

- La analogía (art. 4 Código Civil –CC–) del cese con el despido objetivo (no es un despido objetivo por interés empresarial, pero mantiene «parentesco con tal figura»), el principio de la buena fe contractual ex artículo 6 del CC, que tanto facilita a la empresa combatir la competencia desleal (por ejemplo, STS 1283/2021, de 21 de diciembre) como le exige un deber de transparencia cuando, conociendo los problemas que hacen inviables los puestos creados, debe advertir a su empleada con cierta antelación de su próximo cese, y la ajenidad inherente (presupone el diseño legal de un sistema de equilibrios prestacionales o contrapesos recíprocos razonables) inclinarían a aplicar al caso el plazo de preaviso del artículo 53.1 c) del ET (FJ 8.º).
- El artículo 4.4 de la CSE concuerda mal con un desistimiento empresarial que carece de plazo de preaviso (FJ 9.º). Al respecto, no sin «recalcar la excepcionalidad del supuesto examinado», asume, con cautela, «la interpretación del CEDS sobre incompatibilidad de la Ley 3/2012 con el artículo 4.4 de la CSE» (FJ 9.º, p. 2). Eso sí, se trataría de una norma (es algo más, dado que constituye la Constitución Social de Europa –esto lo orilla la sala–) que integra nuestro derecho, pero habría «de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada».

Por su parte, la STS 270/2022, de 29 de marzo, revocará la sentencia recurrida. A su entender, ningún reproche de convencionalidad merecía el artículo 52 d) del ET. Algo que la STC 118/2019, de 16 de octubre, habría dejado zanjado: «Esta sala no puede contradecir dicho pronunciamiento del TC, so pena de causar un grave perjuicio a la seguridad jurídica [...]».

4. Trascendencia del derecho de precedentes más allá de los casos: ¿qué aviso a navegantes sobre el juicio de convencionalidad futuro?

4.1. De escaso valor práctico para los asuntos resueltos por las derogaciones, ¿el TS sienta una doctrina autocontenida para el futuro?

Salvo para las personas y empresas directamente afectadas, que verán cambiar, con mayor o menor intensidad en cada caso, las soluciones judiciales dadas, es evidente que

¹ Convendría, no obstante, tener en cuenta el reforzamiento de garantías ante el desistimiento ex artículo 14 del ET en sucesivas reformas, en especial respecto de las trabajadoras embarazadas, incluidos los derechos indemnizatorios adicionales, aunque también aquí haya discrepancia judicial (por ejemplo, la STSJ de Madrid 118/2022, de 2 de febrero, la rechaza, aun declarando la nulidad del despido en su modalidad objetiva; en cambio, la STSJ de Cataluña 1208/2022, de 22 de febrero, la reconoce).

la derogación legal de ambas técnicas de gestión (el contrato «indefinido» de apoyo a emprendedores en virtud del [RDL 28/2018](#), el despido por absentismo a través del [RDL 4/2020, de 18 de febrero](#), y de la [Ley 1/2020, de 15 de julio](#)) privaría de mayor alcance práctico futuro a las decisiones adoptadas por la Sala IV. Ahora bien, si trascendemos los asuntos y se pone el foco en la doctrina que sientan sobre cómo ha de operar en el futuro inmediato el control de convencionalidad, es innegable su relevancia.

Así se asume por diversos y muy autorizados analistas. En sus comentarios suelen converger en identificar una comprensión cautelosa, incluso, a mi juicio, «resiliente» (en su sentido etimológico de «saltar hacia atrás o rebotar» o de «replegarse») por el TS sobre el juicio de convencionalidad. Para asumirla como correcta, en unos casos (por ejemplo, [Goerlich Peset, 2022](#)), para criticarla, por restrictiva, en otros (por ejemplo, [Rojo Torrecilla, 2022](#)). En mi opinión, siendo cierta esa visión criticable en sí, creo que convendría introducir matices de calado para una adecuada comprensión en el plano hermenéutico, por tanto, también operativo, en especial hacia el futuro, del juicio de convencionalidad, particularmente respecto de la [CSEr](#).

