EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX

10 November 2023

Case Document No. 8

***Confederación Sindical de Comisiones Obreras* (CCOO) v. Spain**
Complaint No. 218/2022

REPLY FROM CCOO TO THE OBSERVATIONS BY THE INTERNATIONAL ORGANISATION OF EMPLOYERS (IOE)

Registered at the Secretariat on 2 November 2023

confederación sindical de comisiones obreras | **www.ccoo.es**
Secretaría General
Fernández de la Hoz, 12. 28010 Madrid. Tel.: 91 702 80 11 / 8159 | sgeneral@ccoo.es

RECLAMACION COLECTIVA Nº. 218/2022

Executiva Secretary of The European Committee of social Rights
Department of the European Social Charter
Directorate General of Human Rights and rule of Law
Council of Europe
F-67075 Strasbourg Cedex
social.charter@coe.int

CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS (CCOO)
Calle Fernández de la Hoz, 12 28010 Madrid
España
Dirección electrónica: sgeneral@ccoo.es

AL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

RESPUESTA DE LA C.S. DE CCOO A LAS OBSERVACIONES FORMULADAS POR LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE EMPLEADORES (OIE) en la Reclamación colectiva 218/2022 de CCOO (España) por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada

La Organización Internacional de Empleadores (OIE) ha formulado, por medio de escrito registrado en fecha 14 de septiembre de 2023, observaciones a la reclamación colectiva que se tramita con el número 218/2022, promovida por la Confederación Sindical de CCOO, en la que se denuncia el incumplimiento en España del artículo 24 del Convenio de la Carta Social Europea Revisada (CSER), en relación con la protección ofrecida a las personas trabajadoras con ocasión del despido improcedente, en los términos que figuran en la reclamación de fecha 17 de noviembre 2022, registrada el 18 de noviembre de 2022.

Dentro del plazo conferido por el Departamento del Comité, en nombre de la Confederación Sindical de CCOO, vengo a responder a las observaciones formuladas, para lo cual, en relación con las respectivas observaciones, formulo las siguientes

A L E G A C I O N E S

EN RELACIÓN CON LA OBSERVACIÓN PRELIMINAR, RELATIVA A UNA RECLAMACIÓN PREVIA QUE E TRAMITA CON EL NÚMERO 207/2022.

Plantea la reiteración en el presente procedimiento, de las alegaciones formuladas por OIE, con ocasión de la reclamación colectiva que se tramita con el número 207/2022, a instancia de la organización sindical UGT.

Sin embargo, tal planteamiento no es atendible pues se trata de procedimientos que no se tramitan conjuntamente, de modo que la DECISIÓN SOBRE ADMISIBILIDAD DE 4 DE JULIO 2023, del Comité declaró (párrafo 10) que "…al notar la diferencia en el alcance sustantivo de las dos denuncias, decide no acumularlas".

Al tratarse de procedimientos diferenciados, no es posible que las alegaciones presentadas en una denuncia se tengan por reproducidas en otra diferente, ya que ello ocasiona indefensión a las partes de este procedimiento actual, y en concreto, a la entidad que represento.

Y ninguna indefensión tiene la entidad OIE de expresar sus observaciones en el presente procedimiento, incluso en el caso de que considere que alguna de sus observaciones puede ser coincidente con la expresada en otro procedimiento.

EN RELACIÓN CON LA OBSERVACIÓN SEGUNDA, RELATIVA A LAS DECISIONES ANTERIORES DEL COMITÉ EN RELACIÓN CON EL ART. 24 DE LA CSER:

Se limitan las observaciones a precisar la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales en relación con los precedentes en que ha apreciado la vulneración del art. 24 de la Carta Social Europea Revisada, en relación la regulación y práctica nacional de Finlandia, Francia e Italia.

En los respectivos casos, el Comité consideró incompatible con la Carta, art. 24, una regulación del despido injusto que no ofreciera una protección adecuada, ya sea en materia de indemnización, ya sea en materia de acordar la posibilidad de readmisión por el órgano judicial.

En modo alguno la reclamación que ahora se tramita se basa en una identidad completa de los marcos regulatorios del despido injusto entre España, y los países en los que, en ocasiones anteriores, el Comité apreció la vulneración del art. 24 de la Carta.

La reclamación actual se refiere al marco normativo español, y la doctrina del Comité que ha perfilado el alcance del derecho a la protección adecuada, protegido por la Carta, es un necesario precedente que orienta la interpretación y aplicación del art. 24 de la Carta, por cuya razón, la doctrina fijada en tales precedentes ha sido citada y recordada, como parámetro para contrastar el fundamento de la denuncia.

De modo que es pertinente y adecuada su cita, habiéndose fundamentado dicha denuncia en la doctrina del Comité, especificándose no sólo el marco normativo nacional, sino la práctica judicial seguida en su aplicación, y se han detallado, igualmente, los elementos que se consideran incompatibles con el contenido del art. 24 de la Carta, en los términos que viene considerando, de forma reiterada y consolidada, el Comité Europeo de Derechos Sociales.

EN RELACIÓN CON LA OBSERVACIÓN TERCERA: RELATIVA AL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL Y LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA RECLAMACIÓN.

En las observaciones se pretende hacer una descripción del marco normativo español, si bien se trata de una descripción muy esquemática que simplifica algunos de los aspectos más importantes.

Esa es justamente la materia que centra la denuncia formulada por esta parte, en el sentido de que la protección por despido improcedente, cuando la persona ejercita la acción y obtiene una sentencia favorable, es insuficiente y no se ajusta a los criterios establecidos por el Comité, al interpretar el art. 24 de la CSER.

Todo ello, sin perjuicio de que, la vista de la eficacia extintiva que se atribuye al despido sin causa, o con causa falsa, ello pueda integrar el objeto de un incumplimiento de la protección frente al despido injusto.

Cuestiona el recurrente sus dudas sobre el objeto de la reclamación en relación con la protección ante el despido injusto y su correspondencia con el término de despido improcedente que usa la legislación española.

A fin de clarificar esta cuestión, podemos formular las siguientes aclaraciones, si bien se deducen, directamente, del escrito de reclamación: el ámbito de aplicación del despido improcedente, y la diferenciación con el despido nulo.

1. SOBRE EL CONCEPTO LEGAL DE DESPIDO IMPROCEDENTE

La Carta Social en su art. 24 regula la protección ante el despido injusto, y el modelo que se cuestiona es el que ofrece la legislación y la práctica nacional española en relación con el despido que el marco nacional califica como DESPIDO IMPROCEDENTE.

El término despido improcedente se trata de un término específico de la legislación laboral y de la legislación procesal española, no genera ningún género de confusión.

