



European
Social
Charter

Charte
sociale
européenne



**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX**

22 January 2024

Case Document No. 9

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

RESPONSE FROM CCOO TO THE GOVERNMENT'S SUBMISSIONS ON THE MERITS

Registered at the Secretariat on 9 January 2024



confederación sindical de comisiones obreras

| www.ccoo.es

Secretaría General

Fernández de la Hoz, 12. 28010 Madrid. Tel.: 917028011 / 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: unaisordo@ccoo.es ; sgeneral@ccoo.es**

AL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

**ALEGACIONES DE LA C.S. DE CCOO A LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR EL
GOBIERNO DE ESPAÑA SOBRE EL FONDO de la Reclamación colectiva 218/2022 de
CCOO (España) por violación, por parte del Estado español, del artículo 24 de la Carta
Social Europea Revisada**

El Gobierno de España ha procedido, mediante escrito registrado el pasado 30 de octubre de 2023, a formular observaciones sobre el fondo en la Reclamación Colectiva nº 218/2022 que ha sido promovida por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras para denunciar el incumplimiento por parte del Estado español del artículo 24 de la Carta Social Europea revisada en relación con la protección ofrecida a las personas trabajadoras con ocasión del despido improcedente.

Dentro del plazo conferido por el Departamento del Comité, en nombre de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, venimos a oponernos a dichas observaciones sobre el fondo; a cuyo efecto realizamos las siguientes,

ALEGACIONES

PREVIA

1. La CS de CCOO quiere expresar su absoluta disconformidad con el contenido del escrito presentado por el Gobierno de España, coincidente en gran parte de sus planteamientos con las observaciones formuladas por la Organización Internacional de Empleadores que fue igualmente contestada por CCOO.
2. Mediante este escrito, CCOO se ratifica en las alegaciones y fundamentos contenidos en los escritos de denuncia, contestación sobre la admisibilidad y contestación a las alegaciones de la OIE presentadas en el presente procedimiento y que en aras de la brevedad y para evitar reiteraciones innecesarias se dan aquí por reproducidos.

En el presente escrito se dará contestación a las observaciones del Gobierno en el orden de éstas de forma correlativa.

I

EN RELACIÓN CON EL APARTADO I, CONSIDERACIONES PREVIAS

3. Respecto de la existencia de una previa reclamación que se tramita con el número 207/2022, esta parte entiende que dicha circunstancia no debe afectar al presente

procedimiento. Aunque ambas reclamaciones compartan una misma denuncia, la de la infracción del artículo 24 de la CSER, se basan en fundamentos distintos y plantean cuestiones diferenciadas con diverso alcance. Es esta la razón por la que el Comité acordó no acumularlas en su Decisión sobre la admisibilidad de 4 de julio de 2023. No cabe, por tanto, en nuestra opinión, establecer una suerte de “prejudicialidad”, como plantea el Gobierno, que permita examinar la reclamación de CCOO de manera fragmentada y que impida la valoración y análisis del conjunto coherente de argumentos allí desarrollados.

4. Respecto de la terminología empleada en la reclamación. La representación del Gobierno, al igual que en su día hizo la OIE, reprocha a nuestra reclamación el uso de una terminología “heterogénea” a la hora de explicar el marco normativo español y su falta de adecuación a los niveles de protección garantizados por el artículo 24 CSER. Como quiera que se expresan sus dudas sobre el objeto de nuestra reclamación en relación con la protección ante el denominado “despido injusto” y su correspondencia con el término de despido improcedente que usa el ordenamiento español, procedemos a insistir en cuestiones que a nuestro entender quedaron ya suficientemente desarrolladas en el escrito por el que se inició el procedimiento y en el de la contestación a las alegaciones de la OIE, enlazando al mismo tiempo con la oposición a los contenidos de la segunda observación efectuada por el Gobierno, completando la descripción que se hace de la normativa interna y precisando algunas omisiones o imprecisiones que contiene.

II

EN RELACIÓN CON EL APARTADO II. LA DESCRIPCIÓN DE LA NORMATIVA NACIONAL RELEVANTE

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DESPIDO IMPROCEDENTE Y LA DIFERENCIACIÓN CON EL DESPIDO NULO.

Sobre el concepto legal de despido improcedente.

5. La Carta Social en su art. 24 regula la protección ante el despido injusto, el que carece de “razón válida” para la extinción contractual, y el modelo que se cuestiona por CCOO en su reclamación es el que ofrece la legislación y la práctica nacional española en relación con el despido que el marco interno califica como DESPIDO IMPROCEDENTE y que incluye en su seno un amplísimo elenco de supuestos.

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 (despidos individuales y colectivos) 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 y 124.11 de la ley de la Jurisdicción social-.

Sobre la extensión judicial del despido improcedente a otros supuestos de despido injusto distintos a los contemplados legalmente.

6. Con la única excepción de que se trate de un despido nulo, calificación reservada a un número muy limitado de supuestos y que luego se abordará, 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 en el sentido de que no está amparado por el derecho, aquél que carece de “razón válida” en nuestro ordenamiento.

