



La lucha por el derecho a una indemnización adecuada de despido y la Constitución Social de Europa: «Alea jacta est»

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>

Una vez más a mi maestro, *sub specie aeternitatis*, D. José Vida Soria

La Carta se ha convertido en un auténtico [...] punto de referencia de una Europa en evolución, del sentido de esa revolución, del sentido de toda una arquitectura de política laboral y social [...].

José Vida Soria (*La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000*)¹

1. En el verano del año 2021, tras una larguísima espera de un cuarto de siglo, debido a las resistencias de los diferentes Gobiernos que desde entonces han sido en España, de uno u otro color político, **el Reino de España ratificaba la Carta Social Europea Revisada (1996) –CSER–.**

¹ Citado en Molina Navarrete, C. (2021). España ratifica la «Constitución Social de Europa»: ¿adiós «cenicienta»; bienvenida «princesa» (no solo de pobres)? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 5-30. <https://doi.org/10.51302/rtss.2021.2442>

Al tiempo, aceptaba someterse al control de cumplimiento por su órgano de garantías, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), mediante el sistema de reclamaciones colectivas ([Protocolo Adicional de 1995](#)), más incisivo que el sistema de informes, aunque haya continuidad. Entre los derechos que se consagran en este Tratado Internacional de derechos sociales fundamentales humanos, que no sería una norma internacional más en el sistema jurídico (discrepamos en esto de la, sin duda, interesante [STS, Sala 4.ª, 268/2022, de 28 de marzo](#)), pues está calificado oficialmente como la Constitución Social de Europa (Informe de 2015 de Thorbjørn Jagland, anterior Secretario General del Consejo de Europa, sobre el [Estado de la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho en Europa. Una responsabilidad compartida para la seguridad democrática en Europa](#), presentado en la 125.ª sesión del Comité de Ministros, Bruselas, 19 de mayo de 2015), están los recogidos en su artículo 24.

¿Y qué dice? Básicamente afirma dos derechos sobre la protección frente al despido. De un lado, la «prohibición de despedir» sin una causa justificada válida y eficaz a tal fin, basada sea en la conducta o capacidades de la persona trabajadora sea en razones derivadas del funcionamiento (rentable) de la empresa. De otro, el derecho, si no se respeta esa prohibición (garantía de estabilidad en el empleo), a una «reparación apropiada», como puede ser una «indemnización adecuada».

Sí, eso es lo que dice, pero ¿qué significa realmente, en la práctica? ¿A qué vincula a los Estados cuando dice que el Estado debe garantizar su cumplimiento, exigiéndolo ante un tribunal imparcial? Las dudas vendrían porque ni se formula de forma expresa una auténtica prohibición, ni *ex ante* ni *ex post* de despido, en sentido estricto jurídico, ni da pauta concreta de lo que deba entenderse por «reparación apropiada» ni «indemnización adecuada» (el anexo que acompaña y complementa la comprensión de este precepto no nos lo dice), ambos conceptos jurídicos indeterminados, nociones fluidas y abiertas a diversas posibilidades legislativas y jurisprudenciales, como la práctica evidencia. Las dudas se despejan de inmediato cuando se acude a un copioso y muy reiterado cuerpo de doctrina jurisprudencial creada por su órgano de garantías jurídicas. Otra cosa es que se quiera ver y escuchar, porque no hay mayor ceguera que la de quien no quiere ver, ni mayor sordera que la de quien no quiere oír, por razones más interesadas (ideológica, política, económicamente) que interesantes (jurídica, política, social y económicamente)².

² Expreso mi máximo respeto para las personas que padecen estas enfermedades y de ello derivan discapacidades, que pueden ser originarias o sobrevenidas y que a todas las personas nos pueden afectar. Aprovecho también la ocasión para valorar positivamente, aunque habrá que esperar mucho más, la [reforma constitucional que elimina el estigmatizante adjetivo contenido en el artículo 49 de la CE](#), ahora mutado por el sintagma «personas con discapacidad».

2. Recordaré de inmediato [lo que dice el CEDS](#), también respecto de España, porque se acaba de pronunciar dos veces. Pero, como en las películas de suspense, aguardemos un instante para desvelar el misterio. Previamente, es oportuno, por lo que luego comentaré, realizar tres observaciones para contextualizar la posición del CEDS respecto a España y para ponderar adecuadamente su significado práctico, a fin de no incurrir en el vicio de la sobreestimación (crítica por exceso) ni en la infravaloración (crítica por defecto). Ambos errores se han cometido ya. El primero, porque hay quien afirma que la disconformidad del sistema español indemnizatorio relativo al despido sin causa justificada abriría la caja de Pandora, casi el Averno: «la puerta a un cambio de legislación sin precedentes que daría un vuelco a las relaciones laborales en España» ([El Mundo, 26 de marzo de 2024](#)). El segundo, porque hay quien niega que las decisiones del CEDS vinculen, considerando que no son sino recomendaciones para cambiar una legislación que no se acomoda a la [CSER](#). Ambas yerran.