En este sentido, la legislación laboral española reserva el término de despido improcedente a los despidos por motivos disciplinarios, cuando no se acredita la causa justa del cese, o se incurre en un defecto de forma –art. 55.4 ET-. Y un tratamiento equivalente se produce en el caso de despido por causas objetivas, vinculados a la situación de la empresa o a la ineptitud de la persona trabajadora, cuando, igualmente, no se acredita la causa o se incurre en defecto de forma –art. 53.4, penúltimo párrafo-.

2. LA EXTENSIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO IMPROCEDENTE A OTROS SUPUESTOS DE DESPIDO INJUSTO DISTINTOS A LOS CONTEMPLADOS LEGALMENTE

Pero lo cierto es que la doctrina de los Tribunales, de forma totalmente consolidada, han extendido el tratamiento de despido improcedente a cualquier supuesto en el que se incurra en un acto de extinción, por voluntad empresarial, que sea injusto. Con la única excepción, como hemos aclarado, de que se trate de un despido nulo.

Así sucede, con los siguientes supuestos de extinción injusta del contrato de trabajo, que son declarados como casos de despido improcedente:

- Desistimiento empresarial sin causa de ningún tipo.

- Alegación de causa simulada, o falsa.

- Incumplimiento, no sólo de la forma en que se expresa la voluntad empresarial, sino de los demás requisitos que se puedan establecer en la ley para llevar a cabo el despido, como la audiencia a los delegados sindicales de las personas afiliadas a sindicatos, o la audiencia al interesado en caso de preverlo el convenio colectivo.

- Alegación injusta de fecha de vencimiento del contrato temporal.

- Alegación injusta de otros motivos de extinción del contrato temporal.

En tales casos, la persona verá extinguida su relación laboral, y sólo tendrá protección si formula una demanda de despido en el plazo de veinte días hábiles. Si no formula demanda, la extinción se habrá consumado y no podrá ejercer ningún derecho derivado del cese, ni indemnizatorio ni de readmisión. Sólo tiene derecho a indemnización en caso de despido por causas objetivas, a razón de 20 días de salario por año de servicio, con el máximo de 12 meses.

Si no formula demanda, esa extinción será plenamente eficaz ante la Administración, o en cualquier otro procedimiento, y en ningún caso generará protección de ningún a cargo del empresario. La persona tendrá exclusivamente acceso a prestaciones por desempleo, si es que la persona tiene cotizaciones o requisitos para ello.

Es un modelo de despido que rebaja enormemente el nivel de protección, pues los tribunales interpretan de forma sistemática que para que se produzca un despido con plenos efectos extintivos, no es precisa ninguna forma ni ninguna causa justificativa.

Por el contrario, la regla es que el despido decidido por el empresario siempre es eficaz para extinguir el contrato, sin ninguna forma o causa, si bien ante los defectos del despido de forma o de causa, a la persona trabajadora se le ofrece la posibilidad de ejercitar una acción judicial, en el plazo de veinte días, a fin de acceder a la protección por despido improcedente.

La extensión del concepto de despido improcedente a estos supuestos no se hace para proteger a las personas trabajadoras, sino todo lo contrario, para impedir que puedan acceder a una protección completa de su derecho al empleo, y ofrecer al empresario, la posibilidad de elegir, libre e incondicionalmente, entre readmitir a la persona trabajadora, o bien en pagarle una indemnización de 33 días por año de servicio, con un máximo posible de 24 mensualidades, sin mínimo legal indemnizatorio, y sin abono de los salarios dejados de percibir durante el proceso.

Y el mismo régimen indemnizatorio se otorga en caso de lo que se califica como despido indirecto, es decir, la extinción del contrato a instancia de la persona trabajadora ante el incumplimiento grave del empresario de sus obligaciones más importantes, como es el pago del salario, o la negativa a reintegrar a la persona trabajadora ante los cambios injustificados de sus condiciones de trabajo –art. 50.1 ET- En tales casos, el trabajador tendrá derecho a la indemnización por despido improcedente –art. 50.2 ET- lo que es interpretado en el sentido de que la empresa sólo tiene que abonar el importe de los 33 días por año de servicio, con el máximo de 24 mensualidades, al margen de los perjuicios efectivos que haya sufrido la persona por el incumplimiento empresarial que ha motivado la extinción del contrato.

3. LA PROTECCIÓN ANTE EL DESPIDO IMPROCEDENTE

En este marco legal, ante un despido improcedente, ni el órgano judicial puede decidir la readmisión, ya que la misma tiene que ser voluntariamente aceptada por la empresa mediante el ejercicio de un derecho de opción, -salvo que se trate de una persona que ejerza funciones de representación sindical, en cuyo caso la opción corresponde a la persona trabajadora-.

Y si la empresa no acepta la readmisión, la indemnización que puede conceder el órgano judicial, ni comprende los salarios dejados de percibir desde el cese, está tasada legalmente en la cuantía de 33 días de salario por año de servicio, sin ningún importe mínimo, pero con el máximo posible de 24 mensualidades. –art. 56 ET-.

Como agravante, ni siquiera el órgano judicial puede acordar la readmisión cuando la empresa ha optado por la misma, pero, materialmente, no la lleva a cabo, o la lleva a cabo en condiciones distintas de las que tenía la persona antes de su despido. En tales casos, sin necesidad de ninguna razón o justificación por parte de la empresa, la legislación procesal libera a la empresa del deber de readmisión, e impone indefectiblemente al órgano judicial que imponga la extinción del contrato –art. 281 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social-.

Aquí se amplía de forma limitada la protección, pues se admite el abono de los salarios de tramitación desde el cese a la extinción, y una indemnización adicional de hasta 15 días de salario por año de servicio, que se añade a la indemnización general de 33 días de salario por año, con el máximo de 24 mensualidades.

El despido improcedente de las personas que ejercer la representación legal o sindical tiene un mayor nivel de protección: Ya hemos aclarado que la opción por la readmisión, por el contario, corresponde a las personas que son representantes de los trabajadores

–art. 56.4 ET-, por lo que tienen un régimen de protección distinto: sí pueden decidir la readmisión, y en caso de opción por la indemnización, sí tienen derecho a los salario de tramitación, aunque la indemnización se calcula igualmente con las mismas bases objetivas. En este caso, sí existe una garantía de readmisión y de salarios de tramitación, pero no existe la posibilidad de reclamar una indemnización completa de los perjuicios sufridos.

4. EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL DESPIDO NULO

Existe, junto al despido improcedente, otro tipo de despido injusto en la legislación española, como es el despido nulo. Su calificación está limitada a estos casos:

a. La existencia de discriminación -art.14- o lesión de un listado de derechos fundamentales, que la jurisprudencia ha reducido exclusivamente a los que pueden motivar, de acuerdo con la Constitución, la posibilidad de formular un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional -arts. 14 a 29 de la Constitución-entre los que se encuentran derechos que se ejercitan en el ámbito laboral como la libertad ideológica –art. 16- libertad sindical y huelga –art. 28-, intimidad personal y propia imagen, secreto de las comunicaciones y protección de datos personales –art. 18, libertad de expresión e información –art. 20-, reunión y asociación –art. 21 y 22- tutela judicial efectiva y ejercicio de acciones –art. 24-, si bien el derecho se protege no con la misma intensidad que al conjunto de los ciudadanos, sino con la modulaciones que, según se interpreta, requiere el contrato de trabajo.

Aunque el listado de derechos fundamentales que hace la Constitución incluye el derecho al trabajo, que engloba la protección frente al despido injusto, el mismo no se considera, a estos efectos, como despido nulo, por lo que las infracciones de la legislación laboral, o en general, del ordenamiento jurídico, que lleve a cabo la empresa al extinguir el contrato, que no se consideren como despido nulo, en la configuración tasada que hemos visto, se consideran como despido improcedente.

b. Despido durante el embarazo o ejercicio de alguno de los derechos de conciliación que regulan los arts. 53.4 y 55.5 ET.

c. Despido colectivo por razones de funcionamiento de la empresa, cuando se omite el periodo de consultas con los representantes, o se omite el deber de documentación de dicho período, o en caso de despido por causa de fuerza mayor sin autorización administrativa –art. 124.11 de la Ley Reguladora de la

Jurisdicción Social-, o sin autorización judicial del despido colectivo en caso de empresa en concurso.

En caso de despido nulo, la protección otorgada es sustancialmente distinta que ante el despido improcedente, ya que en tales casos, el órgano judicial puede ordenar la readmisión, y además, tiene asegurados el abono de los salarios de tramitación.

Y en caso de despido con lesión de derechos fundamentales, se admite que la persona pueda reclamar, además de la readmisión, la indemnización por los perjuicios sufridos por la lesión del derecho fundamental, que en la práctica, ante la falta de un referente legal, ha sido suplido por la doctrina jurisprudencial aplicando el baremo del importe de las sanciones previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social –art. 183, que se refiere a los casos de lesión de derechos fundamentales, y no, como con notable confusionismo hacen las observaciones, a los casos de despido injusto ni al despido improcedente-.

Ello evidencia que, en los demás casos de despido injusto, cuando se protege bajo la figura del despido improcedente, la indemnización legal objetiva y tasada no cubre esas exigencias.

En esta reclamación no se ha denunciado que la protección que se otorga, en la legislación y práctica nacional en los casos examinados de despido nulo, supongan una infracción del art. 24 de la Carta. Por el contrario ha quedado delimitado su ámbito a los supuestos de despido injusto que, en la legislación española, se consideran como despido improcedente, con la salvedad que luego veremos en orden a la posibilidad de que la persona trabajadora pueda considerar abusiva o injustificada la readmisión tras el despido nulo, cuando le cause perjuicios superiores, y que actualmente sólo puede invocar en caso de despido nulo por acoso sexual o violencia de género en el trabajo –art. 286.1 LRJS-.

La reclamación, como resulta de su lectura, cuestiona en qué medida la protección ante el despido improcedente no se ajusta al contenido del art. 24 de la Carta, de conformidad a como la ha interpretado el Comité.

Por ello, no puede decirse que existan dudas sobre el ámbito de la controversia, ni sobre la materia objeto de reclamación, lo que ya tuvo ocasión de examinar el Comité en el momento de emitir su declaración de admisión.

En relación con la OBSERVACIÓN TERCERA: CUESTIONAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEMOCRÁTICO Y DE LOS ACUERDOS SOCIALES EN ESPAÑA.

Considera esta parte que resulta por completo, fuera de lugar, las afirmaciones que cuestionan la reclamación por considerarla incompatible con las exigencias de un Estado democrático.

El que la legislación laboral española tenga un grave déficit de protección ante el despido injusto, como sucede con los mecanismos de garantía ante el despido improcedente, nada tiene que ver con la imposibilidad de denunciar la infracción de la Carta Social Europea Revisada, una vez que es exigible a España, por el hecho de que la legislación se hubiera adoptado en un régimen democrático.

Igualmente están completamente fuera de lugar, las consideraciones que entienden que esta organización sindical no está legitimada para solicitar la protección ante el despido injusto, con la expresa afirmación de que ello supone tanto como volver a n modelo fascista. Y esta afirmación es inaceptable cuando esta organización ha sufrido, en miles de sus representantes, la persecución política y la represión penal, por el franquismo, en reclamación de democracia y justicia social y laboral.

En los observaciones formuladas por la entidad OIE a la presente reclamación, se permiten en calificar como contrario a la buena fe formular la reclamación colectiva, por el hecho de haber suscrito un acuerdo para reducir el fraude en la contratación temporal, además de otras medidas para preservar la negociación colectiva, y las posibilidades de adaptación de la empresa ante situaciones que eviten el uso a medidas extintivas.

Si en el acuerdo social no se otorgó mayor protección a las personas con contrato temporal objeto de despido injusto, es solo por la posición de la representación empresarial, en negarse a asumir un mayor nivel de protección, e incluso vetar cualquier posibilidad de modificar el régimen del despido improcedente, lo que nada tiene que ver con un obstáculo para enjuiciar el cumplimiento, en España, de la Carta Social Europea.

Tampoco es un obstáculo para el examen de la reclamación, el hecho de que en el año 2021 se alcanzó un importante acuerdo social para mejorar, entre otros aspectos, la situación de fraude masivo y generalizado en la contratación temporal, a fin de reducir y clarificar los casos en que es posible esta contratación de duración determinada.

Se podrá decir que el acuerdo social no alcanzó la reforma de la materia relativa al despido improcedente, ni permitió ajustarnos al cumplimiento de la Carta Social en esta materia, pero ello no deslegitima a las organizaciones sindicales a formular la reclamación colectiva, ni cuestiona la competencia del Comité para su examen.

En relación con la OBSERVACIÓN CUARTA: OPOSICIÓN A LOS APARTADOS Y PREMISAS DE LA RECLAMACIÓN DE CCOO.

En este punto, la representación de la entidad OEI se limita a discrepar de los argumentos expuestos en los respectivos apartados de la reclamación formulada por esta parte.