Primero, porque, pese a lo que pudiera parecer, no creo que subyazca la misma posición de la sala en ambos casos. Evidentemente, en los dos se asume lo principal de la doctrina relativa al juicio de convencionalidad. Así se prevé en el derecho legislado ([art. 30.1 Ley 25/2014, de 27 de noviembre](#): aplicación directa de la ley internacional, salvo que condicione la aplicación a un desarrollo nacional *–non self-executing–*) y en el derecho de precedentes constitucionales ([STC 140/2018](#): la competencia para su realización corresponde a la jurisdicción ordinaria, no a la constitucional, porque no es un problema de validez de la norma nacional, sino de selección de la norma aplicable, de modo que pueda desplazarse la nacional por la internacional con la que colisione). Pero, si se analiza con más hondura, sí que es relevante el diferente ejercicio de razonamiento que se realiza en cada una de ellas, pues mientras que [la de 28 de marzo](#) trata, entre dudas y cautelas, sí, de avanzar respecto del pasado, en aras de un nivel de garantismo social mayor, conforme al estándar europeo de referencia, [la de 29 de marzo](#) prefiere orillar por completo tal esfuerzo, manteniéndose tributario, por las recurrentes «razones de seguridad jurídica», del juicio efectuado por el TC sobre el asunto concreto. Segundo, porque, ni en una ([la de 28 de marzo](#), porque explicita su inaplicación por meras razones temporales) ni en otra ([la de 29 de marzo](#), porque, además de inaplicable, prejuzga su irrelevancia) han tenido en cuenta el impacto que significará no ya solo la ratificación de la [CSEr](#), sino la aplicación práctica del [Protocolo de reclamaciones colectivas](#). Cuestión nada baladí.

La [STS 270/2022, de 29 de marzo](#), no solo acota, discutiblemente, el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria solo «a aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza», a fin de dar primacía a la seguridad jurídica, con lo que parece excluir las «interpretaciones integradoras», sino que, también erráticamente, a mi juicio, subordina por completo su control al de constitucionalidad, con lo

que termina incurriendo en la confusión que el TC quiso evitar. De nuevo la razón para esta devolución competencial es única y la misma: un juicio de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria distinto, incluso contrario, al de constitucionalidad podría ocasionar «un grave perjuicio a la seguridad jurídica». El principio de seguridad jurídica vuelve a dominar sobre el principio de justicia social.

En efecto, situados ya en los valores de fondo a los que responderían las diferentes normas, el TS, en esa sentencia, parece tener muy claro que nada puede aportar toda la normativa internacional esgrimida a la elevación de los niveles de garantía de los derechos laborales y sociales nacionales concernidos. Así, aunque no estaban vigentes algunos estándares internacionales europeos (CSEr), en última instancia, el nivel de protección nacional sería conforme al internacional, porque no diferiría del que ofrece la carta magna nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo (Convenio 155 OIT, CSE y CSEr), de despido (Convenio 158 OIT) y de prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo (art. 11 CEDAW). Estamos ante una nueva manifestación de un viejo sesgo de «patriotismo interpretativo», típico de la década de los años ochenta en relación con los convenios de la OIT, hoy poco justificado en un sistema de protección multinivel y de mayor diálogo entre los diversos órganos máximos de garantías previstos en las diferentes normas internacionales. Un diálogo, por cierto, del que prescinde por completo esta sentencia.