La primera observación previa de contextualización del momento de cambio que vivimos es esta. En cualquier Estado Constitucional de Derecho, la primera ley social debiera ser la que garantice a toda persona por igual los medios necesarios para su existencia material digna mediante el derecho al trabajo decente ([art. 35](#) en relación con los arts. [10](#) y [15](#) Constitución Española –CE–). Así se expresó por el Gobierno francés provisional de 1848 y así se ha recogido en los diversos tratados internacionales de la Organización de Naciones Unidas en siglo XX, incluido el artículo 23 de la [Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948](#) ([Observación general n.º 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de 24 de noviembre 2005](#)).

La segunda, corolario de la primera, es que, para que ese derecho social sea tomado en serio ([Dworkin](#)), precisa de una segunda ley social, ahora de garantías de efectividad. Como la evolución del Derecho Social Internacional de tutela a favor de la estabilidad en el empleo frente al despido arbitrario o injusto (sin causa real y seria, que dice el Derecho francés) ha evidenciado ([Convenio n.º 158 de la Organización Internacional del Trabajo](#), interpretado en el Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre la terminación de la relación de trabajo, [Conferencia Internacional del Trabajo, 82.ª reunión, 1995, Informe III, Parte 4B](#), Ginebra), la segunda ley social universal debería ser la de garantizar por ley aquel derecho, combinando la normatividad con el realismo:

- a) bien mediante una prohibición expresa de despido sin causa, no solo respecto de despidos contrarios a derechos fundamentales, también frente a toda decisión extintiva arbitraria (*regla social de prevención primaria*);
- b) bien, más flexiblemente, atribuyendo a la persona trabajadora víctima la opción de elegir entre readmisión o indemnización adecuada, no a quien actúa arbitrariamente (*regla de protección basada en la autodeterminación*);

- c) bien, aceptando el máximo de la flexibilidad y transaccionalidad (tan típicas de las normas sociales), asumiendo, como regla general, salvo violación de un derecho fundamental o inobservancia de los procedimientos de orden público (ej. despidos colectivos), una indemnización adecuada, sea para la reparación íntegra del daño que causa realmente tal arbitrariedad, sea, muy especialmente, para disuadir de forma efectiva a las empresas de incurrir en este tipo de comportamiento, no solo antijurídico sino irracional en el plano económico (*regla de transaccionalidad entre la razón económica de la libertad de empresa y la razón social de la protección efectiva frente al riesgo de despido arbitrario*).

Sorprendentemente, y es mi tercera observación, frente a esta coherencia exigida por el principio social ex [artículo 1 de la CE](#), durante mucho tiempo se ha asumido con naturalidad, por Gobiernos de ambos colores (se formalizó en la reforma de 2012, pero no se corrigió en la de 2021 –por líneas rojas empresariales, la presión de la Comisión Europea y la inexistencia, cierto, de la mayoría parlamentaria–) que la privación («expropiación») del trabajo sin justa causa para ello, no solo no debía prohibirse, sino que incluso debía facilitarse por las leyes. Se liberalizaron las causas (hasta llegar a admitirse que no existiesen o fuesen irreales) y se rebaja el coste, aunque no haya ni motivos reales y serios ni formas adecuadas para el despido (la ausencia de forma no invalida el despido, solo eleva un poquito el precio). Ni el Tribunal Constitucional (SSTC [119/2014, de 16 de julio](#) y [8/2015, de 22 de enero](#)) ni el Tribunal Supremo (STS, Sala 4.ª, [841/2022, de 19 de octubre](#)) han puesto objeción alguna. Esta acomodación al diseño legal, de favor incluso al ejercicio arbitrario de la libertad de empresa ex [artículo 38 de la CE](#) en relación con el [artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) nos valdrá diversas reprobaciones y condenas en el sistema multinivel de garantías del derecho al trabajo. Pero se hizo caso omiso.