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 (despido fraudulento STS 29 noviembre 2022).
- 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.
- Extinción basada en la presunta terminación de un contrato temporal celebrado en fraude de ley a pesar de que a la persona trabajadora le corresponde el reconocimiento de fijo en plantilla y en contra de su derecho a la estabilidad en el empleo (STS 10 julio 1996 (rcud. 4027/1992)).

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 tipo a cargo del empresario. La persona tendrá exclusivamente acceso a prestaciones por desempleo, si es que la persona tiene cotizaciones o requisitos para ello.

7. **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.

8. 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.

Sobre la protección ante el despido improcedente.

9. En este marco legal, ante un despido improcedente, el órgano judicial no 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-.

Si la empresa no acepta la readmisión, la indemnización que puede conceder el órgano judicial no comprende los salarios dejados de percibir desde el cese y 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.

10. 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, en este caso, 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 salarios de tramitación, aunque la indemnización se calcula igualmente con las mismas bases objetivas. Aquí, 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.

Sobre el concepto legal de despido nulo.

11. 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 período 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.

Sobre la protección ante el despido nulo

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

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.

13. En esta reclamación no se ha denunciado que la protección que se otorga en la legislación y práctica nacional a 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.

14. 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 con el alcance que dicho precepto tiene de conformidad con la doctrina del 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 comentarios adicionales que, sobre los anteriores extremos, se contienen en el escrito del Gobierno

15. De lo anterior se deduce que la calificación de despido nulo está reservada en nuestro ordenamiento a un pequeño grupo de supuestos perfectamente identificados que no se confunden con los que engloban la calificación de DESPIDO IMPROCEDENTE.

Por mucho que, efectivamente, la regulación (en sintonía con las directivas europeas) haya ampliado la protección de nulidad a determinados supuestos en los que está afectado el derecho de igualdad y no discriminación, la declaración de nulidad sigue refiriéndose a casos muy tasados que en modo alguno se interpretan extensivamente y que están muy limitados.

Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que la declaración de nulidad solo cabe cuando así ha sido expresamente predeterminada por la ley.

16. Contrariamente a lo que sostiene el Gobierno, en nuestro ordenamiento se han ido restringiendo las causas de nulidad; por ejemplo (STS 29 de noviembre de 2022): cuando ha mediado cesión ilegal de trabajadores entre empresas, a pesar de que el ordenamiento garantiza el derecho de incorporación a la plantilla del empresario real éste puede optar por indemnizar al tratarse de una extinción improcedente; cuando se ha despedido en función de hechos ya prescritos; cuando la empresa invoca la invalidez total como causa de extinción pese a que el convenio colectivo la descarta; cuando la empresa invoca la conclusión del término para extinguir un contrato temporal que adquirió firmeza por celebrarse en fraude de ley; cuando existe falta absoluta de prueba por el empresario de la causa alegada en la carta de despido; cuando el empleador reconoce de inmediato que ha procedido al despido (invocando un motivo genérico) sin causa justificada; 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; o, entre otros, 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"- tampoco justifica la calificación de nulidad. Como tampoco en los casos de despidos infringiendo el derecho de las personas trabajadoras a mantener su empleo en los supuestos de traspaso de empresas, centros de trabajo o unidades productivas. En todos estos casos, entre otros muchos, solo cabe la declaración de improcedencia del despido.

17. En el caso de España, los supuestos de nulidad no pueden interpretarse ni se interpretan extensivamente como sostiene el escrito del Gobierno.

Para sostener esta “tesis”, las observaciones incluyen afirmaciones carentes de rigor, como cuando afirman la “tendencia” de los Tribunales, sin cita alguna, a extender la protección del despido nulo. El ejemplo que se escoge sobre “la garantía de indemnidad” resulta totalmente inadecuado, pues se refiere sin mencionarla a la STS de 15 de noviembre de 2022 en la que la Sala insiste en varias ocasiones sobre lo extraordinario del supuesto examinado y en que su resolución no supone un cambio doctrinal. En esta sentencia puede literalmente leerse algo muy distinto a lo que se afirma en el documento

que contestamos: **“Como regla general, las reclamaciones internas en el seno de la empresa no activan la garantía de indemnidad.”**

18. En palabras del propio Tribunal Supremo (STS 29 de noviembre de 2022) **nuestra legislación “enuncia de manera cerrada los casos en que el despido ha de ser calificado como nulo”** y solo esta declaración es la que permite imponer la readmisión con abono de los salarios de tramitación y una indemnización adicional en los términos ya expuestos.

Y más recientemente, la STS de 24 de enero de 2023 señala que *“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.

19. La distinción entre los diversos grados de protección que nuestro ordenamiento dispensa a los despidos improcedentes y a los despidos nulos tampoco puede confundirse. En los primeros se pierde el empleo sin una compensación o reparación adecuada y en los segundos, en principio, se recupera el empleo.

En nuestro escrito de reclamación queda descrito cómo la opción que tiene la empleadora de readmitir en caso de declaración de improcedencia del despido no se ejerce en la práctica por ser más económico y atractivo para la empresa abonar una indemnización mínima, amortizable en términos financieros en poco tiempo, que readmitir abonando unos salarios de tramitación que con frecuencia resultan más abultados que la propia indemnización.