Al respecto, para evitar la reiteración, nos limitaremos a decir lo siguiente:

- No aceptamos ni el resumen ni la formulación de los planteamientos de nuestra reclamación que hacen las respectivas observaciones. Frente al relato parcial y sesgado de las observaciones, nos remitimos, íntegramente, al objeto de la reclamación, que delimita los distintos supuestos en que se denuncia la infracción del art 24 de la Carta por parte de la legislación y la práctica nacional en España.

- Reiteramos la infracción de la Carta en el conjunto de supuestos que contiene el escrito de la reclamación inicial. Es claro que las observaciones de la OIE, que asume la posición de las organizaciones de los empleadores de España, discrepa de las infracciones que se denuncian por esta parte. Pero tal discrepancia es expresiva de la plena conformidad al interés empresarial que tiene el marco de protección en nuestro país, en donde se ha generado la expresión de que el despido es libre pero indemnizado, y con indemnización tasada y tras la reforma laboral de 2012, extraordinariamente reducida en su cuantía.

SOBRE LA OBSERVACIÓN DEL APARTADO 4.1 RELATIVA A LA PROTECCIÓN MEDIANTE LA READMISIÓN, EN EL ÁMBITO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA –ART. 24-.

En relación con el alcance de las causas que no son válidas de despido, en el Anexo de la Carta, en relación con el art. 24.

La entidad OIE hace una interpretación de la Carta en el sentido de que la protección del art. 24 sólo opera cuando el despido se base en alguna de las causas que enumera el Anexo, en relación con el art. 24.

Ahora bien, tal interpretación supone una reducción completa del art. 24 cuyo tenor no deja lugar a dudas: La protección se otorga a toda persona trabajadora que, como dice el art. 24.b) *sea despedida sin razón válida*.

Lo que son razones válidas para justificar los despidos, lo define el propio precepto en su letra a), cuando dice que son válidas las "***relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio".***

Lo que no reúna estas características no es una razón válida. El significado de la Carta parece evidente.

El Anexo enumera una lista de supuestos en los que, como dice, *en particular,* no se consideran motivos válidos para el despido. Tal lista no hace una enumeración tasada de los motivos no válidos, sino una lista de motivos que, en ningún caso, la legislación nacional puede considerar válidos, pues son, en sí mismos, contrarios a otros derechos de la Carta, como la libertad sindical –letras a) y b)-, a la tutela judicial –letra c)- a la discriminación –letra d)-, el ejercicio de medidas de conciliación –letra e)- o la ausencia por enfermedad –letra f)-. En tales casos, no puede haber razón válida para el despido.

Pero ello no quiere decir que, fuera de tales casos, al protección que otorga el art. 24 no sea operativa, ya que supondría dejar de aplicar la regla del art. 24.a), en el sentido de que la razón válida sólo puede ser aquella que esté relacionada con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio. Cuando el despido se lleva a cabo sin causa, o la causa es falsa, o es un puro desistimiento basado en el arbitrio empresarial, sin que tenga ninguna cobertura legal, y no presenta dudas de que es una actuación antijurídica, es claro que, según el art. 24.a) de la Carta estamos ante una razón que no es válida para el despido, y que por tanto, tiene derecho a la protección que confiere el art. 24 en su letra b).

No es aceptable reducir el sentido inequívoco de la Carta, que al hacer una lista de causas prohibidas para el despido en el Anexo, suponga una interpretación de que todo lo que no está en esa lista está permitido, y por ende, no tiene derecho a la protección del art. 24.b).

Cosa distinta es que, en la configuración que puede tener el legislador para configurar las razones válidas, nunca pueda considerar como tales las que están basadas en las circunstancias que enumera el Anexo en relación con el art. 24.

En la presente reclamación no se cuestiona el cumplimiento del art. 24.a), pues no se cuestiona que la legislación española incluya causas de despido que no se ajusten a esa definición, al menos tras la desaparición del despido por absentismo vinculado a la falta de asistencia por razón de la enfermedad -*Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre*-.

Lo que se cuestiona en este procedimiento es la protección inadecuada en los supuestos en lo que el propio legislador ha considerado como constitutivos de un despido

Afiliada a la Confederación Europea de Sindicatos [CES] y a la Confederación Sindical internacional [CSI]

improcedente, es decir, que no se ajusta a los requisitos legales, ni se vincula con las aptitudes, la conducta o las necesidades de funcionamiento de la empresa.

En relación con la OBSERVACION DEL APARTADO 4.1 RELATIVA A LA ESPECIFICACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE PROTECCIÓN INSUFICIENTE, AL NO ADMITIR LA POSIBILIDAD DE QUE EL ÓRGANO JUDICIAL PUEDA ACORDAR LA READMISIÓN, SEGÚN LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DESPIDO INJUSTO Y LA CONDUCTA DE LA EMPRESA.

Lo que hemos querido poner en evidencia es, en relación con la protección consistente en la posibilidad de readmisión, es que la misma no puede ser tomada en consideración por el órgano judicial que conoce de un despido, en España, nada más que en los supuestos tasados del despido nulo, antes expuestos, pero no en el despido improcedente que no sea de un representante de los trabajadores. Y ello, con independencia de las concretas circunstancias de la víctima, y de la conducta y situación de la empresa.

Somos conscientes de que es difícil formular un listado de supuestos en los que la readmisión ha de ser preceptiva. Pero apuntamos aquellos en los que esa posibilidad debería de estar a disposición del órgano judicial, a fin de preservar la adecuada protección a la victima del despido injusto, a partir de un análisis ponderado de circunstancias en las que se pueda constatar que la readmisión sí resulta exigible a la empresa, como una vía para preservar los derechos y fines protegidos por diversas normas jurídicas, y en general, para impedir comportamientos fraudulentos o contrarios a la buena fe.

Sobre esta base, aunque no puede ser exhaustiva, enumeramos los supuestos prototípicos en los que genera una completa desprotección de la persona trabajadora, por la forma en que se reconoce la opción por la extinción, sin control judicial, sin requerir justificación, y sin valorar las circunstancias del caso, y sin aplicar las figuras del abuso de derecho o fraude de ley en la facultad extintiva empresarial ante el despido improcedente:

1. En general, cuando se acredite que la opción por la extinción es abusiva o constitutiva de un fraude de ley.

Ello sucede cuando concurren estas circunstancias:

a) No existe invocación de causa justa de cese, o la invocada es falsa, simulada o completamente irreal.

b) La extinción no responde a un interés empresarial objetivado.

c) La extinción sólo responde a un mecanismo disciplinario, para preservar el orden o la autoridad empresarial, y la posición de dominación económica y profesional sobre la plantilla.