En cambio, la STS 268/2022, de 28 de marzo, envuelve su actitud cautelosa de ciertas precisiones que dejan entrever posiciones más matizadas y aperturistas para el futuro. De un lado, el reconocimiento de la aplicabilidad directa de la CSE adquiere un sentido práctico concreto, al reconocer un derecho indemnizatorio que no encontraría en la ley nacional una previsión específica. Cierto, aunque una aplicación plena y con –a mi juicio– la diligencia debida del juicio de convencionalidad ex artículo 4.4 de la CSE revelaría su autosuficiencia para reconocer y garantizar tal derecho de forma general, no solo en los casos excepcionales que analiza la sentencia (excluye el periodo de prueba ordinario), la sala devalúa el estándar de la CSE a «resorte hermenéutico importante, aún auxiliar, no única *ratio decidendi*» (FJ 8.º, letra D). Pero no menos verdad es que en virtud de tal criterio la sala se ha sentido más legitimada para corregir el vacío legislativo existente. En realidad, a mi juicio, el criterio jurídico principal subyacente a la decisión es la clara disconformidad con el estándar social europeo, pero la, no hay que negarla, persistente resistencia de la mayoría de la sala a este avance ha obligado a un razonamiento mucho más ponderado y elaborado, también alambicado, para alcanzar el mismo resultado que si no se hubiese cogido el camino elíptico, sino el de la aplicación directa de la CSE. De otro, si bien deja igualmente claro que la decisión para el caso «no prejuzga lo que proceda en otras materias», «incluso tras la vigencia de la versión revisada», porque cada norma de la CSEr exige pronunciamiento particular (FJ 9.º), deja entrever que sí habrá preceptos que, interpretados según la doctrina del CEDS, resulten disconformes, exigiendo interpretaciones correctoras del conflicto de leyes e integradoras de los vacíos de las nacionales.

4.2. ¿Y tras la ratificación qué?: el TS no podrá seguir orillando el debido diálogo con el CEDS sobre la indemnización disuasoria de despido

Y sin duda esa es la situación, a mi juicio, del [artículo 56 del ET](#) (y su grupo normativo, sea en el ET, sea en la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–) en relación con el [artículo 24 de la CSEr](#). Al margen de lo sostenido antes de la entrada en vigor, tras la doble ratificación, de la [CSEr](#) y sistema de reclamaciones colectivas (declaración de la [parte V](#)), de lo que ya nos hemos ocupado en varios números de esta revista (*vid.* [número monográfico 460](#)) con la aplicabilidad directa una vez entrado en vigor (1 de julio de 2021), estoy convencido de que el [artículo 24 de la CSEr](#), en lo que concierne a la exigencia de un sistema de indemnización por despido sin causa no automatizado, sino que garantice la reparación íntegra de los daños y el efecto disuasorio, es *self-executing* (ejecutable automáticamente) o directamente aplicable, sin la condicionalidad legal de las cláusulas *non self-executing*. Una [distinción antigua, heredada del derecho norteamericano decimonónico y que ha creado más confusiones en los tribunales que operatividad](#), por cierto. Sin embargo, no debería haber duda de la aplicabilidad directa del [artículo 24 de la CSEr](#), como afirma el CEDS (en Francia, el Consejo de Estado reconoce tal efecto, negado por la Corte de Casación), a los sistemas tasados legalmente de indemnización por despido sin causa o sin causa justa, que funcionan de forma automática en su cálculo, atendiendo a un parámetro cuantitativo fijado solo en atención a la antigüedad en el servicio (dejamos de lado la problemática surgida, a partir del aluvión de contratos fijos discontinuos firmados, en torno a si cuenta la duración del vínculo –todo el periodo de contrato– o solo el servicio efectivo –las horas trabajadas–).

Precisamente, también en relación con esta determinante cuestión, podemos hallar cierta diferencia entre la posición de las SSTs de [28 de marzo](#) y de [29 de marzo](#) aquí comentadas. En el primer caso se tiene en cuenta, aún de forma diluida, la posición crítica del CEDS respecto de la ausencia en nuestro derecho de previsión sobre un plazo de preaviso razonable en el caso de los periodos de prueba dilatados como el propio del contrato de apoyo a emprendedores ([Conclusiones XX-3, 2014](#)). Tanto es así que califica la «interpretación integradora» como un «procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales», al mismo nivel que los convenios colectivos, para corregir la laguna legal del derecho español en virtud de su debido ajuste al [artículo 4.4 de la CSE](#). El segundo, en cambio, prescinde por completo tanto de la doctrina del CEDS como del resto de órganos que han asumido análoga función de garantía «jurisdiccional» máxima del cumplimiento de las previsiones de las respectivas normas internacionales que custodian, preservan y, en su interpretación, desarrollan e integran. Una omisión que, en sí misma, resulta errada, pues contradice de raíz el imperativo constitucional en la selección de la norma aplicable, en la medida en que no debe entenderse solo conforme a su tenor literal, sino conforme a la interpretación reiterada de sus órganos de garantía, tengan o no la cualidad formal de jurisprudencia, en la medida en que el contenido de una ley no puede desprenderse del criterio interpretativo establecido para su comprensión ([STC 116/2006, de 24 de abril](#)).