20. El escrito del Gobierno, para defender la correspondencia de nuestra legislación con la Carta, pretende trasladar la impresión de que la mayor parte de los supuestos de despido contrarios a derecho estarían protegidos como despidos nulos; sin embargo, esto no es así. El despido calificado como IMPROCEDENTE no es un reducto en nuestra realidad laboral; por el contrario, es la calificación que incluye a la mayor parte de las decisiones extintivas empresariales contrarias a derecho. Ya hemos visto que la calificación de nulidad está muy reservada y que todo lo que no es nulo pero no supone causa válida para despedir es calificado como improcedente.

Acaban de exponerse más arriba los supuestos que se encuadran en la calificación de improcedencia y que, entre otros, comprende nada menos que la decisión unilateral del empleador sin necesidad de que éste alegue causa alguna. Es decir, en nuestro ordenamiento, la empresa puede libremente despedir a la persona trabajadora con la consecuencia de que, si ésta recurre, no recuperará el empleo, pero podrá acceder a una indemnización que no garantiza el resarcimiento del daño ni disuade a las empresas de este tipo de prácticas.

21. Por tanto, no se ajusta a la realidad de nuestro ordenamiento la equiparación que en las observaciones que contestamos se pretende hacer entre despido improcedente y despido de “meras irregularidades formales” o despidos en los que no se “aprecia la existencia de una conducta especialmente reprobable por parte del empleador”. No puede asumirse que no sean especialmente reprobables, por ejemplo, los despidos fraudulentos, los despidos sin cumplir las garantías (no meras formalidades) establecidas para evitar la indefensión de los interesados o los despidos sin causa (como tampoco los demás que se incluyen en la calificación de improcedencia) cuando del propio tenor del art. 24 CSER se comprende que se incluyen sin duda en su ámbito de protección.

22. Respecto del ámbito de protección del despido improcedente y la benevolente descripción que de la reforma de la legislación laboral del año 2012 se hace por la contraparte, conviene recordar todos los límites que afectan a la cuantía indemnizatoria en la regulación actual. Aquella reforma, por lo que respecta a este extremo, no se limitó a eliminar los salarios de tramitación y a reducir de 45 a 33 el módulo de días de salario por año de trabajo, también redujo el límite de 42 mensualidades a 24 mensualidades.

Solo de forma transitoria, para los contratos formalizados con anterioridad a febrero de 2012, la indemnización se calcula conforme a la legislación anterior hasta dicha fecha y para el período posterior conforme a la regla de los 33 días. Pero la suma de los dos tramos no puede superar los 720 días de salario.

23. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español sobre la reforma de 2012 no han abordado ni la Carta Social Europea revisada (aún no ratificada por España en ese momento) ni la doctrina del CEDS sobre su artículo 24.
24. El escrito de la Administración viene a sostener que en nuestro ordenamiento no está vetada la posibilidad de reclamar una indemnización superior a la establecida en la ley en caso de despido improcedente con fundamento en el artículo 10 de Convenio 158 OIT, cuestión sobre la que se volverá más adelante. Al mismo tiempo alega, para defender que la legislación interna se acomoda a los estándares de dicho Convenio, las conclusiones alcanzadas por el Comité encargado de examinar la reclamación de CCOO y UGT, de 10 de mayo de 2012, por el incumplimiento de España del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (num.158). Consejo de administración. 321ª reunión, Ginebra, 3 de junio de 2014.

Sobra decir que la suerte de la reclamación colectiva que nos ocupa no puede quedar vinculada por dicho Informe por muchas razones. Sin menospreciar la relación que existe entre ambos niveles internacionales resulta que estamos ante tratados internacionales distintos, también de órganos de control de los mismos diversos sobre los que no existe vinculación jerárquica y de reclamaciones con fundamentos y argumentaciones diferentes.

No obstante, resulta interesante recordar aquí también el contexto en el que se produce dicho Informe. En junio de 2013, en la Conferencia Internacional de Trabajo, se había puesto de manifiesto que “desde que comenzara la recesión económica en 2008, y ante los obstáculos para superar la crisis de la deuda en la zona euro, se constatan serios desafíos para la aplicación de algunos convenios”. A pesar de esa particular disposición manifestada por la Conferencia a la hora de afrontar las denuncias por incumplimiento de los convenios durante la crisis, el Comité encargado de examinar la reclamación de CCOO y UGT concluyó que no quedaba comprobado “el vínculo directo entre la facilitación de los despidos y la creación de empleo” argumento motor de todas las

reformas que profundizan en los desequilibrios de las relaciones laborales y que respecto “de todos los puntos” denunciados por las organizaciones sindicales “se anima(ba) al Gobierno a recuperar el Diálogo Social y a remitir informaciones para continuar el seguimiento y evaluación de resultados para evitar abusos”.

25. A pesar de lo anterior, el diálogo en esta materia no pudo recuperarse nunca y no puede decirse, como de forma ligera se hace por la contraparte, que las organizaciones sindicales hayan mostrado su conformidad con la situación actual. La Huelga general de marzo de 2012 y las movilizaciones y acciones a todos los niveles que la sucedieron, incluida la presente reclamación, describen otra realidad.