En España, si bien se admitía la figura del despido nulo por considerarlo fraudulento, y por tanto, se podía imponer la readmisión, con posterioridad la doctrina del Tribunal Supremo ha descartado que la nulidad se pueda imponer por ser el despido fraudulento que persigue, ilegítimamente, la expulsión de la persona del entorno laboral y la privación del derecho a la estabilidad en el empleo, y al margen de los perjuicios y situación de la víctima o de la conducta de la empleadora.

Como resume la Sentencia del Tribunal Supremo, Social, de 29 de noviembre de 2022, Nº de Recurso: 119/2022, (ECLI:ES:TS:2022:4453)

> *3.- Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que el despido fraudulento solo es nulo cuando así lo ha previsto el legislador laboral. La reciente sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 19 de octubre de 2022, recurso 2206/2021, explica que, a partir de la Ley de Bases de Procedimiento laboral de 1989, ya no existe la figura del despido nulo por fraude de ley. Esta sala ha rechazado la nulidad del despido por fraude en los siguientes supuestos:*
>
> *"· Cuando ha mediado cesión ilegal de trabajadores entre empresas: SSTS 2 noviembre 1993 (rcud. 3669/1992), 19 enero 1994 (rcud. 3400/1992) y 26 enero 1996 (rcud. 635/1995).*
>
> *· Cuando se ha despedido en función de hechos ya prescritos: STS 28 febrero 1995 (rcud. 1564/1994).*
>
> *· Cuando la empresa invoca la invalidez total como causa de extinción pese a que el convenio cuando el convenio colectivo la descarta: STS 23 mayo 1996 (rcud. 2369/1995).*
>
> *· Cuando la empresa invoca la conclusión del término para extinguir un contrato temporal que adquirió fijeza por celebrarse en fraude de ley: STS 10 julio 1996 (rcud. 4027/1992).*
>
> *· Cuando existe falta absoluta de prueba por el empresario de la causa alegada en la carta de despido; STS 10 diciembre 1997 (rcud. 1649/1997).*
>
> *· Cuando el empleador reconoce de inmediato que ha procedido al despido (invocando un motivo genérico) sin causa justificada: SSTS 29 septiembre 2014 (rcud. 3248/2013); 5 mayo 2015 (rcud. 2659/2013); 944/2017 de 29 noviembre (rcud. 1326/2015).*
>
> *· Cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad (STS 29 abril 2014, rcud. 3248/2013)."*

A continuación, reiteramos la doctrina establecida en la sentencia del TS de 29 de noviembre de 2017, recurso 1326/2015: "en aquellos supuestos en que la empresa no ha alegado y probado la causa justificada de extinción objetiva enunciada en el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores -ET- ("faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes", que alcancen o superen determinados niveles), el despido por motivo de enfermedad o baja médica merece, en principio, la calificación de despido improcedente y no la de despido nulo.

A su vez, esta jurisprudencia sobre calificación del despido por enfermedad enlaza expresamente (STS 29-2-2001) con una línea jurisprudencial anterior, según la cual la práctica empresarial de indicar una causa de despido que no se corresponde con el motivo real de la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo - el llamado "despido fraudulento"- no justifica por sí misma la calificación de nulidad.

3. De acuerdo con esta doctrina, a partir del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1990, no modificado en este punto en el texto refundido de 1995 ni en la vigente LRJS, el art. 108.2 ésta última disposición "enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo", y dentro de esta relación exhaustiva no se encuentra la extinción por voluntad del empresario cuyo verdadero motivo no coincida con la causa formal expresada en la comunicación del cese."

En la actualidad, para imponer la readmisión sería precisa la declaración de nulidad, lo que requiere acreditar la vulneración de un derecho fundamental. Pero dado que la doctrina judicial española, de forma consolidada, no considera como tal el derecho al empleo, y tampoco admite la figura del despido fraudulento, resulta que el despido abusivo para implantar el orden y la producción para el arbitrio empresarial está protegido, únicamente, con el pago de una indemnización, que además, está tasada y no presenta importe disuasorio.

El órgano judicial por tanto, está impedido, en el sistema español, de valorar si la opción por la extinción que efectúa libremente la empresa, es un ejercicio abusivo de poder empresarial, no sólo para expulsar si causa a una persona del entorno laboral, sino para ejercitar ante la plantilla un poder arbitrario y consolidar la dominación económica, social y, sorprendentemente, jurídica, de la empresa, sobre el resto de la plantilla.

El que la figura del fraude de ley y el abuso de derecho se inapliquen de forma sistemática en relación con el despido, como hemos expuesto en nuestra reclamación, genera una completa desprotección ante el despido.

2. Otro supuesto prototípico de desprotección se produce con ocasión de la extinción de los contratos temporales fraudulentos, en los no concurre causa válida para la temporalidad, pero la empresa usa de forma ilícita los contratos temporales como fórmula para no tener que preservar el derecho a la estabilidad en el empleo, disponer

de una plantilla precaria cuya continuidad depende de la libre voluntad empresarial de renovar o no el contrato a su vencimiento.

Además, consigue la ventaja de debilitar la posición negociadora de las personas trabajadoras, que son fácilmente sustituibles a cada vencimiento de su contrato, lo que condiciona las posibilidades de ejercicio del conjunto de sus derechos laborales.

Aunque no tiene base legal expresa, de modo que ni en el Estatuto de los Trabajadores ni en la Ley de la Jurisdicción Social se prevea su calificación como despido improcedente, la extinción de los contratos temporales fraudulentos, sin que concurra ninguna causa válida para la extinción, se resuelven en la práctica judicial como un supuesto de despido improcedente, a pesar de que el mismo se reserva para el despido disciplinario o por causas objetivas relacionadas con el funcionamiento de la empresa o las aptitudes o capacidad de la persona trabajadora. Esto supone que, en lugar de declararse la ineficacia del acto extintivo basado en un plazo ilegal, se permite a la empresa que opte, libre y sin control judicial, entre la readmisión o el pago de la indemnización prevista para el despido improcedente.

En la práctica la empresa opta, casi indefectiblemente, por la extinción, máxime cuando, tras la desaparición de los salarios de tramitación en el año 2012, suele ser de mayor importe el coste de la readmisión –que sí tiene salarios por el período entre el cese y la readmisión, hasta 90 días- que el pago de la indemnización tasada, de 33 día por año de servicio. Sólo cuando la antigüedad es superior a tres años puede ser superior el coste de la indemnización, lo que no es frecuente en la contratación temporal por la escasa antigüedad de la persona.

Se legitima la extinción aunque la empresa mantenga la necesidad de cubrir el puesto de trabajo, e incluso se acredite que se sustituye a la persona objeto de contratación temporal fraudulenta.