Una minusvaloración de la doctrina interpretativa establecida por el CEDS que ha estado igualmente en la base de la doctrina de suplicación social mayoritaria. Esta se niega a cuestionar el sistema de indemnización legalmente tasada, rechazando todo tipo de indemnización complementaria si no se prueba violación de derechos fundamentales (por ejemplo, SSTSJ de [Asturias 2710/2021, de 21 de diciembre](#); [Galicia de 26 de marzo de 2021, rec. 4733/2020](#); [País Vasco 916/2021, de 1 de junio](#) –caso de desistimiento durante el periodo de prueba–, etc.).

En cambio, se ha abierto camino en la sala catalana al asumir –matizada– la doctrina del CEDS (por ejemplo, SSTSJ de Cataluña de [14 de julio de 2021, rec. 1811/2021](#), y de [23 de abril de 2021, rec. 5233/2020](#), entre otras muchas). Otras salas parecen ir sumándose –como ocurriera en Francia– a este cuestionamiento, aunque sigan teniendo un efecto muy limitado, porque se contempla tan excepcionalmente que, hasta el momento, ha carecido de aplicación práctica, manteniéndose solo como hipótesis (por ejemplo, SSTSJ de [Navarra de 24 de junio de 2021, rec. 198/2021](#), y [Castilla y León/Valladolid de 1 de marzo de 2021, rec. 103/2021](#)).

Una doble dimensión excepcional e hipotética que, precisamente, contrasta de raíz con la doctrina jurisdiccional del CEDS (por ejemplo, [Decisión de fondo publicada el 20 de febrero de 2020, CGIL c. Italia](#)). Una vez más, la disconformidad parece evidente y así es probable que se termine reconociendo al resolver (en 2023) la reclamación colectiva presentada por UGT ([denuncia 207/2022](#)) contra el [artículo 56 del ET](#) (y su bloque legal). La necesidad de reparación, no solo íntegra, sino también de efecto disuasorio, para frenar la arbitrariedad en el ejercicio del poder de despido parece abrirse paso también más allá de la nulidad de los despidos por violación de derechos fundamentales. No será fácil su implantación, pero ya no es dudoso que sucederá más pronto que tarde. La cuestión es ahora cuándo, quién (jurisprudencia o ley) y cómo se hará (en qué términos).

Suelen invocarse notables dificultades, por la complejidad e incertidumbre que supondría dejar en manos de la jurisdicción social determinar el derecho a una indemnización por despido arbitrario, sin parámetros objetivados, de ahí que se apele a la necesidad de mediación legislativa o convencional (por ejemplo, nuevos contratos indefinidos adscritos a obra). Pero el cambio nunca es fácil. La consolidación jurisprudencial del derecho a una reparación íntegra y disuasoria frente a los despidos lesivos de derechos fundamentales ha tenido que esperar prácticamente una década, pese a tener su origen en el [artículo 183 de la LRJS](#) (en vigor desde 2012). La muy interesante [STS 356/2022, de 20 de abril](#), tras reprobar a la sentencia de suplicación (gallega) recurrida que no fijara la debida indemnización adicional tras calificar el despido de nulo por lesivo de derechos fundamentales, le recuerda que debe llevar a cabo una «valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto»: antigüedad en la empresa, duración e intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social, reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que

se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros.

Con los debidos matices, buena parte de estos criterios son también útiles para combatir de forma más efectiva la arbitrariedad en el despido, elevando notablemente su coste, si no se puede eliminar. En consecuencia, ley y jurisprudencia tienen aquí una útil pauta de valoración para los cambios que se anuncian y que, más pronto que tarde, llegarán. Lo veremos, y se lo seguiremos contando, a nuestro modo, que confío aporte mayor luz y utilidad para el quehacer diario en el mundo del trabajo.