En relación con la pretensión de que se evalúen otras medidas y derechos de protección del trabajador para valorar el sistema de resarcimiento por despido improcedente

26. La reforma laboral de 2021 comprende una serie de medidas de gran calado que están repercutiendo muy favorablemente en el empleo y en su estabilidad y han permitido recuperar gran parte de los derechos colectivos afectados por las reformas de 2010 y 2012. Sin duda es una reforma que está cosechando muchos éxitos y de la que esta organización se siente protagonista y satisfecha.

Pero esta reforma no abordó la cuestión de la protección ante el despido improcedente ni directa ni indirectamente.

Los indudables avances en la regulación de la contratación temporal a favor de la estabilidad en el empleo no pueden ser esgrimidos como un factor que compense las insuficiencias de nuestro ordenamiento en la protección de otros derechos.

Por el contrario, la posibilidad de establecer la readmisión y/o unas indemnizaciones satisfactorias del daño causado y disuasorias de decisiones contrarias a derecho operarían como garantía de la eficacia de la reforma laboral en materia de contratación temporal. Ya hemos explicado en varias ocasiones durante el procedimiento que el uso de la contratación temporal de forma fraudulenta para poder extinguir el contrato

amparándose indebidamente en una causa de temporalidad inexistente solo da lugar, si la persona recurre, a la indemnización de 33 días sin salarios de tramitación, lo que en relaciones laborales de corta duración implican un coste irrisorio para la empleadora. El establecimiento de un régimen distinto en el que se regularan garantías acordes a los estándares establecidos por los criterios del CEDS no solo conformarían un régimen de acuerdo al art. 24 de la CSER sino que disuadirían de la utilización irregular y fraudulenta de la contratación temporal y contribuirían a la eficacia de la reforma laboral de 2021.

Finalmente, no hay que olvidar que las personas contratadas indefinidamente en virtud de la nueva regulación no quedan más protegidas frente al despido ahora que antes por lo que no se comparte que pueda esgrimirse esta reforma para cuestionar nuestra reclamación.

- 27.** Lo mismo cabe decir por lo que respecta a las medidas que la reforma laboral de 2021 establece para incentivar las decisiones de regulación temporal de empleo mediante las suspensiones de contrato frente a los despidos en situaciones de crisis empresarial.

El Tribunal Supremo ha considerado reiteradamente que la empresa, a pesar de concurrir causas de suspensión del contrato puede decidir llevar a cabo el despido en contra de la previsión legal y 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); y ello es así, aun cuando la empresa se haya beneficiado de las ayudas públicas e incentivos previstos para fomentar el mantenimiento del empleo.

De ahí que discrepemos nuevamente del argumento de la administración y consideremos que las medidas a favor del mantenimiento del empleo de la reforma de 2021 no pueden ser esgrimidas como un factor que compense las insuficiencias de nuestro ordenamiento en la protección del despido improcedente. Por el contrario, una protección adecuada y disuasoria, en los términos establecidos por la doctrina del CEDS, frente a decisiones contrarias a derecho, operaría como garantía de la eficacia de la reforma laboral en materia de estabilidad en el empleo.

28. Los incentivos al empleo a los que alude el escrito del Gobierno se corresponden con la regulación periódica de las políticas activas de empleo desde hace décadas y que, lamentablemente, tampoco han evitado los despidos contrarios a derecho.

Pensados para incentivar las contrataciones y no para frenar las extinciones ilícitas nunca han sido un factor de disuasión del despido.

Como se ha dejado dicho arriba, esos despidos, aunque la empresa se hubiera beneficiado de los beneficios públicos establecidos, solo merecen la calificación de despido improcedente con un coste fácilmente amortizable para la empresa.

29. Las mejoras sustanciales en el Salario Mínimo, impulsadas y reclamadas desde hace muchos años por CCOO y exigidas por el art. 4 de la CSER son sin duda un avance muy importante en la protección de las personas trabajadoras y de sus familias. Pero se trata de derechos laborales distintos. Las mejoras para conseguir el cumplimiento del art. 4 de la Carta en relación con el derecho a una remuneración equitativa no exime del cumplimiento del artículo 24.

30. Lo mismo cabe decir respecto a la protección por desempleo.

La protección por desempleo es un derecho distinto al de protección frente al despido injusto.

En España la protección por desempleo se dispensa independientemente de la calificación del despido por lo que acceden al mismo no solo las personas afectadas por un despido contrario a derecho sino también las que están afectadas por un despido declarado procedente o por la finalización lícita de un contrato temporal (siempre y cuando unos y otros reúnan los requisitos, por lo que personas afectadas por despidos injustos pueden quedarse fuera del acceso a prestaciones).

La Constitución Española protege ambos derechos sin hacerlos depender entre sí en sus artículos 35, derecho al trabajo, y en su artículo 41, que establece la obligación de los poderes públicos de mantener “*un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo*”. Esta protección incluye

las prestaciones económicas y las acciones para mejorar la ocupabilidad de los desempleados.