Vemos que la protección que se otorga a las personas en caso de contratación temporal abusiva no sólo es insuficiente, sino que deja de cumplir los fines de las medidas que limitan la contratación temporal a los supuestos legales tasados para preservar la estabilidad en el empleo, y más grave aún, es un verdadero incentivo a que no se preserve la estabilidad en el empleo, cuando la indemnización es tan baja que puede ser inferior a los costes monetarios del restablecimiento de la relación laboral.

El órgano judicial debe de tener a su disposición la posibilidad de acordar la readmisión cuando no se constate la concurrencia de ningún causa legal de vencimiento o extinción del contrato, o la extinción no responda a ningún interés legítimo empresarial, en otro caso, no se respetaría el derecho al trabajo en su dimensión de derecho a la estabilidad en el empleo.

Tampoco se genera ningún sobrecoste a la empresa, en la medida que ha sido la que ha incurrido en dos ilícitos: al tiempo de la contratación, y al tiempo de acordar la extinción. E incluso si tiene que soportar la readmisión, siempre puede utilizar los mecanismos de flexibilidad de que disponen el conjunto de la empresas, tanto interna como incluso de extinción del contrato, si tiene que ajustar el volumen de empleo.

En la actualidad no está configurada la extinción sistemática de los contratos temporales fraudulentos como un supuesto de discriminación, como lo podría ser por motivos socio-económicos, dado que llevar a cabo las extinciones de colectivo de personal temporal objeto de contratos abusivos. Y cuando son seleccionados para la extinción por razón de haber sido objeto de una práctica fraudulenta en la contratación, es un criterio totalmente arbitrario, que consolida situaciones de precariedad laboral en colectivos específicos afectados por estas prácticas. Sin embargo, en la práctica judicial española, no se considera que estemos ante un despido nulo por discriminación, con lo que la empresa puede optar, libremente y sin control judicial, por la extinción.

3. También resulta una protección insuficiente ante el despido la imposibilidad de que el órgano judicial pueda acordar la readmisión, en los casos en que la readmisión es la única vía para preservar el derecho reconocido a la continuidad de los contratos de trabajo en caso de sucesión de empresa, de centros de trabajo, o de unidades productivas autónomas –art. 44 ET y Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Lo mismo cuando la sucesión está garantizada en los convenios colectivos.

En los supuestos en los que la práctica empresarial abusiva pretende conseguir la venta o transmisión de las instalaciones, sin personal que tenga que asumir el adquiriente, lleva a cabo los despidos antes de la transmisión, invocando una causa falsa o simulada, como mero pretexto para acogerse a la opción por la extinción. La opción libre de la empresa por la extinción, impide que el órgano judicial pueda aplicar la garantía legalmente reconocida de continuidad de contratos de trabajo.

La opción por la extinción supone una vulneración directa de la garantía legal de que no se extinguirán los contratos de trabajo en caso de sucesión o traspaso de empresa, y cuando se utiliza la extinción que es declarada improcedente por inexistencia de causa o de forma, se evidencia la falta de interés protegible de la empresa, distinto al mayor ánimo de lucro con la venta o el traspaso.

La indefensión se agrava, en el caso español, al no admitirse que la acción de despido se pueda ejercitar más allá de los veinte días desde el cese, de modo que, si la transmisión

se mantiene oculta más allá de ese plazo, pueden haber vencido la posibilidad de impugnar el cese.

4. Lo mismo sucede, en caso de cesión ilícita de mano de obra, donde la ley reconoce el derecho a la incorporación a la plantilla de la entidad cedente o cesionaria como personal fijo –art. 43 ET-.

Si el personal es despedido y la empresa puede optar por la extinción, esa facultad empresarial se lleva a cabo para impedir la aplicación de la garantía legal de incorporación a la plantilla de la entidad cesionaria, que opera como verdadero empresario.

La doctrina judicial ha declarado que la fijeza que reconoce el art. 43 ET no impide la aplicación de la opción empresarial por la extinción del contrato, incluso en el caso de que no estemos ante un despido en sentido expreso, sino ante el mero desentendimiento del cesionario de sus obligaciones como empresario –STS, Social, de 27 de abril de 2022, Nº de Recurso: 247/2021, - (ECLI:ES:TS:2022:1727), recoge la jurisprudencia aplicable a tales casos, en estos términos:

> *2. Doctrina de la Sala La más reciente doctrina de esta Sala reitera el criterio de hacer responsables solidarios de las consecuencias del despido improcedente a quienes son cedente y cesionario, a tenor del mandato del art. 43.3 del ET, aunque el trabajador haya optado, en atención al citado precepto, por una de las dos partes implicadas. Y en esa línea, la STS de 20 de abril de 2021, rcud 2700/2018, refiere que:…*
>
> *Tercero: aunque los trabajadores afectados por la cesión ilegal tienen reconocido el derecho a integrarse con "la condición de fijos" en cualquiera de las empresas implicadas, ello ni cercena la facultad empresarial de optar por indemnización o readmisión, ni elimina la responsabilidad solidaria de ambas. Lo que sucede es que "si el empresario elegido decide indemnizar, el otro empresario participante de la cesión ilegal responde solidariamente del pago de la indemnización, así como, en todo caso, de las consecuencias y efectos que pudieran derivar del despido"*

5. Otro tipo de despidos fraudulentos son aquellos que se llevan a cabo incumpliendo la garantía del empleo establecida legalmente, como sucedía en el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. Según esta norma:

> *Artículo 2. Medidas extraordinarias para la protección del empleo.*
>
> *La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.*

Pero la doctrina del TS, reiteradamente, ha considerado que cuando la empresa, a pesar de concurrir causas de suspensión del contrato, decide llevar a cabo el despido en contra de la previsión legal, ello no impide a la empresa que ha evitado aplicar la medida suspensiva, optar por la extinción del contrato, una vez aplicado el modelo legal de despido improcedente –Sentencia del Tribunal Supremo, Social, de 24 de enero 2023, Rec. núm. 4091/2021 (ECLI:ES:TS:2023:576), según la cual, resuelve la contradicción entre dos casos en que concurren estas notas:

> *"…ante dos extinciones contractuales en las que la empresa alega la expiración del término convenido pero que constituyen un despido porque se incumplieron los requisitos de la contratación por tiempo determinado.*
>
> *Ambos contratos se extinguen en el contexto de la pandemia generada por el COVID-19. En ambos casos la empleadora se había acogido a un ERTE por causas relacionadas con el COVID-19, en el que se incluyeron a los demandantes.*
>
> *En ambos supuestos se examina cuál es la consecuencia jurídica que el art. 2 del RDL 9/2020 prevé para estos casos.*
>
> *Sin embargo, la sentencia recurrida califica el despido como nulo y la de contraste como improcedente, dando interpretaciones opuestas del art 2 del Real Decreto-ley 9/2020 que deben ser unificadas.*

Aplica el criterio jurisprudencial de que el despido se ha de calificar como improcedente, dado que es inaplicable la figura del fraude de ley.