3. Llueve (nunca mejor dicho tras una Semana Santa tan felizmente pasada por agua –soy también aquí consciente de que nunca llueve a gusto de todo el mundo–) sobre mojado, por lo que difícilmente puede entenderse que nos cause sorpresa. De un lado, y aunque seguramente ya nadie lo recuerda, debemos traer a colación una condena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), garantía multinivel comunitaria más temible (si no, ahí está la [STJUE de 22 de febrero de 2024, asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22](#) –decenas de miles de personas indefinidas no fijas que podrían ser fijas por sentencia, sin proceso selectivo, o beneficiarias del derecho a una indemnización no tasada, anunciando el TS una «contracuestión» prejudicial para deleite del derecho dialógico, aunque se vuelva imprevisible y dilatorio–; o la [STJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22](#) –decide que las personas incapacitadas de forma permanente para su trabajo, por declaración de la Seguridad Social, pueden ser personas aptas para trabajar, salvo que la empresa acredite que no es razonable que no sigan trabajando, en su puesto o en otro adaptado–) cuya primacía nadie discute. Me refiero a la sentencia que reprueba a España que no contenga una prohibición de despedir *ex ante*, esto es, de forma preventiva,

frente a las mujeres por su condición de maternidad (antes, durante y después del embarazo), como afirmó en el caso Porras Guisado ([STJUE de 22 de febrero de 2018, asunto C-103/16](#); [STSJ de Cataluña 2520/2018, de 26 de abril](#)). Estábamos, estamos y estaremos, sin embargo, en incumplimiento de una prohibición de despido.

¿Por qué desempolvo ahora esta noticia extraída del baúl de los recuerdos? ¿Porque en época de lluvias –bendita noticia, más en semana de Pascua– solo nos acordamos de Santa Bárbara cuando truena? No, o quizás sí. La razón jurídica es que el CEDS acaba de hacer lo propio en las referidas [Conclusiones 2023](#) para el Reino de España con respecto a los artículos de la [Carta Social Europea](#) relativos a la infancia, la familia y las personas inmigrantes. Y para no irme por los cerros de Úbeda, donde habito, advertiré que entre las disconformidades están las relacionadas «con una protección inadecuada contra el despido durante el embarazo o durante el permiso de maternidad y...» (dejo en suspense lo que sigue, porque será de especial atención en este análisis de ciencia abierta a la ciudadanía que ahora nos pide el Ministerio, aunque nosotros siempre lo hemos practicado).

En particular, respecto al artículo 8 (Derecho de las mujeres empleadas a la protección de la maternidad), párrafo 2 (ilegalidad del despido durante el permiso de maternidad), en relación con el artículo 27.2 de la [CSER](#) (Derecho de las personas trabajadoras con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato). Justamente esos supuestos que tanto parecemos haber tutelado (ej. [RDL 5/2023, de 28 de junio](#)) el CEDS recuerda que, ya en 2019, advirtió que la legislación española no permite la elección entre la reincorporación o la terminación del contrato de trabajo, incluso cuando el despido es nulo, ni la compensación adecuada cuando, nulo, no cabe readmisión por cese de empresa o imposibilidad jurídica.

¿Sorprendente? No. El TJUE nos había condenado por falta de prohibiciones legales de despido *ex ante*, ahora el CEDS nos reprueba la falta de garantías idóneas o efectivas para una indemnización adecuada a los daños derivados de un despido que nunca debió producirse, pero que no solo se produjo (pese a nuestro modelo de nulidad objetiva en estos casos [ex art. 55 ET](#)), sino que ahora resulta imposible corregir por imposibilidad sobrevenida de la reincorporación. De ahí que concluya:

«Si la reincorporación resulta imposible, un juez no puede otorgar una compensación adecuada para compensar todos los daños sufridos».

Pero ¿eso solo sucede en tales casos o, en realidad, la inexistencia legal de un sistema de indemnización por despidos arbitrarios adecuada es una deficiencia general en nuestro sistema de protección frente al desempleo?

4. También se ha pronunciado el CEDS sobre ello. ¿Y qué dice? Pues habrá que «jugar a adivinarlo», porque, aunque ya ha notificado la Decisión de Fondo a ambas partes de la «demanda» (reclamación –demanda– colectiva presentada por UGT contra el Gobierno de España), una antediluviana, y ahora ya obsoleta, regla impide que se haga pública. Solo podrá difundirse públicamente (aunque [la prensa escrita](#) y las redes sociales ya circulan su pronóstico) o cuando el Consejo de Ministros, que ha sido notificado al efecto ex artículo 8.2 del [Protocolo Adicional](#), dicte una resolución o recomendación ex artículo 9 del [Protocolo](#) (aunque la decisión del CEDS es vinculante, no se confunda, en sí misma) o en un plazo máximo de cuatro meses desde la notificación. Por lo tanto, dictada el 20 de marzo pasado, notificada el 28 del mismo mes, podrá ver la luz el 29 de julio. Cierto, este guion de suspenso parece dirigido por el mejor Hitchcock.