En la propia Carta Social Europea nos encontramos con la misma distinción. El artículo 24 protege frente a despido sin causa válida y el artículo 12 establece la obligación de los Estados de garantizar el derecho a la Seguridad Social que incluye la protección por desempleo puesto que así lo hace el Código Europeo de la Seguridad Social al que se remite. En materia de protección por desempleo también resulta de aplicación el art. 1 de la CSER en relación con los servicios de empleo y los de orientación, formación y readaptación profesionales.

Se trata de derechos distintos que cumplen funciones distintas sobre los que evidentemente no cabe, como pretende en su escrito el representante de la Administración, aplicar una operación de compensación o absorción de unos respecto de los otros; porque no se prevé así y porque el resultado sería privar de eficacia a gran parte de los contenidos de la Carta.

El resarcimiento o la restauración en los casos de despidos contrarios a derecho le corresponde a la empresa, independientemente de la red de protección que frente a la contingencia de desempleo haya construido la sociedad.

Respecto a la situación actual del campo de protección por desempleo en España se abundará más adelante.

III

EN RELACIÓN CON EL APARTADO III. FONDO DEL ASUNTO

En cuanto a las alegaciones contenidas en el apartado titulado “sobre el carácter limitado del ámbito de la queja”

- 31.** Esta parte discrepa otra vez de las alegaciones del Gobierno. El alcance de la reclamación está perfectamente delimitado y fundamentado en el escrito que dio lugar al inicio de este procedimiento al que nos remitimos y comprende en su totalidad la categoría denominada “despido improcedente”.

- 32.** Insiste nuevamente la representación del Gobierno en asegurar que la queja que formula CCOO realmente se refiere a un grupo pequeño de supuestos que además comprenden conductas empresariales que no resultan especialmente graves porque *“gran parte de los casos en que se dan las circunstancias de especial gravedad en la conducta del empresario van a incluirse en el sistema español en la categoría de despido nulo, en cuyo caso ningún reproche parece merecer el sistema español de protección al trabajador en caso de despido”*. Para ello, vuelve a reiterar alegaciones efectuadas en su escrito para afirmar, otra vez sin fundamento, que en España existe una tendencia (legislativa y jurisprudencial) a ampliar los casos que merecen la calificación de nulidad, como es el caso de los despidos en los que está afectado el derecho de igualdad y que se ha ampliado “por ejemplo” la doctrina judicial en relación con la garantía de indemnidad. Es decir, se concluye de contrario que, si la mayor parte de los despidos sin causa válida son nulos, las personas trabajadoras en España están suficientemente protegidas.
- 33.** En las páginas precedentes, particularmente epígrafes 5 a 22, esta parte ha contestado ya de forma extensa a estas alegaciones que, en nuestra opinión, carecen absolutamente de fundamento por lo que no consideramos necesario insistir reiterando argumentos.
- 34.** Sí nos vamos a detener en la cita que el escrito del Gobierno hace del Anexo I de la CSER. Se afirma en el epígrafe 85 que *“las causas que el Anexo I de la CSER considera que no constituyen “motivos válidos” para el despido, y que por tanto han de merecer la protección del artículo 24 letra b) de la Carta, son en el supuesto español supuestos de “despido nulo”*.

Vuelve aquí la representación del Estado a hacer suyos los argumentos de la OIE.

Se pretende dar a entender que la protección del art. 24 sólo opera cuando el despido se basa en alguna de las causas que enumera el Anexo I. Sin embargo, en nuestra opinión, resulta obvio que esto no es así.

El propio texto del “Explanatory Report” de la Carta señala que se trata de un listado no exhaustivo.

La interpretación propuesta por la contraparte 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, la 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 suponga interpretar 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 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 cuanto a las alegaciones contenidas en el apartado titulado “sobre las ventajas que ofrece un sistema de indemnización tasada como el español”

35. Este apartado está repleto de afirmaciones infundadas ajenas a cualquier consideración fáctica o jurídica relevante para evaluar la legislación española y su conformidad con el art. 24 de la CSER.

Además, parece olvidarse que la CSER, texto en el que se incluye la protección frente al despido, no fue ratificada por España hasta el año 2021, La CSER se publicó en el BOE el 21 de junio y entró en vigor el 1 de julio siguiente, de manera que difícilmente puede afirmarse que las organizaciones sindicales hayan renunciado durante 40 años al sistema de protección que ahora se reclama.

36. Todas las razones esgrimidas para defender el actual sistema español se realizan desde una posición de defensa de las posiciones empresariales. Se argumenta que “una mayor previsibilidad sobre los costes del despido puede tener un efecto positivo en las decisiones de contratación de los empresarios”.

Esta argumentación se sustenta en la consideración del despido como un mero mecanismo de ajuste de plantilla empresarial y más arriba hemos citado cómo el Comité

de la OIT encargado de examinar la reclamación de CCOO y UGT sobre la reforma laboral de 2012 señaló que “no quedaba comprobado el vínculo directo entre la facilitación de los despidos y la creación de empleo”.

Se contradice además con la que del artículo 24.b) de la CSE ha realizado el propio COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, por ejemplo, en su Decisión de 23 de Marzo del año 2022, en la que se destaca que “contrariamente a lo que afirma el Gobierno –a saber, que el sistema que establece los topes de indemnización tenía como objetivo brindar mayor seguridad jurídica a las partes y, por ende, mayor previsibilidad de los costos incurridos por un procedimiento judicial–, la <<previsibilidad>> resultante de la escala podría constituir más bien un incentivo para que el empleador despidiera abusivamente a los trabajadores. De hecho, los techos de compensación así definidos podrían llevar a los empleadores a hacer una estimación realista de la carga financiera que representaría para ellos un despido injustificado sobre la base de un análisis de costo-beneficio. En algunas situaciones, esto podría alentar despidos ilegales”.

Los argumentos del Gobierno omiten el hecho de que estamos examinando la protección de las personas trabajadoras frente a decisiones de las empresas contrarias a derecho, situaciones que está en manos de éstas evitar. Se omite igualmente que, en todo caso, la parte empresarial tiene la opción de optar por la readmisión de la persona trabajadora en caso de declaración de improcedencia del despido, readmisión que el propio Gobierno reconoce en su escrito como un medio de reparación suficiente y adecuado para los despidos nulos, y que añadiría ese elemento de “previsibilidad” demandado.

También se omite que el ordenamiento laboral español ya tiene previsto un sistema de indemnización calculado conforme a los daños y perjuicios ocasionados que no puede calificarse de imprevisible sino como sistema de justa reparación y restauración en los supuestos de despidos adoptados con vulneración de Derechos Fundamentales previsto por el artículo 183.2 LJS y que ya hemos descrito en varias ocasiones sin que quepa legítimamente relacionar esta protección con las decisiones de contratación.

- 37.** En este apartado, como en el conjunto del escrito, el Gobierno se centra en defender lo que considera “virtudes” del sistema español pero no fundamenta la concordancia de dicho sistema con las garantías de protección que otorga el art. 24 CESER de

conformidad con la doctrina del CEDS por lo que, en nuestra opinión, no desvirtúa los fundamentos de la reclamación presentada por esta parte.

En cuanto a las alegaciones contenidas en el apartado titulado “sobre el conjunto de medidas adoptadas para luchar contra la precariedad en el mercado de trabajo.

38. En las páginas precedentes, particularmente epígrafes 25 a 30, esta parte ha contestado ya de forma extensa a estas alegaciones que, en nuestra opinión, carecen absolutamente de fundamento por lo que no consideramos necesario insistir reiterando argumentos.

En cuanto a las alegaciones contenidas en el apartado titulado “sobre el conjunto de prestaciones y actuaciones que integran la denominada “acción protectora frente al desempleo”, que muestra una intensa intervención estatal para la protección de las personas que han perdido su empleo, en tanto no encuentren un nuevo empleo”

39. Sin perjuicio de entender que estas alegaciones han sido ya contestadas en el epígrafe 30 vamos a hacer una breve referencia al alcance real de la protección por desempleo en relación con el coste de la vida.

40. Respecto de la cuantía y cobertura de las prestaciones de las personas en paro en España hay que tener en cuenta que solo el 30% están cubiertas por una prestación contributiva (983€/mes) y el 37% por una prestación asistencial (480€/mes), alcanzando el 33% las que no tienen ningún tipo de fuente de ingreso.

A cierre de año, en diciembre de 2023, según datos del Servicio Público de Empleo Estatal había **2.707.456 personas en paro registrado**. Según esta misma fuente, el número de Demandantes de empleo no ocupados (DENOS) era de 2.896.492.

El último dato de 2023 publicado con relación a la percepción de subsidio evidencia que hay 834 mil perceptores de prestación contributiva y 990 mil perceptores de una prestación no contributiva. Esto implica que la tasa de cobertura de beneficiarios con prestación por desempleo sobre el total de personas en paro fue del 67%.

A pesar de que la tasa de cobertura haya ido en aumento en los últimos años, **entre el 33% (884 mil personas) y 37% (1,1 millón de personas) del total de personas desempleadas no tienen acceso a ningún tipo de prestación**, ya sea contributiva o asistencial.

Igualmente, la cuantía percibida difiere ampliamente si la prestación es contributiva o asistencial. Mientras que para **la prestación contributiva la cuantía media mensual percibida por beneficiario es de 983€ al mes**, **la cuantía media mensual para la prestación no contributiva** (Subsidio al desempleo, Renta Activa de Inserción, Subsidio y Renta Agraria) **es la mitad: 480€** (correspondiente al 80% del IPREM).

41. El 70% de las personas en paro, 1,87 millones de personas, se encuentran en riesgo de pobreza y exclusión social.

Según el Instituto Nacional de Estadística, el umbral de riesgo de pobreza se sitúa en torno a los 10 mil euros anuales (840€/mes) en 2022 para los hogares de una persona, y en 21 mil euros anuales (880€/mes) para los hogares de dos adultos y dos personas.

En comparación, la prestación contributiva se situaría levemente por encima del umbral de la pobreza: entre un 4% y un 9% en función del tipo de hogar. Por su lado, la prestación asistencial, se encuentra manifiestamente por debajo del umbral: entre -45% y -48% en función del tipo de hogar.

Esto supone que **800 mil personas en paro** (33% de las personas en paro) **apenas superan el umbral de la pobreza** y que **1,87 millones de personas** (el 70% de las personas con prestación asistencial o sin ningún tipo de prestación) **se encuentran muy por debajo del umbral** de la pobreza.