> *"La interpretación del art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 debe partir de que esa norma pretende que las dificultades empresariales generadoras de causas ETOP o de fuerza mayor asociadas a la pandemia se encaucen por la vía suspensiva ("ERTE") y no por la extintiva. El legislador no especifica la calificación que merece el despido objetivo (o colectivo) que contradiga tal norma. Debemos partir de que "resulta necesaria la previa indicación legal de que el despido es nulo para que proceda esa calificación, sin que sea posible reconducir a tal categoría los identificados como fraudulentos (salvo indicación legal al efecto).*"

Ello pone en evidencia que, ni siquiera cuando la ley expresamente declara que una situación no puede motivar un despido, pero no obstante, la empresa lo lleva a cabo, se admite la opción empresarial por la extinción, al descartarse la figura del fraude de ley en la extinción. Ni se aplica la nulidad, ni se aplica la norma que se ha tratado de eludir, sin que el órgano judicial tenga capacidad de preservar el bien jurídico protegido, vinculado a la estabilidad en el empleo, que protege la norma que ha sido vulnerada.

SOBRE LAS OBSERVACIONES DEL APARTADO 4.1 RELATIVAS A LA FORMA DE LLEVAR A CABO LA OPCIÓN POR LA EXTINCIÓN.

1. En las Observaciones presentadas por la OIE se afirma que en España, la empresa que opta por la extinción, tiene obligación de abonar el importe de la indemnización. Es una afirmación totalmente inexacta.

De hecho, el ejemplo que pone no está referido al ejercicio de la opción, sino a la empresa que pretende recurrir la decisión de despedir. En tal caso, para interponer el recurso se exige el depósito de la cantidad objeto de condena –art. 230 LRJS-, norma que se refiere a los recursos de suplicación o casación, y no a la opción por la extinción en caso de despido.

Lo que ponemos en evidencia en nuestra reclamación es que el modelo legal de opción por la extinción rebaja el nivel de protección hasta el extremo de no exigir, ni siquiera, que se lleve a cabo ni el pago, ni el depósito, del importe de la indemnización por despido –art. 110.3-, para que el órgano judicial tenga que dar por válida la opción y declarar la extinción del contrato. Incluso se puede anticipar la opción en el acto de juicio, para el caso de que se declare improcedente, en cuyo caso la sentencia ya sólo reconoce la extinción y la indemnización.

Está claramente fuera de lugar la afirmación de que la consignación de la cantidad es un requisito para el ejercicio del derecho de opción. Es un requisito para formular recurso contra la sentencia, y no para optar por la readmisión.

2. También se formula una observación en relación con la facultad con que la empresa puede llevar a cabo la readmisión. Tras la sentencia, la empresa tiene el derecho de opción, y en esa situación la persona está a disposición de la empresa, de modo que tiene que asumir la readmisión si la empresa la elige. Y si no asume la readmisión, el efecto es de pérdida de su empleo sin protección de ningún tipo.

Describir los desequilibrios de esa situación no excede el ámbito de esta reclamación, máxime cuando nuestra legislación no contempla ningún caso en que la persona pueda rechazar la readmisión decidida por la empresa, ni siquiera en el despido nulo salvo en caso de las víctimas de acoso laboral o violencia de género, según el art. 286.2 de la LRJS:

> *2. En los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación, en su caso, conforme al apartado 2 del artículo 281*

El órgano judicial debe de tener la facultad, igualmente, de ponderar la situación de la víctima del despido injusto para descartar la readmisión cuando lesione de forma desproporcionada a la persona trabajadora. La limitación a los casos de víctimas de acoso o violencia de género en el trabajo es insuficiente. Es una acotación importante sobre la protección adecuada que debe garantizar el art. 24.b) de la CSER.

EN RELACIÓN CON LA OBSERVACIÓN 4.2, SOBRE LA ELIMINACION DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN EN EL DESPIDO IMPROCEDENTE.

Las observaciones no desvirtúan las alegaciones contenidas en el escrito de reclamación. Sólo precisar que, en efecto, la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, llevó a cabo una reducción sustancial de la protección por despido improcedente, en estos puntos:

- Rebajó la indemnización legal de 45 días de salario por año de servicio, a 33 días de salario por año de servicio.

- Rebajó el máximo legal del importe de la indemnización que se puede reconocer, desde las 42 mensualidades, al máximo de 24 mensualidades de salario.

- Eliminó la obligación de pagar los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la declaración judicial de despido improcedente.

Ya en ese momento había déficits graves de protección, como la posibilidad de reclamar los perjuicios efectivos si fueran superiores, o la imposibilidad de que el órgano judicial pueda imponer la readmisión si no se considera infracción de un derecho tasado que tiene ese nivel de protección. Pero con la rebaja sustancial de la indemnización legal, tanto en su base como en su máximo, y la supresión de los salarios de tramitación, lógicamente se extienden los supuestos en que tal protección ya no es adecuada, ni cumple ninguna función disuasoria.

Todo lo contrario, el sistema, en la práctica hace mucho más costoso para la empresa la readmisión que el pago de la indemnización. La readmisión supone el pago de los salarios durante el proceso y para un contrato de antigüedad reducida, puede ser de importe menor la indemnización por extinción que lo salarios por la readmisión.

Al trasladar las pérdidas financieras por la tramitación del litigio a la persona trabajadora, que se encuentra en situación de particular vulnerabilidad, dado que desde el despido hasta la sentencia no genera salario, y va consumiendo, si es que tiene, las cotizaciones a la protección por desempleo, supone que los costes de demora se han

socializado, o más bien, se han imputado a cargo de la protección social que tiene la víctima.

Esa situación de vulneración genera un desequilibrio entre las partes en el proceso.

SOBRE LAS OBSERVACIONES DEL APARTADO 4.3. RELATIVAS A LA IMPOSIBILIDAD DE RECONOCER UNA INDEMINZACIÓN ADICIONAL ANTE EL DESPIDO IMPROCEDENTE.

Reiteramos lo manifestado en nuestra reclamación, sin que las observaciones, en modo alguno, lo puedan desvirtuar. En particular, rechazamos claramente que el sistema español permita reclamar una indemnización adicional ante el despido improcedente, como no sea, precisamente, al amparo del art. 24.b) de la CSER.