Con todo, ha dejado pistas suficientes para descubrir el desenlace. Daré un par de ellas. La primera, en las Conclusiones dictadas el mismo día que la Decisión de Fondo, afirma que una de las razones principales de la disconformidad reside en que los límites máximos en el importe de la compensación que puede concederse

«no permite [...] una indemnización superior en función de [...] las circunstancias, pudiendo los tribunales ordenar solo el abono de una indemnización dentro de unos límites prefijados».

Otra pista para lectoras y lectores sagaces. ¿En qué argumentos ha fundamentado el CEDS sus Conclusiones a tal fin? De forma expresa, muy bien sintetizadas, casi a golpe de titular o tuit, hace un repaso de todas las Decisiones de Fondo que ha dictado al respecto en aplicación del artículo 24 de la [CSER](#). Desde la aplicada a Finlandia, reprobándole su sistema de indemnización tasada y sus límites indemnizatorios, hasta las dos dictadas contra Francia, pasando, claro, por la dictada contra Italia, coincidiendo en la reprobación, en este caso, con la Corte constitucional italiana.

¿Podrá un mismo órgano de garantías jurídicas de cumplimiento de la [CSER](#) adoptar dos posiciones radicalmente antitéticas el mismo día –no sé si a la misma hora, como dice la letra de la célebre sevillana– sobre una misma cuestión de límites en las indemnizaciones por despido improcedente? Dicen que la doctrina de los actos propios es un principio elemental del Derecho, trasunto de la buena fe y también de la confianza legítima. Hasta aquí podemos llegar (leer, parafraseando el inmortal concurso que marcó varias generaciones). Es tiempo de la clarividencia de cada cual, aunque el buen entendimiento no precisa de muchas más palabras.

5. «*Alea jacta est*», que dijo Julio César cuando cruzó el río Rubicón, desde la Galia (hoy Francia) a Roma, abriendo la caja de Pandora para la República y la inauguración de un nuevo tiempo de los césares. Tiempo habrá de profundizar en las muchas cuestiones que suscita este pronunciamiento, incluido un extrañísimo trámite de recusación que

privó a la integrante española del CEDS, una reputada jurista, gran especialista, junto con el expresidente de aquel, el catedrático Luis Jimena, en la Carta Social Europea, de participar en la Decisión de Fondo. Una actuación que, en gran medida inaudita en los años precedentes, se condujo con extrema opacidad (el mismo motivo que llevó al Gobierno a nombrarla se esgrime para recusarla –aquí la doctrina de los actos propios falla–) y ha creado un precedente tremendamente peligroso para la confiabilidad que merece el proceso, jurídico y contradictorio, que implica esta reclamación. Ahora solo me resta dos breves comentarios.

El primero, frente a la tentación de desautorizar al CEDS, hay que recordarles la doctrina del Tribunal Constitucional que sí les atribuye valor vinculante, para los tribunales y para la ley (STC 116/2006, de 24 de abril; STS, Sala 3.ª, 1597/2023, de 29 de noviembre). Así figura en el [Instrumento de ratificación \(BOE 11 de junio de 2021\)](#) y afirmó el Ministerio de Justicia en el Informe de la Secretaría de Estado de Justicia de 17 de diciembre de 2020, emitido para apoyar la ratificación, en el marco del [Dictamen del Consejo de Estado, 486/2021, de 8 de julio](#). El segundo que, habiendo comprometido el Gobierno una reforma del [artículo 56 del ET](#) conforme a lo que establezca el CEDS, una vez pronunciada su posición, es tiempo de dar un nuevo paso, el de la acción (confiemos en que aquí no falle el principio que prohíbe ir contra los actos propios). Es el momento de abrir una Mesa de Diálogo Social, previa al debido trámite parlamentario. No falta quien piensa que, como con Julio César, este cruce del Rubicón abrirá la caja de Pandora, incluso las del Averno (inseguridad jurídica, conflictividad judicial a raudales, freno al empleo, desigualdad, desgobierno judicial, etc.). Con honestidad, no lo creo. Ni el nuevo sistema indemnizatorio demandado es desconocido en España histórica (regía antes del ET) y actualmente (ej. relación laboral especial de deportistas) ni, desde la razón serena hay argumento serio para no hallar la solución más justa (equilibrada), eficaz y eficiente. Lo decía el maestro Vida Soria, la Carta Social Europea era futuro, no pasado y lo decía el maestro Antonio Machado en voz de Juan de Mairena: «la verdad es la verdad, la diga Agamenón o su porquero...» (no termina así la cita, pero queda a su curiosidad).