42. Por otro lado, las prestaciones por desempleo han perdido poder adquisitivo en el contexto inflacionario entre 2021 y 2023, especialmente la prestación no contributiva.

La desigual recuperación económica tras la pandemia y la invasión de Rusia a Ucrania (con un impacto notable en mercado energéticos) ha llevado a fuertes tensiones inflacionarias en Europa y en España.

Entre 2021 y 2023, el Índice de Precios al Consumo se incrementó en un 12,1%. Destaca especialmente la evolución de los precios de la cesta alimentaria, con una inflación acumulada en dicho periodo del 24,4%.

Si comparamos la evolución de la prestación contributiva entre 2021 y 2023, ésta se revalorizó un 11,2% (cuantía que depende en gran medida de la evolución de los salarios) y la prestación asistencial un 6,2% (dependiente de la cuantía del IPREM que se ha incrementado en mucha menor medida). Por tanto, **la prestación contributiva ha perdido un 0,9% de capacidad adquisitiva y la prestación asistencial un 5,9%.**

43. La pérdida de poder adquisitivo se hace especialmente notable al comparar la evolución de la prestación con respecto a la evolución de la cesta alimentaria. Cabe recordar que las personas y hogares de menores ingresos la propensión al consumo de bienes básicos es elevado. **Comparando la evolución de la cesta de la compra, la prestación contributiva habría perdido entre 2021 y 2023 un 13,2% de su capacidad adquisitiva, y la prestación asistencial un 18,2%.**

44. En el epígrafe 30 ya habíamos señalado las razones por las que el resarcimiento o la restauración en los casos de despidos contrarios a derecho le corresponde a la empresa, independientemente de la red de protección que frente a la contingencia de desempleo haya construido la sociedad.

No obstante, hemos considerado oportuno ofrecer los datos anteriores para evidenciar, desde otro punto de vista, la inconsistencia de la tesis del documento del Gobierno cuando afirma que la intensidad de la protección por desempleo puede servir para justificar que en nuestro ordenamiento no se cumpla con las garantías establecidas por el art. 24 de la CSER.

En cuanto a las alegaciones contenidas en el apartado titulado “sobre la función disuasoria de la indemnización por despido y otras medidas disuasorias del despido existentes en el ordenamiento español”

45. Se reproducen aquí argumentos a los que ya nos hemos opuesto de forma razonada en los epígrafes anteriores. Tampoco aquí se contienen alegaciones que desvirtúen la fundamentación de nuestra reclamación, a la que nos remitimos.

Respecto de la imposibilidad de solicitar ante los tribunales españoles indemnizaciones adicionales en los supuestos de despidos improcedentes

46. Reiteramos lo manifestado en nuestra reclamación. En particular, rechazamos claramente que en el sistema español se esté permitiendo reclamar una indemnización adicional ante el despido improcedente.

Los esfuerzos por negar esa evidencia carecen de apoyo normativo y jurisprudencial.

El hecho de que algunos Juzgados y Tribunales superiores de Justicia hayan entendido que la indemnización resultante de la aplicación del artículo 56 del ET no resulte conforme con el mandato derivado del artículo 24.b) de la CSE, tampoco constituye criterio suficiente para desestimar la demanda colectiva presentada por CC.OO.

Las Sentencias que el Gobierno reseña (apartado 129 -páginas 49 y 50-) hoy como resoluciones judiciales que han aplicado dicho criterio corresponden únicamente a un total de 5 Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia del total de 19 Salas de lo Social que Tribunales Superiores de Justicia que integran la Administración de Justicia y ni siquiera esos tribunales mantienen una doctrina estable sino que se trata tan solo de un pequeño puñado de sentencias referidas a supuestos muy concretos y excepcionales. El Gobierno omite deliberadamente consignar el total de Salas de lo Social que, sin embargo, siguen interpretando que el artículo 56 del Estatuto de los trabajadores sí resulta conforme con el artículo 24.b) de la CSE.

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, insistimos en que no dejan de ser pronunciamientos totalmente excepcionales, elaborados a partir de la entrada en vigor de la CSER que vienen a evidenciar precisamente el incumplimiento de la CSER.

Se trata, además, de sentencias no avaladas por el Tribunal Supremo. En nuestra reclamación se hace una descripción de la constante doctrina del Tribunal Supremo por la que, de forma reiterada, se avala el sistema del ET como un sistema resarcitorio específico en el que no cabe que el juzgado evalúe los daños y perjuicios causados por el despido improcedente. 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.

Por otro lado, el TS tampoco se ha mostrado receptivo a la hora de aplicar en sus resoluciones la doctrina que el CEDS, como máximo intérprete de la CSER, ha dictado en relación con el alcance que hay que dar a sus preceptos y, particularmente, en relación con el artículo 24 que nos ocupa. Sin la recepción de esta doctrina, difícilmente pueden quedar garantizados judicialmente los niveles de protección garantizados por dicho precepto.

En este sentido, el Tribunal Supremo español (Auto de 4 de noviembre de 2015, recud 926/2015) ha negado que la doctrina del CEDS sea apta para poder ser alegada en contradicción a los efectos del recurso de casación. Es decir, no se admite como jurisprudencia.

Saludamos que la representación del Gobierno considere fundadas las pretensiones de reparación adicional sobre el importe legalmente establecido que han venido ocasionalmente reconociendo algunos de nuestros Tribunales, ante la preocupante situación de falta de protección efectiva y la ausencia 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 la contestación en relación con la falta de atribución al órgano judicial que conoce el despido de la potestad de imponer la readmisión al trabajador.

47. Sin perjuicio de remitirnos a los criterios aplicativos que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha dictado sobre el alcance del art. 24 CSER y que se recogen en nuestra

reclamación colectiva, nos parece oportuno citar aquí el caso de la Reclamación colectiva nº 106/2014 incoada por la Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales contra Finlandia.

El CEDS resolvió en su Decisión de fondo de 8 de septiembre de 2016 que esta regulación era incompatible con los requisitos del art. 24 de la CSER señalando lo siguiente:

55. En cuanto al segundo alegato, a saber, que los jueces no tienen la posibilidad de ordenar el reintegro, si bien el artículo 24 de la Carta no se refiere expresamente al reintegro, sí se refiere a una indemnización u otro remedio adecuado. El Comité considera que otra reparación adecuada debería incluir la restitución como uno de los recursos disponibles para los tribunales nacionales (véanse las Conclusiones de 2003, Bulgaria). La posibilidad de otorgar este medio de compensación reconoce la importancia de colocar al trabajador en una situación laboral no menos favorable que la que disfrutaba anteriormente. Corresponde a los tribunales nacionales decidir si la reinstalación es apropiada en el caso particular. El Comité recuerda que siempre ha considerado que el reintegro debe proporcionarse como medio de reparación en virtud de muchas otras disposiciones de la Carta según la interpretación del Comité, por ejemplo, en virtud del Artículo 8.2 o el artículo 27.3.

*56. El Comité recuerda que, en sus Conclusiones de 2012, consideró que la situación no estaba en conformidad con el artículo 24 de la Carta debido a **que la legislación no preveía la posibilidad de reincorporación en caso de despido improcedente**. La situación no ha cambiado en este sentido (Conclusiones 2012, Finlandia). (También Conclusiones 2003, Bulgaria y Decisiones de Fondo de 23.03.2022 Reclamaciones 160 y 171/2018 y 158/2917, Francia).*

En la legislación Finlandesa, en ese momento, el despido improcedente no podía ser resarcido más que con una indemnización con un límite de 24 meses de salario

48. Lo que hemos querido poner en evidencia es, en relación con la protección consistente en la posibilidad de readmisión, 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.

Ya se ha explicado con anterioridad, en el presente escrito y los demás formulados por esta parte en el procedimiento, que en contra de lo que ha intentado defender la contraparte, en España, la mayor parte de los despidos sin causa válida solo merecen la calificación de despido improcedente por lo que la readmisión no es un recurso realmente disponible para los tribunales ni es una opción sugerente para el empresario toda vez que le resulta más rentable económicamente optar por la indemnización desde que se redujeron las cuantías y se eliminaron los salarios de tramitación.

Somos conscientes de que es difícil formular un listado de supuestos en los que la readmisión debiera 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 víctima 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 y 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 las 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 socioeconómicos, cuando son seleccionados para ajustar plantilla con la alegación infundada de la causa de temporalidad. 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 las posibilidades 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.

49. Por lo que respecta a las alegaciones en relación con las garantías de indemnidad reconocidas a los trabajadores nos remitimos a las limitaciones constadas anteriormente, epígrafe 17.

Sobre las alegaciones en relación con los salarios de tramitación

49. Las observaciones no desvirtúan los fundamentos contenidos en el escrito de reclamación ni la aplicación de la doctrina del CEDS que en ella se cita. 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.

50. Con esta situación la empresa no tiene aliciente para evitar el litigio:

- No se puede imponer la readmisión.
- La indemnización solo es exigible cuando la sentencia es firme (demora procesal).
- El cálculo de la antigüedad se cierra con el despido.
- No hay devengo de intereses por el pago de la indemnización transcurrido el proceso.
- Ausencia de incentivos de la empresa para evitar el litigio y anticipar el pago de la indemnización. Más bien presión al trabajador para negociar a la baja las ya precarias indemnizaciones. (Sistema de conciliación previa).

El sistema no es disuasorio y, en consecuencia, produce desprotección (reclamación colectiva nº 106/2014. Conclusiones 2012, Turquía).

51. Finalmente, por lo que respecta a las alegaciones en relación con la falta de protección en los casos de contratación temporal abusiva o fraudulenta no se formulan objeciones que no hayan sido contestadas ya, por lo que nos remitimos a nuestros escritos de reclamación y contestación a las observaciones de la IOE.

Y por todo lo expuesto,

Esta parte considera que las observaciones formuladas por el Gobierno no desvirtúan la constatación del incumplimiento de la Carta Social Europea revisada denunciada en nuestra reclamación colectiva por lo que reiteramos las peticiones contenidas en la misma.

En Madrid, a 9 de enero de 2024