Los esfuerzos por negar esa evidencia carecen de apoyatura normativa y jurisprudencial.

De hecho los precedentes que se invocan en las observaciones relativas a pronunciamientos judiciales parten de la insuficiencia del modelo de reparación ante el despido improcedente, y constatan lo que se denuncia en esta reclamación.

No obstante, no dejan de ser pronunciamientos totalmente excepcionales, elaborados a partir de la entrada en vigor de la CSER, que hacen un juicio de convencionalidad de nuestra legislación. Los mismos evidencian un incumplimiento de la CSER. Por tanto, ello no puede ser argumento para negar esa infracción, sino todo lo contrario, para constatar la falta de protección eficaz de las víctimas objeto de despido injusto.

Saludamos que la representación de la OIE considere fundadas las pretensiones de reparación adicional sobre el importe legalmente establecido, que han venido sentando, en varias ocasiones, nuestros Tribunales, precisamente ante la preocupante situación de falta de protección efectiva, y la falta de correspondencia con los estándares fijados por el Comité Europeo de Derechos Sociales al interpretar el art. 24 CSER. Precisamente, ese planteamiento constituye una base sólida para avanzar en la adecuada implementación de la Carta en nuestro país.

SOBRE LAS OBSERVACIONES DEL APARTADO 4.4 RELATIVAS A LA FALTA DE REPARACIÓN Y FUNCIÓN DISUASORIA DE LA INDEMNIZACIÓN.

Igualmente reiteramos lo manifestado en nuestra reclamación, sin que las observaciones, en modo alguno, lo puedan desvirtuar.

1. Sólo precisar que ante la ausencia de un importe mínimo disuasorio en nuestra legislación, resulta de que al depender la indemnización, exclusivamente, de la antigüedad y salario, si la antigüedad es escasa, la indemnización es irrelevante. El módulo legal de 33 días de salario por año de servicio, supone que se generan 2,75 días de salario por cada mes de antigüedad en la empresa.

Para los contratos de escasa antigüedad, el proceso por despido tiene un significado de muy escasa significación para la economía de la persona trabajadora, y sobre todo, puede ser irrelevante para la economía de la empresa. Es un aspecto insoslayable que permite asegurar la falta de protección efectiva, pues se omiten los efectos del despido sobre la situación económica y profesional de la persona, y no se asegura un importe mínimamente disuasorio para la empresa, al margen de su situación y capacidad de pago.

El único límite es el máximo de 24 mensualidades, para acotar el alcance de la responsabilidad ante una alta antigüedad.

Por ello la indemnización adecuada debe incluir un monto mínimo que ofrezca una función disuasoria frente al despido injusto, y el Comité tiene la oportunidad, en esta reclamación, de avanzar en la cuantificación de un importe que cubra esa función, sin perjuicio de que su ponderación se pueda ajustar a la situación de cada caso, en función de la gravedad del incumplimiento, su reiteración, el número de personas afectadas, la situación de vulnerabilidad que genera el acto extintivo, y la cifra de negocios de la empresa.

2. Tampoco podemos compartir las objeciones relativas a los problemas que puede causar la posibilidad de reconocer una indemnización adicional.

En nuestra reclamación, pedimos que se declare que la indemnización ha de ser accesible y efectiva, por lo que deber contener una parte objetivada, a razón del salario y la antigüedad. Lo que cuestionamos es que no se pueda ampliar cuando se constaten daños suficientemente caracterizados que sean de cuantía superior. Por ello no tiene sentido hablar, en este procedimiento, de inseguridad para la persona trabajadora, al tener que superar la prueba de los daños, dado que ello sólo afecta a los daños adicionales.

3. Sobre la compensación por los perjuicios sufridos durante la situación de abusos y fraude en la contratación temporal, las observaciones de la entidad OIE consideran que esta materia no debería denunciarse, pues forman parte del acuerdo alcanzado para limitar los abusos en la contratación temporal objeto del acuerdo social de 2021, que dio origen a la reforma normativa llevada a cabo por el RDL 32/2021.

Se trata de un planteamiento recurrente. De todas formas, existe un marco de acuerdo social en el conjunto de la Unión Europea sobre la necesidad de que los marcos nacionales dispongan de medidas contra los abusos en la contratación temporal –art. 5 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada-. El Acuerdo social de 2021 supone desarrollar este acuerdo al ámbito español, mediante una serie de medidas que reducen los supuestos de contratación temporal.

Ello no significa que queden al margen de la posibilidad de ejercitar las reclamaciones colectivas, en cumplimiento de la CSER, que puedan beneficiar, igualmente, al personal temporal objeto de abusos.

Tampoco se aprecia el interés empresarial en la restricción de medidas para limitar el fraude, o lo que ahora se plantea, para reparar adecuadamente a quienes ven extinguido su contrato por una causa ilícita e inexistente, y han sido objeto de contratación temporal fraudulenta, y tengan posibilidad de otorgar una plena reparación de los perjuicios sufridos.

Se trata de patologías que no sólo generan daño a las personas afectadas, sino que crea un desincentivo a cumplir con la regla que ordena la actividad económica en materia de contratación, de modo que otorgar ventajas competitivas a las empresas que incurren en fraude laboral no es un objetivo legítimo que se pueda perseguir en defensa del interés empresarial.

SOBRE LAS OBSERVACIONES DEL APARTADO 4.5 RELATIVAS A LA FALTA DE REPARACIÓN Y FUNCIÓN DISUASORIA DE LA INDEMNIZACIÓN.

Igualmente reiteramos nuestras alegaciones contenidas en el escrito de reclamación. La única objeción que formula la representación de la OIE es que el Comité no debería de entrar a valorar las prácticas de abuso en la contratación, y las extinciones por parte de las Administraciones Públicas.

Además de no aportar ningún argumento que justifique la exclusión del Estado y por ende, de las Administraciones Públicas, de respetar la Carta, en relación con el personal a su servicio. En todo caso, el Anexo de la Carta, en relación con el art. 24, detalla las posibilidades de los Estados de excluir a determinados colectivos de su protección y esa facultad, ni se ha ejercitado, ni la contempla el precepto.

Y por todo lo expuesto,

Esta parte reitera las peticiones de vulneración de la Carta Social contenidas en su escrito de solicitud de la reclamación, sin que las observaciones formuladas por la OIE desvirtúen la constatación del incumplimiento de que se denuncia de la Carta Social Europea revisada.

En Madrid, a 31 de octubre de 2023

Unai Sordo Calvo
Secretario General de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras